

Revista del Ministerio Fiscal

nº 7, 2019



FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid
www.fiscal.es

Libertad de Expresión y Derecho Penal

Revista del Ministerio Fiscal, año 2019, número 7

Director de este número: José Miguel de la Rosa Cortina. Fiscal de Sala adscrito a la Sala Civil del Tribunal Supremo

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

María José Segarra Crespo, Fiscal General del Estado

Luis Navajas Ramos, Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Fernando Rodríguez Rey, Fiscal de Sala de la Secretaría Técnica

Fausto Cartagena Pastor, Fiscal de Sala de la Inspección

Francisco Moreno Carrasco, Fiscal de Sala de la Unidad de Apoyo

Antolín Herrero Ortega, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Pilar Fernández Valcarce, Fiscal de Sala de Sala del Tribunal Supremo

Consuelo Madrigal Martínez-Pereda, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Pilar Martín Nájera, Fiscal de Sala Delegada contra la Violencia sobre la Mujer

Pedro Crespo Barquero, Fiscal de Sala del Tribunal Supremo

Rosa Ana Morán Martínez, Fiscal de Sala de la Unidad de Cooperación Internacional

NIPO: 056160021

ISSN: 2530-0113

Edita:

Fiscalía General del Estado

C/ Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Maquetación:

Servicios Gráficos Kenaf, S. L.

Índice

<i>IN MEMORIAM</i> CÁNDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO	6
LUIS NAVAJAS RAMOS	
NOTA INTRODUCTORIA	8
JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA	
DELITOS CONTRA LOS SENTIMIENTOS RELIGIOSOS Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN.....	10
JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA	
1. Introducción	10
1.1. Evolución histórica	10
1.2. Justificación de su tipificación expresa	11
2. Tipos de escarnio	14
2.1. Escarnio de ideas religiosas	14
2.1.1. Concepto legal	14
2.1.2. Bien jurídico protegido	14
2.1.3. Tipo objetivo	15
2.1.3.1. Ideas generales	15
2.1.3.2. Modalidades	16
2.1.3.2.1. Escarnio de dogmas, ritos o celebraciones	16
2.1.3.2.2. Vejación de los practicantes	17
2.1.4. Tipo subjetivo	17
2.1.5. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión	19
2.2. Escarnio de personas que profesan ideas ateas o agnósticas	22
3. Coacciones contra la libertad de conciencia	23
3.1. Concepto legal	23
3.2. Bien jurídico protegido	23
3.3. Sujeto activo	23
3.4. Sujeto pasivo	24
3.5. Tipo objetivo	24
3.6. Tipo subjetivo	24
3.7. Concursos	24
4. Perturbación de actos religiosos	25
4.1. Concepto legal	25
4.2. Bien jurídico protegido	25
4.3. Sujeto activo	25
4.4. Sujeto pasivo	25
4.5. Tipo objetivo	27
4.5.1. Acción	27
4.5.2. Objeto de la acción	29
4.5.3. Lugar de comisión	29
4.6. Tipo subjetivo	30
4.7. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión	31
5. Profanación	32
5.1. Concepto legal	32
5.2. Bien jurídico protegido	32
5.3. Sujeto activo	32
5.4. Tipo objetivo	32
5.5. Tipo subjetivo	35
5.6. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión	36
6. Posición del tribunal europeo de derechos humanos	37
6.1. Ideas generales	37
6.2. El caso Otto Preminger-Institut	37
6.3. El caso Wingrove	38
6.4. El caso Kllein	38
6.5. El caso IA	39
6.6. El caso Mariya Alekina	39

LOS DELITOS DE DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS, EN EL CONFLICTO CON LAS LIBERTADES DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN 42

ESTEBAN MESTRE DELGADO

1.	El punto de partida: La intimidad personal y sus manifestaciones.....	42
2.	La protección penal de los secretos personales: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos	45
3.	Excepciones al sistema	51
3.1.	Presupuestos técnicos.....	51
3.2.	Supuestos consolidados	52
3.3.	Supuestos debatidos.....	53
3.3.1.	Revelación de datos personales sobre enfermedades, bajo la invocada cobertura de la libertad de información	53
3.3.2.	Revelación de datos personales sobre tratamientos médicos, bajo la invocada cobertura de la denuncia de hechos punibles ante las autoridades encargadas de investigarlos y perseguirlos.....	55
3.3.3.	Revelación de datos personales sobre afiliación política, bajo la invocada cobertura de la libertad de información.....	57
3.3.4.	Revelación de datos personales sobre procedimientos judiciales, bajo la invocada cobertura de la libertad de información	58
3.3.5.	Descubrimiento y revelación de datos personales sobre retribuciones económicas, bajo la invocada cobertura de la libertad de información	58
3.3.6.	Descubrimiento y revelación de datos personales sobre retribuciones económicas, bajo la invocada cobertura del derecho a la denuncia de irregularidades ante autoridades administrativas	60
4.	El contenido constitucional de las libertades de expresión e información	61
4.1.	Delimitación de ambas libertades.....	61
4.2.	Contenido y límites de la libertad de información.....	62
4.3.	Contenido y límites de la libertad de expresión	63
5.	La eficacia justificante -frente a la exigencia de responsabilidades penales por los delitos de descubrimiento y revelación de secretos- del ejercicio legítimo de los derechos y libertades constitucionales.....	64
5.1.	La exclusión constitucional de la antijuridicidad	64
5.2.	El conflicto entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y el ejercicio de los libertades o derechos fundamentales de información y expresión: criterios de solución	67

REVELACIÓN DE SECRETOS SUMARIALES

ANTONIO NARVÁEZ RODRÍGUEZ

1.	Introducción.....	69
2.	El secreto sumarial	71
2.1.	El secreto “externo”.....	73
2.2.	El secreto “interno”	76
2.2.1.	El Auto	76
2.2.2.	La duración	78
3.	Derechos e intereses en conflicto	78
3.1.	Derechos e intereses afectados por el secreto	79
3.2.	La revelación y difusión de lo actuado bajo secreto	79
3.2.1.	Consideraciones preliminares.....	79
3.2.2.	Planteamiento general	80
3.2.3.	Posición de la Jurisprudencia	83
3.2.3.1.	Doctrina del TEDH	83
3.2.3.2.	Doctrina de los Tribunales españoles.....	85
3.2.4.	El secreto profesional del periodista y las fuentes de información	88
3.2.5.	El problema de la ilicitud de la fuente informativa.....	92
4.	El problema de los “juicios paralelos”	94

INJURIAS Y CALUMNIAS DIRIGIDAS CONTRA AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS. INJURIAS A INSTITUCIONES DEL ESTADO. ULTRAJES A ESPAÑA Y A SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS..... 99

MARÍA DE LOS ÁNGELES SÁNCHEZ CONDE

Breve recordatorio de la protección penal del derecho al honor.....	100
1. Carácter preferente de las libertades de expresión e información frente al honor	100
2. Concurrencia del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información	100
2.1. Libertad de expresión: requisitos para considerar legítimo su ejercicio.....	101
2.2. Libertad de información: criterios para su ejercicio legítimo	102

3.	El delito de injurias	102
3.1.	Tipicidad.	102
3.2.	Injurias consistentes en imputación de hechos y las que consisten en juicios de valor	104
3.3.	Tipo subjetivo del delito y antijuricidad.	104
4.	Delito de calumnia	104
5.	La relevancia de la <i>excepto veritatis</i>	105
6.	Breve alusión a los requisitos de procedibilidad.	106
	Injurias a instituciones del estado.	106
1.	Conducta típica	106
2.	Bien jurídico protegido	107
3.	Relación de las conductas típicas con las libertades de información y expresión	108
	Ultrajes a España y a sus comunidades autónomas	109
1.	Conducta típica	109
2.	Bien jurídico protegido	110
3.	Relación con la libertad de expresión.	111

DISCURSOS DISCRIMINATORIOS (ART. 510). APOLOGÍA Y NEGACIÓN DEL GENOCIDIO.
ENALTECIMIENTO DEL TERRORISMO Y HUMILLACIÓN DE LAS VÍCTIMAS

JULIÁN SÁNCHEZ MELGAR

1.	Introducción	112
2.	Elementos característicos	113
3.	Definición de los delitos de odio	114
4.	El Código Penal y el discurso del odio	115
5.	Enaltecimiento del terrorismo y humillación de víctimas	115
6.	El enaltecimiento	
6.1.	STS 4/2017, de 18 de enero: el caso del rapero	116
6.2.	No es posible la continuidad delictiva	117
6.3.	STS 47/2019, de 4 de febrero: el caso del enaltecimiento del yihadismo.	118
7.	Diferencias entre los dos apartados del art. 578 del Código Penal	118
8.	Riesgo de comisión delictiva	118
9.	Elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo.	119
10.	STS 185/2019, de 2 de abril: la objetivación del riesgo	119
11.	El nuevo art. 510 del Código Penal	120
12.	Estructura del tipo	120
13.	El odio, como sentimiento humano, no puede sancionarse penalmente.	120
14.	Tratados internacionales	121
15.	El texto más específico: la DM 2008/913/JAI	121
16.	Convenio inter-institucional firmado el 21 de septiembre de 2015	122
17.	Bien jurídico protegido	122
18.	La frontera con la libertad de expresión: ponderación	123
19.	Riesgo de objetivación de conductas hostiles para terceros o para la colectividad.	124
20.	Jurisprudencia constitucional.	124
21.	Naturaleza: Delitos de peligro abstracto	124
22.	Elemento subjetivo del delito: el dolo.	124
23.	Causas de exclusión del dolo: el ánimo jocoso	125
24.	Aspectos relacionados con el error de tipo y el error de prohibición	125
25.	Carácter colectivo del sujeto pasivo	125
26.	Estudio del tipo delictivo.	125
26.1.	Art. 510.1.a) CP: fomentar, promover o incitar públicamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia	126
26.2.	Art. 510.1.b) CP: producción, elaboración, posesión y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia.	126
26.3.	El delito del art. 510.1.c) CP: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad.	127
26.4.	Art. 510.2.a) CP: humillar, menospreciar o desacreditar la dignidad de las personas	127
26.5.	El delito del art. 510.2.b) CP: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio	128
26.6.	El tipo agravado del art. 510.3 CP: la difusión mediática	129
26.7.	El tipo agravado del art. 510.4 CP: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor	130
26.8.	El borrado del mensaje del odio y su destrucción o inutilización, dispuesto en el art. 510.6 CP y la posible adopción de medidas cautelares y de aseguramiento 27. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.	130
27.	Responsabilidad penal de las personas jurídicas.	131

Cándido Conde-Pumpido Ferreiro

El pasado mes de Mayo falleció en su Galicia natal el Excmo. Sr. D. Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, integrante del Ministerio Fiscal hasta su jubilación en 1992.

Para los que ya contamos por décadas (yo 44 años) nuestra antigüedad en esta Institución recordamos con nostalgia la promulgación del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal en 1981 que vino a dotarnos de un primer aliento de autonomía que pretendía romper con la imagen tradicional del Ministerio Fiscal como “representante del Gobierno ante los Tribunales”.

Pero si aquél hito fue decisivo para cuantos iniciábamos nuestra andadura en la Carrera Fiscal, no lo fue menos el percatarnos de que en aquel Ministerio Fiscal, con poco más de 350 miembros, nos enfrentábamos al reto de seguir la senda, o al menos de intentarlo, de una cadena de compañeros, de brillantísima y ejemplar ejecutoria entre los que el recientemente fallecido ocupaba un lugar de privilegio.

Fue precisamente Cándido Conde-Pumpido Ferreiro el que, con ocasión de promulgarse el Estatuto de 1981, celebraba el nuevo marco de relaciones del Ministerio Fiscal con el Ejecutivo felicitándose de que a partir de ese momento tales relaciones estarían *“fundadas, no en la dependencia, sino en un marco de colaboración institucional debidamente controlada y reglada”*.

Y es que uno de los mayores valores que adornaba a este profesional, y por ello la Carrera Fiscal ha de estarle eternamente agradecido, fue la permanente defensa de la independencia de esta Institución en los términos que exigía un Estado social y democrático de derecho, siendo por ello un impulsor decisivo del futuro Derecho Penal de la democracia y de un sistema procesal penal consecuente con los cambios sociales que se habían instaurado en España, especialmente la superación del sistema de instrucción inquisitiva y la implantación del principio de “oportunidad reglada”

“Sólo en Cándido Conde-Pumpido reconozco a un ser superior”, estas palabras, pronunciadas ocasionalmente por otro Fiscal excepcional, D. Félix Hernández Gil, y que a mí llegaron por los comentarios de mi propio padre, Fiscal de profesión, ponen de relieve el respeto y consideración que “Don Cándido” merecía entre sus compañeros por muchas y justificadas razones, jurídicas y profesionales. Podría decirse que en él era patente su “auctoritas” como jurista, generalmente reconocida por muchas y justificadas razones entre Fiscales y Jueces.

Por mis antecedentes en la Carrera Fiscal, como he dicho, mi padre también lo era, noticias de la ejecutoria profesional de este gallego (pontevedrés de Caldas de Reyes, por más señas) llegaron a mis oídos mucho antes de que “sentara sus reales en los madriles” y en el Tribunal Supremo y debían proceder, seguramente, de comentarios paternos, tal vez de algún suelto periodístico, o de la TV, que ya existía, aunque con única cadena y, desde luego, en blanco y negro.

Su compromiso con la “Justicia”, con mayúsculas, desde una perspectiva de absoluta independencia, le llevaron a adoptar decisiones que no sólo eran comprometidas en la época en que se tomaron (caso “Redondela” en 1972), sino también en la todavía incipiente democracia, como lo fue la interposición y defensa, ante la Sala Quinta del Tribunal Supremo, de la revisión de la sentencia que había condenado a muerte, en 1966, al dirigente comunista Julián Grimau.

Lo cierto es que “Don Cándido”, que en el desempeño de la jefatura de Pontevedra, ya era bien conocido entre sus compañeros de profesión, se coló también en la vida de los que, pululando por los claustros universitarios, aspirábamos a desempeñar una función pública que contaba

con tan distinguidos profesionales, y fueron sus publicaciones en el Anuario de Derecho Penal y Ciencias penales, las que afirmaron nuestras convicciones y dieron fuerza a nuestras esperanzas de hacer del Derecho Penal nuestro medio de vida.

Cuando la cosa pasó a “mayores” y nos enfrentamos con el “programa de oposiciones” fue el temario de Derecho Penal de Conde Pumpido el que vino en nuestra ayuda, proporcionándonos unos conocimientos sistematizados y extremadamente provechosos, hasta el punto, de que más tarde se convirtieron en un texto de obligada consulta cuando, no sin suerte por mi parte, alcanzamos el status de “compañeros” de tan insigne jurista.

Por mi parte, fue a partir de ese momento que tomé verdadera conciencia de la personalidad y valores de todo tipo que adornaban a esa persona, porque “Don Cándido” para todos los principiantes y “Cándido” a secas, para los más curtidos, era como el faro que todos buscaban para afrontar y superar las responsabilidades que a todo Fiscal le están destinadas y fue entonces su trabajo intelectual el refugio al que todos acudíamos para desempeñar, dignamente, las responsabilidades que teníamos encomendadas.

Sus trabajos e investigaciones en los más variados campos del Derecho Penal y Procesal dieron como resultado numerosos trabajos en las más diversas materias (*“el modelo post constitucional del Ministerio Fiscal”, “violencia social y seguridad ciudadana”, “el principio de legalidad y el uso de la oportunidad en el proceso penal”, “el Ministerio Fiscal en la Constitución”, “el principio de oportunidad reglada y su posible incorporación al proceso penal español”, “la tutela del medio ambiente” o “el derecho a la integridad moral en la Constitución Española”* y otros varios) que son una cabal muestra de la inquietud intelectual del personaje y de cómo su autor había sabido interpretar la auténtica dimensión del significado y trascendencia del artículo 124 de nuestra recién estrenada Carta Magna.

Y esa labor de estudio y maestría la continuó con idéntica energía tras su jubilación en 1992 y hasta que la enfermedad hizo presa en él de manera inexorable.

Publicaciones como *“terrorismo y Poder Judicial”, “Justicia y Seguridad en el siglo XXI”, “el Fiscal en la Constitución europea” o “la orden de detención y entrega europea, la perspectiva española”* ponen de manifiesto hasta qué punto amaba la profesión que había sido su vida, mostrando que su capacidad intelectual y generosidad para con los demás juristas no tenían límites.

Pero en Cándido Conde Pumpido Ferreiro había algo más que sabiduría jurídica y eran sus cualidades humanas y su sentido de la generosidad y del compañerismo, pero esas cualidades sólo podías experimentarlas en profundidad si tenías la suerte de que tu camino y el suyo se entrecruzaran, como a mí me ocurrió en la primavera de 1987, año en el que, previa “provocación” de Don Cándido, y con su amparo, alcancé un mayor nivel de responsabilidad en el Ministerio Fiscal.

No entraré en recuerdos y detalles que quiero guardar sólo para mí, pero sólo entonces comprendí el sentido de las palabras de Hernández Gil, D. Félix, y a qué se refería cuando lo había calificado de *“ser superior”*.

Por todo aquello y por cuanto de usted recibí en aquellos maravillosos cinco años previos a su jubilación: GRACIAS.

Ahora, cuando la Carrera Fiscal tiene para mí bastante más de “pasado” que de “futuro” y hasta de “presente”, me parece extraño y emocionante que pueda hallarme componiendo este recordatorio en el mismo despacho que él tanto honró como Teniente Fiscal del Tribunal Supremo y contemplando la fotografía que de él yo mismo coloqué, y que las responsabilidades que ahora me incumben sean las mismas que él desempeñó tan brillantemente hasta el final de su vida profesional.

LUIS NAVAJAS RAMOS
Madrid, junio de 2019
Teniente Fiscal del Tribunal Supremo

Nota introductoria

La CE reconoce en los arts. 20.1 a) el derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y en el art. 20.1 d) el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión, declarando en el apartado cuarto de este mismo precepto que *estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

No obstante, los límites citados *nominatim* no son los únicos admitidos. En efecto, se han aplicado otros como “las limitaciones que se imponen a determinados colectivos, funcionarios, miembros de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado, miembros de las fuerzas armadas, entre otros (SSTC nº 241/99 y 29/00), las derivadas de la existencia de una relación contractual, singularmente en el ámbito laboral (STC nº 57/99), o la moral, el orden público, la seguridad nacional, incorporados por el Tribunal a partir del recurso a los tratados internacionales firmados por España en materia de derechos fundamentales y libertades públicas (STC 66/82, Caso Libro rojo del cole).”¹

En todo caso, el estudio de los límites de las libertades de expresión y de información *in genere* nos lleva especialmente a centrarnos en el art. 20.4 CE, que aunque es extremadamente conciso contiene una simiente que germina con profusión en las diversas ramas del ordenamiento. Siguiendo a LÓPEZ GUERRA podemos sistematizarlos en límites penales, límites civiles, límites derivados de obligaciones o compromisos contractuales, y límites derivados del deber de rectificar (LO 2/1984, de 26 de marzo)².

En este número de la Revista del Ministerio Fiscal nos centraremos exclusivamente en los límites penales, quizás representativos de los conflictos más agudos entre las libertades analizadas y otros bienes jurídicos de rango constitucional. Aún con esta delimitación las cuestiones a analizar seguirían siendo extraordinariamente amplias. En efecto, existen a lo largo y ancho del Código Penal múltiples tipos que en mayor o menor medida inciden sobre las libertades objeto de análisis, por lo que de nuevo acercaremos el “zoom” para centrarnos en aquellos en los que los conflictos son más nítidos, o si se quiere, más dramáticos: injurias y calumnias dirigidas contra autoridades y funcionarios, injurias a instituciones del Estado, ultrajes a España y a sus Comunidades autónomas, discursos discriminatorios, negación del genocidio, apología y enaltecimiento del terrorismo y delitos contra los sentimientos religiosos. Abordaremos también las tensiones entre el derecho a la información y el secreto de sumario.

En realidad el listado de tipos penales en los que puede existir un conflicto con la libertad de expresión es más amplio y así podría aludirse al delito de injurias y calumnias, traición (revelar información legalmente clasificada), a los distintos tipos relativos al descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional, al uso de información privilegiada, etc etc.

¹ PÉREZ TREMPES, Pablo y otros “Veinte años de jurisdicción constitucional en España” Tirant Lo Blanch TOL 153217 DITZ_276 2002 Edición electrónica.

² LÓPEZ GUERRA, Luis “La libertad de información y el derecho al honor” Revista del Poder Judicial nº 6. 1989 pags. 285 a 296.

La libertad de expresión tiene –o debe tener– un *prius* lógico: la libertad de pensamiento, si bien desde la perspectiva estrictamente jurídica puede considerarse que dicha libertad no necesita una protección tan intensa del Derecho, pues por su propia esencia queda *extra muros* de cualquier posibilidad de perturbación, limitación o control –*de internis neque Ecclesia*–. Ya el *Corpus Iuris Civilis* contenía la *regula* atribuida a Ulpiano conforme a la que *cogitationis poenam nemo patitur*. Por ello, la libertad de pensamiento y la libertad ideológica han generado una jurisprudencia cuantitativamente muy inferior a la derivada de la libertad de expresión.

Al momento de agotarse el plazo de presentación de los artículos se ha publicado la Circular 7/2019, de 14 de mayo *sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP*, por lo que la misma no es objeto de análisis en el trabajo presentado.

Como preámbulo al análisis de las figuras penales de referencia hemos de partir del principio de que la libertad de expresión debe operar como un poderoso límite interpretativo a la expansión de la tutela penal de otras libertades³. Por ello, no está de más, para cerrar esta nota introductoria, citar a SPINOZA: “concedase a cada uno, no sólo libertad de pensar como quiera, sino también de decir cómo piensa [...] será un gobierno violentísimo aquél en que se niegue a cada uno la libertad de decir y enseñar lo que piensa”⁴.

JOSÉ MIGUEL DE LA ROSA CORTINA

³ CARBONELL MATEU, Juan Carlos “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho Penal”, en “La libertad de Expresión y el Derecho Penal”, vva Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993,

⁴ Tractatus Theologicus-Politicus, capítulo 20

Delitos contra los sentimientos religiosos y libertad de expresión

José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal de Sala adscrito a la Sala Civil del Tribunal Supremo. Doctor en Derecho

Resumen

El presente trabajo trata de analizar los tipos delictivos que protegen los sentimientos religiosos, prestando especial atención a la jurisprudencia que los interpreta. En primer lugar se estudia su evolución histórica y se reflexiona sobre la justificación de la pervivencia como tipos autónomos. Se presta especial atención a la libertad de expresión como posible causa de justificación de conductas en principio típicas. Se dedica un apartado específico a la doctrina del TEDH sobre la materia.

Sumario

1. Introducción. 2. Tipos de escarnio. 2.1. Escarnio de ideas religiosas. 2.1.1. Concepto legal. 2.1.2. Bien jurídico protegido. 2.1.3. Tipo objetivo. 2.1.3.1. Ideas generales. 2.1.3.2. Modalidades. 2.1.3.2.1. Escarnio de dogmas, ritos o celebraciones. 2.1.3.2.2. Vejación de los practicantes. 2.1.4. Tipo subjetivo. 2.1.5. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión. 2.1.6. Escarnio de personas que profesan ideas ateas o agnósticas. 3. Coacciones contra la libertad de conciencia. 3.1. Concepto legal. 3.2. Bien jurídico protegido. 3.3. Sujeto activo. 3.4. Sujeto pasivo. 3.5. Tipo objetivo. 3.6. Tipo subjetivo. 3.7. Concursos. 4. Perturbación de actos religiosos. 4.1. Concepto legal. 4.2. Bien jurídico protegido. 4.3. Sujeto activo. 4.4. Sujeto pasivo. 4.5. Tipo objetivo. 4.5.1. Acción. 4.5.2. Objeto de la acción. 4.5.3. Lugar de comisión. 4.6. Tipo subjetivo. 4.7. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión. 4.8. Concursos. 4.9. Jurisprudencia. 5. Profanación. 5.1. Concepto legal. 5.2. Bien jurídico protegido. 5.3. Sujeto activo. 5.4. Tipo objetivo. 5.5. Tipo subjetivo. 5.6. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión. 6. Posición del tribunal europeo de derechos humanos.

1. introducción

1.1. Evolución histórica

El vigente Código Penal tipifica estos delitos dentro del Libro II, Título XXI, “Delitos contra la Constitución”, Capítulo IV, “De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”, en la Sección 2.^a, “De los delitos contra la libertad de conciencia; los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos” (arts. 522-526).

Hasta llegar a su actual conformación, los delitos de religión han pasado por distintas etapas. En la antigüedad se configuraban como delitos contra Dios, por lo que se les castigaba con las penas más graves¹. No puede olvidarse que tal concepción pervive aún en otros entornos².

¹ “Entre los hebreos la pena asignada a este delito era la de muerte. En Grecia se castigaba como impiedad. Justiniano impone la pena de muerte para el reincidente. En Florencia, por una Ley de 1542, se perforaba la lengua a los que hubiesen blasfemado por primera vez. En España, el Fuero Juzgo establecía las penas de infamia perpetua y pérdida de bienes; las Partidas castigaban al blasfemo con la pérdida de la cuarta parte de sus bienes la primera vez, con la de un tercio de ellos la segunda y con la de la mitad la tercera vez, siendo extrañado si aún blasfemaba, si no tenía bienes, se le daban cincuenta azotes, se le señalaba con hierro ardiendo los labios la segunda y se le cortaba la lengua a la tercera. Estas concepciones parten de entender el delito “como un desacato, el mas horrendo de los desacatos, el desacato a Dios; de aquí la dureza de las penas con que se castigó.” Vid. TERUEL CARRALERO, Domingo “El delito de blasfemia” Anuario de Derecho Penal y ciencias penales. Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia TOMO IV fascículo III septiembre diciembre 1951 pag 553

² Cabe recordar el caso de del escritor Salman Rushdie autor de “Los Versos Satánicos”. Fue considerado blasfemo, dictando el Ayatollah Jomeini una fatwa que contenía una sentencia de muerte y habilitaba a cualquier musulmán para ejecutarla. Aún más

Con la codificación, el art. 227 CP 1822 dispuso que “todo el que conspirare directamente y de hecho a establecer otra religión en las Españas o a que la Nación española deje de profesar la religión Católica, romana, es traidor y sufrirá pena de muerte” y el art. 234 castigaba con reclusión o prisión de quince días a tres meses “a quienes públicamente blasfemaren ó prorrumpieren en imprecaciones contra Dios, la Virgen ó los Santos”.

El Código Penal de 1848 aunque suprime la pena de muerte para estos delitos, sigue castigándolos con duras penas³.

La profanación sigue siendo severamente castigada en los CP 1870⁴ y 1928⁵.

Ya GROIZARD escribió, tratando de dotar de racionalidad al tratamiento penal de las ofensas a los sentimientos religiosos que “no es misión de la ley vengar a Dios de las injurias de los hombres”⁶.

En el marco de una Constitución laica, el CP 1932 mantuvo una rúbrica dedicada a los “delitos relativos a la libertad de conciencia y libre ejercicio de los cultos”, y conserva los delitos de profanación y escarnecimiento.

El Código Penal de 1944 dedica una sección a los delitos contra la Religión Católica, recuperando los tipos del Código de 1928.

Hasta bien entrada la década de los ochenta la blasfemia era un delito autónomo⁷. El art. 239 castigaba al que “blasfemara por escrito y con publicidad, o con palabras o actos que produzcan grave escándalo público” y el art. 567.1 castigaba como falta a los que “profirieren blasfemias por medio de palabras que no produzcan grave escándalo público”⁸. Con la Constitución, la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio agrupó estos delitos bajo la rúbrica “delitos contra la libertad de conciencia”. La Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio dejó sin contenido el delito de blasfemia.

Tras el CP 1995 estos tipos penales pasan claramente de configurarse como delitos de religión a estructurarse como delitos contra los sentimientos religiosos, difuminándose aún más el contenido confesional de los tipos al equipararse el delito de escarnio con conductas atentatorias contra los que profesan ideas ateas o agnósticas.

1.2. Justificación de su tipificación expresa

Se ha cuestionado la propia pervivencia de estas figuras. Un importante sector doctrina ha abogado directamente por la despenalización⁹.

En nuestra opinión, el punto de arranque de su justificación debe partir del art. 16.3 CE que plasma en una fórmula sintética la aconfesionalidad del Estado con un mandato a los poderes

reciente el caso de Asia Bibi, juzgada y condenada a muerte por blasfemia en 2010 por un tribunal paquistaní. Ni una ni otra sentencia llegaron, por distintas vicisitudes, a ejecutarse.

³ En este sentido, vid. RENART GARCÍA, Felipe “La protección indirecta del patrimonio cultural español a través de los delitos contra la religión: una interpretación histórica de su fundamento” LA LEY 2610/2002

⁴ El art. 240.4 del Código de 1870 que «incurrirá en las penas de prisión correccional en sus grados medio y máximo y multa de 250 á 2.500 pesetas... el que con el mismo fin (escarnecer públicamente alguno de los dogmas o ceremonias de cualquiera religión que tenga prosélitos en España) profanare públicamente imágenes, vasos sagrados ó cualesquiera otros objetos destinados al culto».

⁵ El art. 273 disponía que “los que, en ofensa de la religión del Estado, hollaren, destruyeren, rompieren o profanaren los objetos sagrados o destinados al culto, ya lo ejecuten en las iglesias, ya fuera de ellas, incurrirán en la pena de seis meses a seis años de prisión”.

⁶ En “El Código Penal de 1870 concordado y comentado”, tomo III, 1874, pag. 386

⁷ Para MUÑOZ CONDE “la existencia de este delito supone una cierta confesionalidad del Estado [...]”. QUINTERO OLIVARES, G., y MUÑOZ CONDE, F., *La reforma penal de 1983*, Ediciones Destino.

⁸ El TS llega a castigar en STS de 14 de diciembre de 1888 por falta del art. 586.1 CP a quien simplemente no se descubrió al paso de la procesión del Santísimo, pues así “tuvo que herir con este alarde de irrespetuosidad los sentimientos religiosos de las personas que presenciaron ese acto de desprecio a un objeto tan sagrado para los católicos”.

⁹ BUENO ARÚS, Francisco “Los aspectos criminológicos de la Ley Penal” La Ley 4130/2001

públicos de articular relaciones de cooperación con Iglesias y confesiones en atención a las creencias religiosas de la sociedad española¹⁰.

El Estado aconfesional no puede equipararse al Estado laico¹¹. Se introduce “un deber de cooperación del Estado con la Iglesia católica y demás confesiones” (STC nº 93/1983, de 8 de noviembre), habiéndose considerado que este deber constituye una auténtica novedad en el Derecho comparado¹².

La libertad religiosa es objeto de protección en los grandes tratados internacionales sobre derechos humanos¹³. La STEDH de 18 de marzo de 2011, Lautsi y otros contra Italia declara que en este ámbito “los Estados tienen como misión garantizar, permaneciendo neutrales e imparciales, el ejercicio de las distintas religiones, cultos y creencias. Su papel es contribuir a garantizar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática, especialmente entre grupos opuestos”.

El principio de libertad religiosa “reconoce el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales” (STC nº 24/1982, de 13 de mayo) y garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual. Pero, junto a esta dimensión interna, “esta libertad, al igual que la ideológica del propio art. 16,1 CE, incluye también una dimensión externa de “agere licere” que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros [...] el derecho de libertad religiosa, en su vertiente negativa, garantiza la libertad de cada persona para decidir en conciencia si desea o no tomar parte en actos de esa naturaleza [...]” (STC nº 177/1996, de 11 de noviembre)¹⁴.

La STS de 8 de abril de 1981¹⁵ declara que “lo religioso no es un aspecto o un valor accesorio o circunstancia, sino esencial de la persona y como tal garantizado por la Constitución Española [...] extendiéndose esta garantía o protección en el ámbito penal a la libertad religiosa [...] y a la libertad de culto [...] y a los sentimientos religiosos [...] y estos actos no suponen un agravio o ultraje a una persona determinada, sino a los sentimientos religiosos de la comunidad en razón a que el hecho religioso es un valor comunitario, colectivo o social de primera magnitud [...]”. La STEDH de 25 de mayo de 1993 Kokkinakis contra Grecia considera que “esta libertad, en su dimensión religiosa es uno de los elementos vitales y contribuye a la identidad de los creyentes y de su concepción de vida. Es un bien valioso para los creyentes, pero también para los ateos, los agnósticos, los escépticos y los indiferentes”.

¹⁰ El artículo 16 CE establece que “1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

¹¹ FERNÁNDEZ SEGADO considera que la Constitución Española no proclama un principio de laicidad militante del Estado, sino el principio de neutralidad confesional del mismo, compatible con la plena cooperación de éste con las diversas confesiones religiosas. Vid. FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El sistema Constitucional español”, Editorial Dykinson, S. L., Madrid, 1992, pág. 300.

¹² SOUTO PAZ, J. A., “La Libertad Religiosa. Las Relaciones Iglesia y Estado”, en “La Constitución Española de 1978. 20 Años de Democracia”, Editorial Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1998.

¹³ El art. 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 dispone que “toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia”

El art. 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que “1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho implica la libertad de cambiar de religión o de convicciones, así como la libertad de manifestar su religión o sus convicciones individual o colectivamente, en público o en privado, por medio del culto, la enseñanza, las prácticas y la observancia de los ritos. 2. La libertad de manifestar su religión o sus convicciones no puede ser objeto de más restricciones que las que, previstas por la ley, constituyen medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad pública, la protección del orden, de la salud o de la moral públicas, o la protección de los derechos o las libertades de los demás”.

¹⁴ Pte.: Viver Pi-Sunyer, Carles

¹⁵ No consta el ponente. La Sala estaba integrada por los magistrados Díaz Palos, Huerta y Moyna.

El art. 2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de *Libertad Religiosa* (en adelante, LOLR) dispone que la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de toda persona a “[...] b) Practicar los actos de culto y recibir asistencia religiosa de su propia confesión; conmemorar sus festividades; celebrar sus ritos matrimoniales; recibir sepultura digna, sin discriminación por motivos religiosos, y no ser obligado a practicar actos de culto o a recibir asistencia religiosa contraria a sus convicciones personales. [...] d) Reunirse o manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas de conformidad con el ordenamiento jurídico general y lo establecido en la presente ley orgánica”.

Pues bien, en este contexto y desde una perspectiva axiológica, el reconocimiento de estos contenidos como propios de un derecho fundamental autorizan al Legislador a introducir mecanismos penales de protección¹⁶. El art. 16 CE en cuanto exige a los poderes públicos tener en cuenta las creencias religiosas de la sociedad y mantener relaciones de cooperación con las confesiones otorga en nuestra opinión legitimidad a la tipificación de estos delitos, pues el ordenamiento parte de la singularidad de las creencias religiosas como merecedora de especial protección, como elemento conectado con el libre desarrollo de la personalidad y en relación directa con la dignidad de la persona¹⁷.

El TC ha tenido ocasión de declarar su compatibilidad con la CE: “el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección. El mismo art. 16.3 CE, que afirma que ninguna confesión tendrá carácter estatal, afirma también que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española. Y, por otra parte, la pretensión individual o general de respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática que, tal como declara el preámbulo de la Norma fundamental, debe ser garantizada [...] Ello explica que en el derecho comparado europeo las incriminaciones de hechos semejantes a los penados en el art. 209 CP español sean la regla y que los textos legales tengan, en general, un contenido similar al del precepto que se impugna en el presente recurso (ATC nº 180/1986, de 21 de febrero)”¹⁸.

Por lo demás, no debe olvidarse que la motivación religiosa puede integrar la conceptualización de una conducta como delito de odio¹⁹. La Circular 7/2019, de 14 de mayo *sobre pautas para*

¹⁶ En este sentido se ha escrito que “el carácter aconfesional del Estado no implica que las creencias y sentimientos religiosos de la sociedad no puedan ser objeto de protección (el 16,3 lo garantiza). El respeto a las convicciones religiosas pertenece a las bases de la convivencia democrática. La libertad de conciencia y de los sentimientos religiosos aparece vinculada a los principios de interés sociológico y jurídico. La libertad religiosa es entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental, que se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad”. DE LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, Pilar “El delito de escarnio y el uso de la cámara oculta en los reportajes de investigación” *La Ley* 10/2017

¹⁷ Como se ha dicho es un “derecho fundamental íntimamente ligado a la dignidad humana posee además de la dimensión pública, una dimensión interna que protege la existencia de las íntimas convicciones y creencias religiosas, filosóficas o ideológicas de las personas, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso o ideológico, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual [...]Las creencias religiosas van a generar en aquéllos que las profesan una serie de emociones y sentimientos que forman parte de la propia identidad de la persona.” MORENO BOTELLA, Gloria “La necesaria prueba de la intención en las ofensas a la religión” *LA LEY* 4893/2017.

En esta misma línea se ha considerado que “la sensibilidad religiosa es un bien protegible, y su protección jurídica exige que el derecho a la libertad de expresión —art. 20 de la Constitución— sea ejercido dentro de sus límites, ya que lo religioso no es un aspecto accesorio, sino esencial de la persona” CAMARERO SUÁREZ, M. “La protección de los intereses religiosos en España: en los medios de comunicación y en ambientes especiales”. En: *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*. 1985. Vol. I, pág. 372.

También en esta línea se ha defendido que “el bien jurídico protegido atañe a uno de los derechos fundamentales de la persona de mayor relevancia; no solo en nuestro texto constitucional, art. 16, sino en textos internacionales [...] Proponer [...] la no protección penal del hecho religioso, o de su reverso, la legítima opción por no profesar ninguna religión, es sin duda olvidar la trascendental posición que la libertad de conciencia ostenta en nuestra CE”. RODRÍGUEZ LAINZ, José Luis “Los delitos contra los sentimientos religiosos” *LA LEY* 5221/2017

¹⁸ No consta el ponente. La Sala estaba integrada por los magistrados García-Pelayo, Latorre y Begué.

¹⁹ La OSCE, en su Decisión núm. 4/03, conceptualiza los delitos de odio como “toda infracción penal, incluidas las cometidas contra las personas o la propiedad, donde el bien jurídico protegido, se elige por su, real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo. Este grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su “raza”, real o percibida, el origen nacional o étnico, el lenguaje, el color, la religión, la edad, la discapacidad, la orientación sexual, u otro factor similar”.

*interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP considera a los delitos contra los sentimientos religiosos como una modalidad de delitos de odio*²⁰.

Desde una perspectiva criminológica se ha detectado un repunte en los ataques contra templos²¹.

2. tipos de escarnio

2.1. Escarnio de ideas religiosas

2.1.1. Concepto legal

El art. 525 CP castiga en su apartado primero con pena de multa a los que, *para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento, escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.*

2.1.2. Bien jurídico protegido

Puede identificarse el bien jurídico protegido con la libertad de conciencia²², del que deriva el deber de guardar un mínimo respeto a las convicciones religiosas²³.

Desde otros sectores se ha considerado que lo que se protege son las convicciones individuales de profesar o no profesar creencias religiosas²⁴ o los sentimientos religiosos²⁵.

²⁰ Para la Circular “este carácter expansivo de la respuesta penal no ha supuesto, sin embargo, la inclusión de una categoría unívoca de delitos de odio, pudiendo encontrarse expresiones del mismo diseminadas por todo el CP. Así, como manifestaciones de esta discriminación punible se pueden considerar las siguientes: las amenazas a determinados colectivos prevista en el art. 170.1 CP, el delito de torturas por razón de discriminación del art. 174.1 CP, el delito de discriminación en el ámbito laboral del art. 314 CP, el delito de denegación discriminatoria de servicios públicos del art. 511 CP y su correlativa figura en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el art. 512 CP, el delito de asociación ilícita para promover o incitar a la discriminación del art. 515.4º CP, los delitos contra los sentimientos religiosos previstos en los arts. 522 a 524 CP, o el delito de escarnio o vejación previsto en el art. 525 CP”.

²¹ Vid. SERRANO OCEJA, José Francisco “Odio a la Iglesia Católica” ABC de 18 de marzo de 2019 pag. 40: “durante los días pasados se han incrementado las pintadas de odio en templos católicos y evangélicos españoles, a las que hay que sumar una profanación en la parroquia san Rafael Arnáiz de Madrid. Esa huella de intolerancia se sintetiza en algunos de los lemas: «Yo no salí de tu costilla. Tú saliste de mi coño», «Puto clero», «Aborto libre», «Pederastas». El incremento del odio y del vandalismo contra la Iglesia no se produce solo en España. En el mes de febrero se han registrado en Francia 50 ataques contra templos católicos, según el Observatorio Europeo de Intolerancia y Discriminación contra los cristianos. Uno de los más graves ha ocurrido en la histórica basílica de Saint Denis. El citado Observatorio tiene documentados 500 brutales ataques contra los templos cristianos en Europa durante 2018. No es lo mismo una pintada en la Iglesia, una obra de teatro con título blasfemo o la profanación del sagrario. Pero ahí están esas manifestaciones, de raíz ideológica, de extrema violencia, externa e interna, contra lo católico. La libertad de expresión ampara a quienes discrepan de lo sagrado, aun cuando pueda resultar chocante, molesto o hiriente. A la libertad de expresión se responde con libertad de expresión. Pero cuando esa expresión es gratuita o se efectúa con la intención de dañar, burlar o ridiculizar, nos coloca en la pendiente de la intolerancia contra las religiones con conductas delictivas”.

El escritor JUAN MANUEL DE PRADA se refiere al *odium fidei*, “que ni siquiera es odio contra la institución eclesiástica (aunque, desde luego, lo incluye), sino más exactamente odio ensimismado y frenético contra el creyente” ABC de 14 de julio de 2008

²² En esta línea, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo y RODRÍGUEZ RAMOS, Luis (coordinadores) “Código Penal Comentado” Akal, 1990 pag 209. También se ha defendido que “el bien jurídico protegido no es ya la religión sino la libertad religiosa en relación con los sentimientos religiosos de la comunidad” LUZÓN CUESTA, José María “Compendio de Derecho Penal” Dykinson, 1994 pag. 237

²³ El AAP Sevilla, sec. 1ª, nº 438/2011, de 25 de julio Pte.: Sánchez Ugena, Joaquín declara que “el art. 16 de la Constitución dispone que “ los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española”.[...] Y dentro de este “tener en cuenta” se incluye la necesidad de proteger. incluso bajo la coerción penal, a los creyentes, no de una determinada creencia, sino de cualquier creencia de la sociedad española, ante las agresiones y ataques que puedan sufrir por razón de estas mismas creencias. [...] Y no es otra la finalidad del art. 525 del Código Penal [...]”

La SAP Valladolid, sec. 4ª, nº 367/2005, de 21 de octubre considera que lo que el legislador actualmente protege son los atentados contra el derecho individual que cada uno tiene de profesar las ideas religiosas que mejor se acomoden a la conciencia de cada cual, como una manifestación de la libertad religiosa.

²⁴ Así se ha mantenido que “el CP 1995 no protege la religión. Ni siquiera se otorga una protección penal singularizada a las convicciones religiosas sino que lo que se protege son las convicciones personales, sean o no religiosas” SANTAMARÍA LAMBÁS, Fernando “El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia” Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2002 pag. 433.

²⁵ En esta línea se ha defendido que “no sólo es un problema de libertad religiosa o ideológica lo que se protege en estos delitos, sino un sentimiento religioso..o no profesar ninguno”. MUÑOZ CONDE, Francisco “Derecho Penal. Parte Especial”. Decimoquinta edición.Tirant Lo Blanch, 2004pag. 843 También considera que el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos TAMARIT SUMALLA, José, en QUINTERO OLIVARES, Gonzalo (Dir.), Comentarios a la Parte Especial del Derecho

Puede llegarse a una síntesis: se protege la libertad de conciencia y dentro de ella, los sentimientos religiosos (o la inexistencia de ellos) considerándolos como un aspecto relevante de la dignidad y del desarrollo de la personalidad²⁶.

Se le ha conceptualizado como bien jurídico colectivo, con las consiguientes consecuencias procesales desde el punto de vista de la perseguibilidad²⁷.

La legitimidad de este tipo penal desde una perspectiva constitucional ya se ha resuelto. El ATC nº 271/1984, de 9 de mayo inadmite un recurso de amparo contra una condena por el anterior delito de escarnio²⁸.

2.1.3. Tipo objetivo

2.1.3.1. Ideas generales

En la conducta del primer apartado, que protege los sentimientos religiosos, el escarnio puede recaer tanto sobre las ideas religiosas (dogmas, creencias, ritos o ceremonias) como sobre las personas que las profesan o las practican²⁹.

La tipificación expresa del delito de blasfemia es suprimida de nuestro Código, si bien se ha mantenido que puede incluirse dentro del art. 525.1 CP.³⁰ En nuestra opinión, tal inclusión sólo podrá operar cuando las blasfemias colmen los requisitos típicos del art. 525.1, entre ellos, la publicidad.

La conducta implica vejación o escarnio³¹, y tanto a una como a otra debe exigírseles que colmen la nota de gravedad³².

Penal, Aranzadi, 1996 pag. 2109 y JIMÉNEZ VILLAREJO, Joaquín, en CONDE PUMPIDO TOURÓN, Cándido (Dir) "Comentarios al Código Penal" Volumen 5º. Bosch, 2007 pag. 3429

En la misma línea se ha escrito que "que el legislador ha acogido el criterio de tutelar los sentimientos religiosos se desprende tanto de la rúbrica de la sección en la que se encuadra («De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos»), como del tenor literal del art. 525 del nuevo Código Penal, que establece que en el autor debe concurrir la siguiente intención: «... los que... para ofender los sentimientos religiosos de los miembros de una confesión religiosa...» SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, José Luis "El delito de escarnio de creencias" La Ley 12094/2001

²⁶ En este sentido, vid. SJP nº 8, Madrid, nº 235/2012, de 8 de junio Pte.: Vigil Levi, Jacobo: "en la tutela de libertad religiosa el Código Penal quiere proteger no solo su ejercicio material sino también los íntimos sentimientos que a la misma se asocian. No se trata de defender a un determinado grupo religioso, sino de proteger la libertad de los individuos, religiosos o laicos (ver artículo 525.2), en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Se reconoce además que esta libertad religiosa se integra no sólo por la realización de actos materiales que la exterioricen, sino también, y en ocasiones principalmente, por el respeto a los sentimientos que conforman su esfera íntima. Es cierto que tales sentimientos pueden parecer de escaso interés para quienes no participan de determinada creencia, pero el legislador ha querido valorar la realidad del sentimiento religioso como un aspecto relevante del desarrollo de la personalidad del individuo. No se trata aquí de salvaguardar cualquier sentimiento [...] Se trata de reconocer que existe un sentimiento religioso [...] que es digno de protección también para el Estado laico"

²⁷ En esta línea SJP nº 8, Madrid nº 235/2012, de 8 de junio: "en el caso que nos ocupa se formula acusación por un delito previsto en el artículo 525 del Código Penal y, coincidimos con la defensa, en considerar que el bien jurídico que en el mismo se protege es colectivo, por lo que en todo caso la acusación formulada por la sola acusación popular es bastante para acordar, como hizo el Juzgado de Instrucción a instancia de la Audiencia Provincial de Madrid (Secc 15ª), la apertura de la fase de enjuiciamiento.

²⁸ Para el TC en relación con el antiguo art. 239 "no supone un trato privilegiado para una determinada iglesia o confesión religiosa, ya que la idea de Dios o el concepto de lo sagrado no son patrimonio exclusivo de ninguna de ellas en particular, [...] y, en cualquier caso, la interpretación de dicho artículo ha de hacerse de conformidad con los principios y derechos reconocidos en la Constitución, por lo que la interpretación jurisprudencial alegada por el recurrente no puede servir de apoyo para la interposición del presente recurso" (ATC nº 271/1984, de 9 de mayo). No consta el ponente. Formaban Sala los magistrados García-Pelayo, Latorre y Begué.

²⁹ Al respecto se ha puesto de relieve cómo "con referencia a los dogmas parece que las creencias religiosas se integran de manera inmediata en el objeto de protección, con todos los problemas que desde el punto de vista de la libertad ideológica y de la libertad de expresión puede conllevar una tal configuración del tipo." CARBONELL MATEU, Juan Carlos y VIVES ANTÓN, Tomas S. "Comentarios al Código Penal de 1995". Tirant Lo Blanch, 1996 Volumen II pag.1967.

³⁰ SERRANO GÓMEZ, Alfonso y SERRANO MAILLO, Alfonso "Derecho Penal. Parte especial" 11ª edición Dykinson. Madrid, 2006 pag. 965

³¹ Conforme a la consagrada definición de RODRÍGUEZ DEVESA, José María "Derecho Penal Español" 1983 pag. 867 escarnio es befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar y ultraje es injuria grave, por su naturaleza o circunstancias.

³² En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, José Luis "De los delitos contra la libertad de conciencia, los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos" La Ley 3347/2016

Igualmente QUERALT JIMÉNEZ, J. J, Derecho Penal Español. Parte Especial, 1992, pág. 894 para quien "la libertad de expresión, que ampara toda crítica a las religiones, sus dogmas, ritos y creencias, no puede ser mediatizada por quienes son presa vocacional del escándalo".

La SAP Valladolid secc. 2ª nº 251/2011, de 9 de junio, archivó la querrela presentada contra un intérprete que en una actuación humorística parodió al Papa y a la curia, puso en duda ciertos dogmas de la religión católica y repartió preservativos. La Sala

El delito se consumaría con la difusión de los escarnios o vejaciones públicas³³.

En todo caso debe concurrir la nota de publicidad como elemento del tipo objetivo³⁴. Algunos autores han defendido que el concepto de publicidad debe ser integrado con el de las injurias³⁵.

El tipo no requiere que la confesión religiosa esté inscrita en el registro público del Ministerio de Justicia, a diferencia del delito de profanación.

En cuanto a la antijuricidad, el TS ha exigido que en la acción realizada se aprecie la repulsa, base fundamental de la misma, por parte del ente social, a través de la norma socio-cultural que rige el grupo en cuyo ámbito se realiza el delito, y con el resultado una ofensa a los sentimientos religiosos de los adeptos a determinada confesión religiosa” (STS de 14 de febrero de 1984³⁶).

La STS de 25 de enero de 1983 admite que el delito pueda cometerse por medio del dibujo, en concreto en el caso analizado, por medio de un comic³⁷.

2.1.3.2. Modalidades

2.1.3.2.1. Escarnio de dogmas, creencias, ritos o celebraciones

La STS de 13 de octubre de 1980³⁸ considera al escarnio como “befa tenaz que se hace con el propósito de afrentar, grosero e insultante expresión de desprecio, o mofa, burla y vilipendio”.

La STS de 14 de febrero de 1984³⁹ centra la acción o conducta delictiva en el “escarnio o ultraje, como sinónimos, el primero de befa o burla, y el segundo de injuriar o despreciar, de forma pública, los dogmas, ritos o ceremonias es decir, verdades fundamentales, reglas del culto y actos externos sobre las prácticas religiosas”.

El objeto del escarnio deben ser los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la confesión⁴⁰. Es crucial interpretar correctamente estos cuatro conceptos⁴¹. Encontramos resoluciones en las que se considera que no concurre el tipo por no apreciar el ataque al objeto de protección⁴².

argumentó que “los hechos que aparecen en el visionado, y en los que se pretende fundar dicho comportamiento delictivo, lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican”

³³ Para DE LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, op cit “es un delito de simple actividad, cuya consumación se produce con la mera exteriorización pública de la expresión ofensiva, sin necesidad de que llegue a producirse efectivamente un resultado de escándalo de los sujetos pasivos. La expresión utilizada debe ser, idónea objetivamente para conseguirlo. Esto significa que no hace falta para la consumación del delito que se hayan visto efectivamente lesionados los sentimientos de la comunidad o de alguna persona”.

³⁴ El art. 209 del Código Penal de 1973 condenaba al que de palabra o por escrito hiciese escarnio de una confesión religiosa, o ultrajare públicamente sus dogmas, ritos, ceremonias; distinguiéndose si se realizaren en actos de culto o en lugar destinado a celebrarlos o en otros lugares.

³⁵ En este sentido TAMARIT SUMALLA, op. cit. pag. 2109. Igualmente MORILLAS CUEVAS, op. cit. pag 964

³⁶ Pte.: Gómez de Liaño y Cobaleda, Mariano

³⁷ Para esta resolución se considera vehículo adecuado del escarnio el dibujo, por haber “adquirido extraordinaria importancia como forma artística que se manifiesta a través de dibujos, símbolos o imágenes, una carga ideológica, crítica o narrativa cuya sola contemplación puede producir mayor impacto entre quienes las ven o interpretan que la simple leyenda o palabra escrita”.

³⁸ Pte.: Vivas Marzal, Luis

³⁹ Pte.: Gómez de Liaño y Cobaleda, Mariano

⁴⁰ Para MANZANARES SAMANIEGO, op cit “las creencias no estaban contempladas en el artículo 209 del Código Penal anterior ni en el artículo 504 del Proyecto de 1994, pero se incorporaron al precepto durante el trámite parlamentario. Pueden plantear problemas por su carácter dogmático. Aquí habrá de examinarse con especial cuidado la concurrencia del “animus iniuriandi”

⁴¹ Para MORILLAS dogma es “verdad revelada por Dios y declarada y propuesta por la Iglesia para la creencia de sus fieles” o “fundamento y punto capital de una religión”. Creencia es el “firme asentimiento y conformidad con postulados de una determinada confesión religiosa”. Ritos son el “conjunto de reglas establecidas para el culto y las ceremonias religiosas” y ceremonia es el “acto exterior reglado por Ley, estatutos o costumbre, para dar culto a fórmulas religiosas”. MORILLAS CUEVAS, Lorenzo “Compendio de Derecho Penal Español (Parte especial)” Marcial Pons, 2000 pag. 963

⁴² Vid. AAP Madrid, sec. 1ª, nº 112/2005, de 1 de marzo Pte.: Arconada Viguera, María Teresa: “el proceder utilizado para realizar esa crítica nos parece carente de cualquier virtud intelectual apreciable, pero el texto no cuestiona directa o indirectamente ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica, sólo utiliza una mezcla de situaciones que comprende desde la descripción de un posible abuso sexual hasta una reelaboración de textos de místicos, para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa, pero es la calidad literaria del texto lo que bastaría para escandalizar a cualquier lector sin necesidad de ningún añadido más...En definitiva, el texto ofende los sentimientos de una

En la jurisprudencia menor encontramos ejemplos de lo que se ha considerado como dogma⁴³.

Se ha defendido la exclusión del radio típico del escarnio realizado mediante gestos o ademanes⁴⁴.

2.1.3.2.2. *Vejación de los practicantes*

La segunda modalidad viene integrada por la vejación pública dirigida a los practicantes de una confesión. Debe exigirse de nuevo, a fin de no dar una dimensión desproporcionada al tipo, que concurra la nota de la gravedad.

2.1.4. *Tipo subjetivo*

Nos encontramos con un tipo eminentemente doloso. El dolo debe ser exigido en su modalidad de directo⁴⁵, no colmando los requisitos subjetivos el dolo eventual⁴⁶.

El tipo exige además un elemento subjetivo del injusto “para ofender los sentimientos” debiendo concurrir esta específica finalidad para poder integrar el tipo⁴⁷. La STS nº 1057/1980, de 13 de octubre⁴⁸ exige que dicho escarnio “se produzca con “animus injuriandi”, es decir, con el propósito deliberado “de ofender tan excelsos valores”, [...] la simple negación o la crítica mesurada de los dogmas, no entraña ni afrenta, ni ofensa, ni menosprecio”.

La concurrencia de otras finalidades junto al ánimo de ofender no necesariamente excluye el delito⁴⁹. En este sentido, la STS de 14 de febrero de 1984 aprecia el ánimo de ofender pese a que simultáneamente reconoce que concurre una finalidad poética⁵⁰.

pluralidad de personas con sensibilidad a una realidad religiosa y a muchos otros, porque se reescribe una serie de prácticas de piedad, que se circunscriben a una situación y una formación muy determinada, como es el relato de promesas que se hacen a la Divinidad a cambio de conseguir algo, la forma de relatar las experiencias que han tratado de expresar los místicos, la parodia de la poesía de S. Juan de la Cruz, la vida de los misioneros, así como una posible situación de abuso, que por respeto a las personas que lo han podido sufrir merece que esas situaciones se traten con respeto, pero en ningún caso advertimos que la intención del autor vaya más allá de una crítica burda e innecesaria, acción que, a nuestro entender, no integra el tipo penal del art. 525 del Código Penal”.

La SAP Sevilla secc.4ª nº 553/2004 de 7 de junio absolvió al acusado que exhibió una imagen de la Virgen María junto a los genitales de un varón. Se concluyó que efectivamente se hizo escarnio de la Virgen pero que no se colmaban las exigencias del tipo: “el proceder utilizado para realizar esa crítica nos parece tan burdo como simplista y carente de cualquier virtud intelectual apreciable, pero ni la fotografía ni el texto cuestiona directa o indirectamente ningún dogma, creencia, rito o ceremonia de la religión católica, sólo utiliza una conocida imagen para escandalizar y provocar una polémica que difícilmente conseguiría con el uso de una imagen no religiosa o, incluso, con poca devoción en la ciudad, cuestión que, al parecer, es lo que pretende resaltar el autor sin darse cuenta que las numerosas faltas de ortografía que contiene el texto bastaría para escandalizar a cualquier lector sin necesidad de ningún añadido más”.

⁴³ SAP Valladolid, sec. 4ª, nº 367/2005, de 21 de octubre Pte.: Martínez García, Angel Santiago: “el acusado realizó sus actos públicamente, en la calle, utilizando para ello una pancarta, por escrito y utilizando un documento gráfico como son las fotografías de las imágenes...La virginidad de María es un dogma de fe para la Iglesia Católica, definido en el I Concilio de Letrán en el año 649. Para los miembros de la Iglesia Católica el poner en duda la virginidad de María en los términos que fueron expresados por el acusado y que están descritos en los hechos probados, en un lugar público y donde se iban a producir eventos religiosos como son el paso de procesiones de Semana Santa, sin duda constituye una afrenta a sus dogmas y a sus creencias religiosas”.

⁴⁴ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, op. cit.

⁴⁵ En el mismo sentido, JIMÉNEZ VILLAREJO op. cit. pag. 3431 “la acción se realiza con la tendencia específica de ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa”.

⁴⁶ En este sentido, STS de 20 de mayo de 1988 Pte. Puerta Luis, Luis Román: “ese elemento subjetivo del tipo penal comporta un “ánimo excluyente no sólo de cualquier forma de tipo culposo, sino incluso del dolo eventual.”... No cabe, por tanto, una incriminación culposa de este tipo de conductas contrarias a la libertad de conciencia”.

⁴⁷ La SAP Sevilla, sec. 4ª nº 353/2004, de 7 de julio considera que el tipo exige un elemento subjetivo del injusto: la acción se realiza para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa.

⁴⁸ Pte.: Vivas Marzal, Luis

⁴⁹ En este sentido SANTAMARÍA LAMBÁS op. cit. pag.393 ha considerado que “es posible que frente al animus iniuriandi concurren otros animus (iocandi, cirticandi, narrandi, etc.). Así, en el caso del escarnio, junto al ánimo de burlarse de una confesión, puede concurrir otro ánimo diferente sin perjuicio de que subsista el animus iniuriandi; pero también puede ocurrir que con el afán de gastar una broma se esté eliminando el ánimo de ofender”.

⁵⁰ Pte.: Gómez de Liaño y Cobaleda, Mariano: “de los hechos probados se deduce que los fragmentos del poema publicado por la revista semanal “I.” [...] las frases que se transcriben sobre el yacimiento del centurión con Cristo Crucificado mientras la Madre y la Magdalena habían ido a por sábanas blancas para amortajar su desnudez, y la descripción de los sentimientos del acto realizado, implica burla y befa sobre la esencia de la pureza que contiene la religión católica, desprendiéndose de la narración, no solamente el carácter poético, del escrito, sino un predominio, sobre el mismo, del ánimo de menoscabar, ridiculizar e injuriar a la religión Católica, y ello da lugar a que el motivo interpuesto por el Ministerio Fiscal sea acogido o estimado en cuanto que está articulado por entender que existe infracción legal por no haberse aplicado el artículo 209 del Código Penal [...]”

La exigencia de este elemento subjetivo reduce notablemente la aplicación del delito. En efecto, es frecuente el pronunciamiento absolutorio por entender que no queda acreditado el elemento subjetivo⁵¹.

Se ha excluido el ánimo de ofender cuando se detecta una finalidad satírica⁵². También se ha descartado el animus ante la apreciación del propósito de informar⁵³, con el ánimo exclusivo de protesta política⁵⁴ o por considerarlo incompatible con el propósito de un empresario de recaudar dinero mediante un espectáculo (en este caso con una argumentación ciertamente discutible)⁵⁵.

La presencia de un *animus* ajeno al ofensivo se analiza en ocasiones conjuntamente con la libertad de expresión, así por ejemplo el AAP Valladolid, secc. 2ª, nº 251/2011, de 9 de junio en relación con el *animus iocandi*⁵⁶.

Algunas Audiencias consideran que cuando los hechos objetivamente son ofensivos, la concurrencia o no del ánimo debe analizarse tras el juicio oral, no procediendo el sobreseimiento anticipado⁵⁷.

⁵¹ Vid. AAP Madrid, sec. 17ª, nº 809/2011, de 29 de julio Pte.: Agueda Holgueras, Carlos.

⁵² Jdo. de lo Penal nº 8, Madrid, nº 235/2012, de 8 de junio: “es relevante el contexto en el que se exteriorizó la conducta enjuiciada. Se trató de la emisión de un programa de entretenimiento, desvinculado de cualquier práctica religiosa, por lo que no podemos considerar que estuviera dirigido a los fieles de una confesión sino al público en general. El objeto de la emisión era tratar la publicación de un producto discográfico, hecho que por la dirección del programa se consideró un tema de actualidad. [...] La intención atribuida por la acusación no puede deducirse sin más del contenido supuestamente insultante de las imágenes y opiniones difundidas. En primer lugar, porque [...] tales imágenes y opiniones carecen del sentido ofensivo que específicamente exige el tipo. En segundo término, porque atendido su contenido, puede atribuírsele una intención satírica distinta a la que exige el tipo, alternativa razonable que impide alcanzar tal conclusión por vía de la prueba indiciaria. [...] a partir de los elementos que describimos, no podemos deducir que concurriera en los acusados la específica intención de ofender, herir o perturbar sentimientos religiosos ajenos. También en este punto debe prevalecer el principio in dubio pro reo, que nos obliga a resolver a favor de los acusados”.

⁵³ El AAP Madrid, secc. 4ª, nº 402/2007, de 26 de junio Pte.: Brobia Varona, Rosa declara que “[...] este tipo penal exige un elemento subjetivo que sería la intención de ofender los sentimientos de los miembros de la confesión religiosa, cosa que en los hechos de autos no existe pues el objetivo del programa es informar, más que de los propios dogmas de su fe, de aspectos adyacentes, como su financiación y otros aspectos. Es de destacar que son personas que se han apartado de esa confesión los que con nombre y apellidos relatan lo vivido por ellos, la forma en la que llegaron a formar parte de esa comunidad y porqué razones se apartaron de ella”.

⁵⁴ SJpenal nº 23 de Madrid, nº 423/2018, de 26 de noviembre Ponente: Mendoza Cuevas, Pablo: “hay que remarcar además que el tipo incluye un elemento subjetivo, puesto que se requiere que el sujeto activo actúe “para ofender”. Es decir, se quiere que la conducta de los autores se haya realizado con la intención directa de ofender un sentimiento religioso colectivo. Y ese animo ofensivo ni siquiera es atribuido de forma expresa en el apartado de hechos del escrito de acusación particular, único que sostiene la comisión de este delito, luego elevado a definitivo. No solo eso, los datos objetivos que dicho escrito consigna (el que las acusadas llamaran a la prensa o el que eligieran la Catedral de la Almudena por su importancia) apuntan al animo exclusivo de protesta política que las acusadas dijeron tener”. Esta sentencia fue revocada por la SAP Madrid, secc. 30ª, nº 102/2019, de 21 de febrero

⁵⁵ AAP Barcelona, sec. 5ª nº 865/2017, de 6 de noviembre Pte.: Massigoge Galbis, María Isabella “[...] de lo aportado junto con el escrito de querrela se desprenden elementos indiciarios que permiten descartar, a priori, la intención de ofensa a los sentimientos religiosos, por cuanto, en primer término, resultaría paradójico y fuera de toda lógica empresarial, pensar que el organizador del evento, que con la explotación de su negocio trata de obtener beneficios económicos, organizara un espectáculo cuya finalidad fuera la de ofender a parte de sus posibles clientes, perdiendo, en consecuencia, los beneficios que se pretendían recaudar, lo que debió ocurrir entendiendo que los ofendidos abandonarían la sala de fiestas, máxime cuando el espectáculo, como en el caso de autos, no era ofertado, exclusivamente, a clientes no católicos; más clara parece, sin embargo, la intención del empresario de provocación y de escandalizar que se revela de las propias consignas plasmadas en las invitaciones a la fiesta, en una mala entendida forma de reclamo para garantizarse una amplia asistencia de público”.

⁵⁶ Pte.: Torre Aparicio, Miguel Angel de la: “téngase en cuenta que el propio protagonista se autodefine como un payaso y nos sitúa ante un espectáculo humorístico, con más o menos gracia, pero que, en términos generales, está impregnado de un ánimo iocandi y se desarrolla en el marco de la Universidad por lo que va dirigido a personas adultas con capacidad crítica. [...]”

⁵⁷ AAP Vizcaya, secc. 1ª, nº 90218/2018, de 23 de octubre Pte.:González-Guija Jiménez, Alfonso: “frente al auto que acuerda el sobreseimiento de unas actuaciones –actuaciones incoadas en virtud de denuncia en la que se refiere que los denunciados, integrantes de la Komparsa Hontzak instalada en el recinto festivo del Arenal con motivo de las fiestas de Bilbao, tenían colocado de manera ostensiblemente visible un retrato de un Jesucristo crucificado con alusiones a las correlaciones de las diferentes partes de su cuerpo y sus denominaciones equivalentes en alimentación cárnica, así como un rótulo que rezaba “Carnicerías Vaticanas”, más la exposición pinturas correspondientes a productos cárnicos y el mensaje en Euskera cuya traducción al castellano es el de “Tomad y comed que éste es mi cuerpo”– [...] Entrando en este aspecto fundamental, como suele suceder en materia de libertad de expresión y su ejercicio en forma de manifestación de una crítica, los límites de su desarrollo y la posible colisión con otros derechos protegidos legalmente, incluso en el ámbito penal, constituyen una zona fronteriza marcada por fuertes componentes valorativos conformados por los propios principios éticos de los sujetos que efectúan la valoración. Así es muy frecuente que, como en el supuesto sometido a nuestro enjuiciamiento, lo que para unos es mera crítica exenta de ánimo o intención de causar afrenta u ofensa, para otros constituye precisamente lo contrario, un acto o actos eminentemente ofensivos. [...] Partiendo de ello, no podemos asumir el contenido de la resolución recurrida porque existiendo unos actos

2.1.5. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión

Es sin duda el tipo de escarnio el que con mayor facilidad puede entrar en tensión con los derechos de libertad de expresión (art. 20.1 a CE) y de creación artística (art. 20.1 b)⁵⁸. En caso de que en la ponderación se llegue a la conclusión de que se ha actuado en ejercicio legítimo de este derecho, es claro que la antijuridicidad quedaría enervada y habría de considerarse la conducta amparada por una causa de justificación.

Como señala la STS nº 752/2012, de 3 de octubre, en aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades del art. 20.1 CE, se debe examinar si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de no llegar a esta conclusión, la acción penal no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta. Parece evidente que unos mismos hechos “no pueden ser [...] valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”. Es preciso, pues, aplicar la técnica ponderativa, inherente a la propia estructura de la libertad de expresión y a su interacción con otros derechos⁵⁹.

Aunque se ha escrito que el tipo de escarnio “coarta inadmisiblemente el ejercicio de la libertad de expresión en aras de la protección de intereses propios de otras épocas”⁶⁰, lo cierto es que una aplicación del mismo desde una correcta ponderación de los derechos en conflicto, no tiene porqué coartar nada⁶¹. Como advierte la STS nº 846/2015, de 30 de diciembre en todos los delitos de expresión “subyace un conflicto entre el interés protegido por la norma penal y las libertades de expresión y, en su caso, ideológica: es un problema de equilibrios y ponderación que no admite respuestas simplistas”.

Debe partirse de la especial consideración de la libertad de expresión como elemento esencial de la convivencia democrática, que exige realizar en cada caso concreto una ponderación correcta que evite cualquier “riesgo de hacer del Derecho Penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión, lo que, sin duda, resulta indeseable en el Estado democrático” (SSTC nº 177/2015, de 22 de julio y 112/2016, de 20 de junio). El punto de arranque habrá de ser el de que como ha declarado la STC nº 159/1986, de 31 de diciembre “esta posición preferencial del Derecho fundamental reconocido en el art. 20.1.d exige una rigurosa ponderación de cualquier norma o decisión que coarte su ejercicio”.

objetivos, ya descritos, que afectan de lleno a símbolos de la religión católica, la valoración de si son o no típicos, en atención al dato fundamental de su consideración de ser ejecutados como expresión del derecho de crítica de esta confesión religiosa exenta de ánimo de causar afrenta o de ofender los sentimientos de quienes la profesan, no es correcta jurídicamente en este estado del procedimiento, porque el elemento intencional del delito ha de ser valorado tras la práctica de la totalidad de la prueba en el acto procesal en el que corresponde, que no es otro que el del plenario o juicio oral, donde la valoración conjunta de todos los medios de prueba permitirá pronunciarse sobre el elemento subjetivo o intencional que guía la conducta del autor del hecho, y con ello poder concluir en términos de certeza si existió voluntad o intención de hacer escarnio a los sentimientos religiosos de los católicos que se aproximaran a la Txozna”.

⁵⁸ Se ha entendido que “el artículo 525 supone un límite a la libertad de expresión. Sin embargo, la necesidad del «animus iniuriandi» para que surja el tipo y el requisito de publicidad exigido en todo caso, hacen que el límite se encuentre dentro de la línea restrictiva que se exige para todo derecho fundamental...” FERNÁNDEZ-CORONADO GONZÁLEZ, Ana “El contenido de la tutela de la libertad de conciencia en el código penal de 1995 Revista del Poder Judicial nº 52. Cuarto trimestre 1998 pags. 135 a 176

⁵⁹ Como refiere la reciente STS (sala de lo civil) nº 201/2019, de 3 de abril, en relación con el derecho al honor pero interesante a la hora de aportar pautas sobre cómo realizar el juicio ponderativo “cuando se plantea un conflicto entre la libertad de expresión y el derecho al honor, tanto este tribunal como el Tribunal Constitucional han reiterado que la ponderación necesaria para resolverlo ha de llevarse a cabo teniendo en cuenta la posición prevalente, que no jerárquica, que sobre los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución Española ostenta el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1 a), en función de su doble carácter de libertad individual y de garantía institucional de una opinión pública libre e indisolublemente unida al pluralismo político dentro de un Estado democrático [...] esta prevalencia de la libertad de expresión sobre el derecho al honor no es absoluta, sino funcional. Las libertades de expresión e información del art. 20.1.a) y d) de la Constitución prevalecen sobre los derechos de la personalidad del art. 18 de la Constitución en tanto que dichas libertades se ejerciten conforme a su naturaleza y función, de acuerdo con los parámetros constitucionales, esto es, cuando contribuyen al debate público en una sociedad democrática y no se vulnera grave e innecesariamente el ámbito protegido por los derechos de la personalidad, porque el respeto a estos derechos fundamentales también constituye una exigencia propia de una sociedad democrática”.

⁶⁰ SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, op. cit.

⁶¹ Se ha llegado a considerar que el principio de tolerancia, como manifestación fundamental (condición de existencia) de la libertad ideológica y de conciencia, haría “socialmente adecuada la inmensa mayoría de las burlas hacia las diversas religiones” QUERALT JIMÉNEZ, J. J. Derecho Penal Español. Parte Especial, 1992, pág. 897.

La SAP Madrid, secc. 16ª, de 16 de diciembre de 2016⁶² aporta interesantes pautas en el *balancing* entre libertad de expresión y libertad religiosa, ideológica y de culto: “entran en colisión en no pocas ocasiones [...]. Sería muy sencillo para este Tribunal, y para todos, que existiera un orden de preferencia o claro predominio de la protección de uno de ellos, pues de ser así, la discusión sería simple. Si predominara el derecho a la libertad de expresión por encima de cualquier otro bien jurídico, no se contemplarían en nuestro ordenamiento jurídico penal tipos delictivos tales como la injuria, la calumnia, el escarnio...Ciertamente, el derecho a la libertad de expresión ocupa un lugar preeminente dentro de nuestra Constitución [...] pero también ocupa un lugar destacado, y con idéntica protección del artículo 53, el derecho a la libertad religiosa, ideológica y de culto, recogido en el artículo 16 de nuestra Constitución [...] El derecho a la libertad de expresión [...] tiene límites y se trata sencillamente de poner en una balanza los bienes jurídicos en conflicto, analizar caso a caso y atendiendo a las circunstancias concretas, y decidir de manera razonada, ponderada y a luz de la jurisprudencia, que suele ser muy amplia a la hora de fijar dichos límites, pero existen”.

Desde la añeja STS de 13 de abril de 1885 queda claro que la simple negación o la crítica mesurada de los dogmas no entraña ni afrenta, ni ofensa, ni menosprecio⁶³.

En el otro plato de la balanza “ni el ejercicio de la libertad ideológica ni la de expresión pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos, de extranjeros o inmigrantes, religiosos o sociales, pues en un Estado como el español, social, democrático y de Derecho, los integrantes de aquellas colectividades tienen el derecho a convivir pacíficamente y a ser plenamente respetados por los demás miembros de la comunidad [...]” (STC nº 214/1991, de 11 de noviembre⁶⁴).

Se ha escrito que “la comparación sincrónica y diacrónica de los distintos Derechos –penales– en punto al listado de los diferentes delitos de expresión arroja bien pocas diferencias.... Es más bien el contenido que los juristas prácticos y los comentaristas ofrecen de cada uno de esos delitos lo que permite diferenciar, sobre esta variable, un estado democrático –contemporáneo o no– de otro que no lo sea”⁶⁵. En nuestra opinión puede decirse que en la práctica de nuestros tribunales se supera satisfactoriamente este test.

En efecto, la libertad de expresión ha sido apreciada en múltiples ocasiones como preferente, fundamentando la absolución de los acusados de delitos de escarnio. Tras el análisis de las sentencias dictadas en España sobre la materia puede concluirse con que la jurisprudencia ha seguido una línea muy restrictiva en la aplicación del tipo de escarnio, protegiendo la libertad de expresión⁶⁶. Los ejemplos son numerosos⁶⁷.

⁶² Rec. 747/2016 Pte.: Cubero Flores, Francisco David

⁶³ La SAP Valladolid, sec. 4ª, nº 367/2005, de 21 de octubre expresamente señala tras analizar el bien jurídico protegido por el tipo que “[...] el derecho a la libertad de expresión, también constitucionalmente consagrado (artículo 20.1), en virtud del cual una persona tiene derecho a no compartir y a discrepar de las creencias religiosas que los demás puedan tener”.

⁶⁴ Pte.: Gimeno Sendra, Vicente

⁶⁵ PUENTE SEGURA, Leopoldo “El delito de desacato: bien jurídico protegido y libertad de expresión” Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial 33/1993 pags. 337 a 359

⁶⁶ En este mismo sentido, CARRETERO SÁNCHEZ, Adolfo “Teoría y práctica de los delitos contra los sentimientos religiosos y el respeto a los difuntos: el peso de una negativa influencia histórica”. Diario La Ley nº 6666

⁶⁷ Ejemplo de esta tendencia restrictiva lo encontramos en la STS nº 688/1993, de 25 de marzo, que analiza el siguiente supuesto: en el programa de periodicidad semanal “E.O.” dirigido y presentado por la procesada María Paloma... a cuyo comienzo la presentadora hizo una advertencia general de que su contenido podía herir la susceptibilidad de ciertos telespectadores, dentro de la actuación del grupo musical inglés “P.”, TV que proyectó un videoclip de unos tres minutos de duración titulado “M.” en el que, entre la rápida sucesión de imágenes que lo componían, aparecía por dos veces, una en primer plano vertical y otra en horizontal sobre un ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical en la que figura humana crucificada tenía una cabeza en forma de animal. El TS absuelve al entender que no se acredita ánimo de ofender y que la cruz tiene otras muchas simbologías y no la unívoca que corresponde al crucifijo. “Es incuestionable que, como se dice acertadamente en el motivo, el Crucifijo es para la religión cristiana quizá la cosa sagrada por excelencia después de la Eucaristía, debiendo reputarse como punibles no solamente los actos de burla mofa, escarnio, etc. sino los simplemente atentatorios al debido respeto al Crucifijo, ahora bien, se impone realizar la necesaria comparación o poner de relieve el indudable contraste existente entre el Crucifijo constituido por una cruz a la que se halla incorporada la imagen del Jesús crucificado y la cruz que según el

El AAP Madrid, sec. 30ª, nº 73/2013, de 24 de enero también opta por la libertad de expresión pese a la extrema dureza de la crítica⁶⁸. En esta misma línea se sitúa el AAP Valladolid, secc. 2ª, nº 251/2011, de 9 de junio⁶⁹ y la SAP Valladolid secc. 4ª nº 367/2005 de 21 de octubre⁷⁰.

diccionario de la lengua es la figura formada por dos líneas que se atraviesan y cortan perpendicularmente, o patíbulo formado por un madero hincado verticalmente y atravesado en su parte superior por otro más corto, en los que como suplicio o pena se clavaban o sujetaban las manos y los pies de los condenados a sufrir la muerte por hambre y sed, de manera que, aunque la cruz, sin más, sea un símbolo para los cristianos en memoria de que en una cruz padeció Cristo la muerte, no puede dejar de reconocerse que tiene otras muchas simbologías y no la unívoca que corresponde al crucifijo, por la que una, cruz en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado, de donde resulta que al parecer del relato fáctico de la sentencia recurrida que en el vídeo en cuestión, aparecía por dos veces, en un primer plano vertical y otro en horizontal sobre un ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical, en la que la figura humana crucificada tenía una cabeza en forma de animal, claro resulta que falta un elemento del delito en cuanto la descrita cruz en modo alguno puede identificarse con el crucifijo y, en consecuencia, reputarse como cosa sagrada, abonándolo así, además, el hecho de que en la mencionada cruz falta la parte superior del madero vertical en el que suele consignarse la palabra INRI, compuesta por las iniciales del rótulo latino Iesus Nazarenus Rex Iudeorum que constituye el símbolo de la crucifixión de Cristo y que la distingue de la de cualquier otra persona”.

⁶⁸ Pte.: Oliván Lacasta, Pilar: “tampoco puede hablarse de que sean equiparables las ofensas a la religión católica con las informaciones injuriosas en relación con la Iglesia Católica, por razón de la religión que predica; y las censuras a la misma por agrias y desconsideradas que sean, o por más que tergiversen los hechos o las valores de forma abiertamente injusta, están amparadas por la libertad de expresión, más todavía cuando se llevaron a cabo con ocasión de unas jornadas mundiales de la juventud y en los que el protagonismo colectivo correspondía a esos jóvenes, católicos en su mayoría, y el individual al que ostenta la máxima dignidad dentro de la Iglesia Católica, el Papa, y en el que la crítica de la celebración de las jornadas en sí, de la visita del Papa, del eventual gasto que ello pudiera suponer, está dentro del derecho de crítica, incluso injusta, sesgada o sectaria, propio de todo sistema democrático. [...] Respecto al delito contemplado en el art. 525.1, ofensas a los sentimientos religiosos, debe responderse que calificar a la Iglesia Católica de organización religiosa “cuya historia está llena de crímenes y enemiga de la justicia social y el progreso humano” puede considerarse una falta de respeto a la verdad histórica, o una acentuación de los momentos o actuaciones más censurables desde la óptica actual de algunos integrantes o rectores de la Iglesia, con olvido intencionado de todo lo positivo, pero es una visión muy común y extendida a partir del pensamiento marxista o incluso del pensamiento crítico de la obra colonizadora, de defensa de la fe por la Inquisición, de las cruzadas, etc, pero que no pueden criminalizarse. Por otra parte, determinados carteles ofensivos para los obispos, en general y sin particularizar en nadie, o que oponen razón y fe, reservando la inteligencia solo a la primera tampoco suponen un escarnio de dogma, creencia o rito alguno. Al igual que las censurables expresiones sobre las iglesias que arden, la omnipresencia divina que supone su presencia bajo una defecación, la tacha de gran inquisidor al Papa, no son escarnio de creencias, ritos o dogmas, sino descalificaciones de las mismas, donde lo que se pretende es tachar de inutilidad a los templos, o pretendidamente ingeniosas reducciones al absurdo o inadecuado recordatorio de la trayectoria como Cardenal Prefecto de la Congregación de la doctrina de la fe del actual Papa, más o menos mezclada con su obligada contribución adolescente como soldado a la Alemania nacional Socialista. [...] La convocatoria a crear viñetas o mensajes “para escarnio de las instituciones religiosas y de Dios” (cláusula 4ª de la convocatoria de la CNT, f.58) debe interpretarse a luz de la cláusula 2ª que introduce un tono festivo y jocoso en la misma y que establece que se valorarán los trabajos “por su ingenio y mensaje crítico y simpático”.

⁶⁹ Pte.: Torre Aparicio, Miguel Angel de la: “no debemos olvidar, en este análisis, que la actuación del derecho penal frente a este derecho fundamental de la libertad de expresión, ha de ser muy reducida, teniendo en cuenta el carácter fragmentario y subsidiario de este derecho sancionador cuya intervención se justifica como “ultima ratio” cuando no existan otros procedimientos idóneos para solventar el conflicto y cuando las conductas tengan entidad o relevancia por afectar a ese núcleo del “mínimum ético” que se protege en los tipos penales citados. En este sentido, el propio Tribunal Constitucional ha advertido del riesgo, indeseable en el Estado democrático, de hacer del Derecho penal un factor de disuasión del ejercicio de la libertad de expresión [...] La cuestión planteada consiste, por tanto, en determinar si esas opiniones vertidas por el querellado Tiburon en su espectáculo [...] se mantienen en el ámbito de la libertad de expresión garantizado por el artículo 20 de la Constitución o si, por el contrario, pueden ser objeto de sanción estatal punitiva por afectar de forma relevante a bienes constitucionalmente protegidos en dichos tipos penales. los hechos [...] lo que ponen de relieve es un posicionamiento laico y, si se quiere, anticlerical del conferenciante sin que ello constituya realmente escarnio de los dogmas, creencias, ritos o ceremonias de la religión católica, ni vejación de quienes los profesan o practican, y tampoco apreciamos un dolo de ofender los sentimientos religiosos de tal confesión. [...] La imitación del Papa de la Iglesia católica, no deja de ser una parodia pero sin llegar a contener elementos denigrantes o humillantes por representarlo [...] con un andar escasamente ágil o como una persona de avanzada edad. [...] En cuanto al tema de los preservativos, no advertimos esa equiparación con el acto de la Consagración señalada en la querrela. [...] Las referencias en torno a las noticias de abusos sexuales cometidos por sacerdotes, no pasan de ser interrogantes críticos sobre el silencio de algunos estamentos dentro de la Iglesia en relación a lo que han hecho “esos curas” (sic), utilizando esta expresión significativamente delimitadora, sin que tales comportamientos vengan atribuidos a todos los sacerdotes, ni a los católicos en general. [...] Finalmente se argumenta que ataca los dogmas más importantes del Cristianismo y del Catolicismo al decir: “Los actos más profundos de la religión cristiana, ¿cuál puede ser?, el nacimiento de Jesús, la Natividad, llega el Mesías, la inocencia del bebé todo el ritual y las ceremonias que hay alrededor del nacimiento de Jesús. ¿Pero qué es el nacimiento de Jesús sino una decisión del obispo de Milán de recuperar las fiestas romanas donde el 25 de diciembre el bebé Apolo, dios del sol nace?. O “Pascua es una fiesta neolítica, la fiesta de los animales que nacen”. O “la catedral de Santiago es un lugar de druidas y todos los itinerarios y peregrinaje a Santiago de Compostela han sido concurridos desde 10.000 o 15.000 años.”. Consideramos que tales expresiones carecen de virtualidad para escarnecer los sentimientos religiosos de los católicos. [...] El hecho de no creer en los dogmas de una determinada religión o pensar que no son ciertos y manifestarlo públicamente, entra dentro de la libertad ideológica y de la libertad de expresión, por lo que en sí mismo no entraña ningún comportamiento censurable penalmente. [...] Se trata, en definitiva, de una mezcolanza de ideas, de gags, de comentarios sobre libros o artículos y de ocurrencias, teñido de un fondo humorístico, que vienen amparadas por el derecho a la libertad de expresión [...] pues, con independencia de la valoración que de las mismas se haga, sólo pueden entenderse como reflexiones o juicios subjetivos discrepantes con determinadas creencias religiosas, sin que se advierta un contenido que fomenta el odio o escarnio de la religión católica ni frente a quienes la profesan, y sin que sea inferible un específico dolo de escarnecer [...].

⁷⁰ Esta resolución absolvió al acusado que había exhibido en época de Semana Santa y en el recorrido de la procesión, una pancarta con la imagen de la Virgen María y de Jesús con la leyenda “Adúltera con su bastardo”. En este caso se concluyó que la conducta “no estaba dirigida a lesionar los sentimientos religiosos ajenos, sino a su deseo de expresar y exteriorizar opiniones discrepantes”

Con frecuencia suele producirse el conflicto entre este tipo y la libertad de expresión en su modalidad de creación artística⁷¹. La realidad criminológica muestra cómo se dan supuestos en los que productos pseudo artísticos formalmente incardinados en la libertad de expresión artística introducen contenidos claramente ofensivos para las religiones, aunque en ocasiones dudosamente subsumibles en un escarnio de los dogmas, creencias ritos, o ceremonias.

Debe no obstante recordarse que la libertad de expresión no puede abarcar agresiones directas a otros derechos fundamentales⁷².

2.2. Escarnio de personas que profesan ideas ateas o agnósticas

El art. 525 en su apartado segundo castiga con pena de multa a los que *hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna*.

Ya la STEDH de 15 de enero de 2013, Eweida y otros contra Reino Unido, declaró que la libertad de pensamiento, conciencia y religión protege “los elementos más esenciales de la identidad de los creyentes y de su concepción de la vida, pero también es un bien preciado por los ateos, los agnósticos, los escépticos o los indiferentes”.

Parece que la introducción de esta modalidad se hizo con el fin de evitar cualquier duda de constitucionalidad derivada de la singularidad de trato que en otro caso se daría a las creencias religiosas sobre otras creencias. Sin embargo, el TC ya tuvo ocasión de realizar un pronunciamiento a través del ATC nº 271/1984, de 9 de mayo en el que rechazaba este tipo de argumentos.

Por lo demás, la introducción de este tipo tampoco ha contentado a los sectores doctrinales que defienden que la tipificación del escarnio de las religiones supone una infracción del principio de igualdad.⁷³

Este tipo no incorpora un elemento subjetivo del injusto equivalente al del apartado primero (para ofender los sentimientos). Entendemos que una interpretación sistemática de ambos apartados, una exégesis respetuosa con el principio de prohibición de exceso y una aplicación inspirada en el respeto a la libertad de expresión debiera llevar (si en alguna ocasión llegara a ser aplicado este precepto⁷⁴) a la exigencia de un propósito de ofender a las personas ateas o agnósticas. La omisión de la descripción del elemento subjetivo del injusto debe atribuirse a un descuido del Legislador.

⁷¹ Juzgado de lo Penal nº 8 de Madrid nº 235/2012, de 8 de junio Pte: Vigil Levi, Jacobo: “la creación artística, y el Sr. Juan Ramón es un creador reconocido, tiene en ocasiones una dosis de provocación. La sátira y el recurso a lo irreverente han sido en no pocas ocasiones un recurso artístico para hacer crítica social, mostrando la oposición del creador a determinados modelos. Esta sátira se ha dirigido en especial a las distintas manifestaciones del poder. La religión, especialmente por cuanto se refiere a la mayoritaria en España, la Iglesia como institución, han estado asociadas en la historia al poder y han sido por tanto también objeto de crítica legítima. No son infrecuentes en distintos ámbitos de la expresión, referencias críticas a símbolos o creencias religiosas. Si esto es así en la actualidad, lo fue especialmente en la época en la que el cortometraje en cuestión se elaboró”.

⁷² Como con claridad expresa JIMÉNEZ VILLAREJO op. cit. pag. 3432 “mofarse de una creencia hasta los límites del escarnio...no es exactamente expresar la opinión que se tiene sobre tal creencia...sino herir gratuitamente, porque existen otras vías no lesivas de expresar las propias ideas, a quienes ejercitan el derecho a la libertad de conciencia. Y conviene tener presente también que ofender gravemente los sentimientos de un grupo de ciudadanos, mediante el escarnio de las creencias y prácticas con las que se identifican, no es precisamente una forma de garantizar el pluralismo...sino todo lo contrario. Cuando la ofensa a los sentimientos de los miembros de un grupo alcanza un determinado nivel, es a la desaparición del grupo a la que consciente o inconscientemente se tiende, no al fortalecimiento de la pacífica convivencia de todos los grupos que existen en la sociedad”.

⁷³ En este sentido SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO op cit ha defendido que “tal inclusión, sin embargo, simplemente pone de relieve lo superfluo tanto de la nueva figura delictiva como de la anterior, aunque aquélla viene a acentuar su parentesco con el ejercicio de la libertad ideológica, que sigue sin estar protegida penalmente; y, por otra parte, resulta insuficiente para acallar las dudas sobre la infracción del principio de igualdad, como se pondrá de manifiesto infra, ya que deja sin tutela penal las más importantes parcelas de las manifestaciones de la libertad ideológica”.

⁷⁴ Con razón señala SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO op cit que “dada la distinta naturaleza de las ideas acerca de lo trascendente del que cree y del que no cree en religión determinada, resulta difícil concebir que el no creyente se sienta herido porque se tome a broma (se escarnezca) su incredulidad y fácil prever que no va a producirse proceso penal alguno en aplicación del mencionado párrafo 2”.

Llama igualmente la atención que solamente se recoge como verbo nuclear *hacer escarnio*, olvidando el *vejar*. En realidad, es lógico que la conducta punible se ciña al ataque contra las personas ateas o agnósticas y no se extienda al escarnio de las creencias que la sustentan. Pero debiera haberse utilizado el verbo *vejar* para referirse a las personas, como hace el apartado primero⁷⁵.

Las deficiencias en que se ha incurrido en la formulación del tipo han sido puestas de manifiesto por la doctrina⁷⁶.

3. Coacciones contra la libertad de conciencia

3.1. Concepto legal

El art. 522 castiga con pena de multa de cuatro a diez meses a *los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos* y a los que *por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen*.

Inexplicablemente se tipifica expresamente una modalidad de coacciones teóricamente calificada a la que sin embargo se da un trato punitivo privilegiado. Recordemos que para el tipo básico de coacciones el art. 172 CP prevé una pena de seis meses a tres años o de multa de 12 a 24 meses que debe imponerse en su mitad superior cuando la coacción ejercida tuviera como objeto impedir el ejercicio de un derecho fundamental⁷⁷.

3.2. Bien jurídico protegido

El bien jurídico protegido es la libertad religiosa⁷⁸.

3.3. Sujeto activo

No es un delito especial, es susceptible de ser cometido por cualquier persona⁷⁹.

⁷⁵ En esta línea CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN, op cit pag.2025 consideran que en el apartado segundo “no se habla de vejación sino tan solo de escarnio, si bien, obviamente no se refiere al ateísmo o agnosticismo propiamente dicho, sino a las personas que no profesan religión o creencia”

⁷⁶ GOTI ODEÑANA considera que “de este forzado párrafo se puede deducir, más claramente que de cualquier otro argumento, la incoherencia de quienes quieren tratar parangonando lo religioso y lo no religioso. Se trata de dos mundos dispares, con contenidos y exigencias distintas [...] porque unos tengan unas exigencias, no se sigue que los otros han de tener necesidades del mismo género,por tanto, por querer crear los mismos modos de tratar a ambos se viene a caer en incoherencias como ésta [...] GOTI ODEÑANA, J. “Delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos” Jornadas de la Asociación Española de Canonistas. Salamanca, 1998 pag. 453

En este sentido, para SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO op cit “la discordancia y falta de congruencia entre ambos preceptos abonan el argumento de que el párrafo 2 no pasa de ser un añadido legitimador del mantenimiento del 1.º, pero ejecutado técnicamente de manera inapropiada”.

Para MANZANARES SAMANIEGO op cit “el apartado 2 del artículo 525 es una novedad tan bien intencionada como mal redactada. Buscando la no discriminación de quienes no están comprendidos en el apartado 1, se castiga aquí a «los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna». El tipo, de difícil pero no imposible realización, se sitúa entre lo curioso y lo ridículo. Si no se quiere admitir el absurdo de una protección especial de determinadas personas por el mero hecho de no profesar religión o creencia alguna, debe exigirse que el escarnio guarde relación con esa circunstancia”.

⁷⁷ En el mismo sentido CARBONELL MATEU y VIVES ANTÓN, op cit consideran que se trata de un supuesto de coacciones abiertamente privilegiado con aplicación del art. 8.1 del CP, pese a ser una solución no satisfactoria desde el punto de vista valorativo y de política criminal.

⁷⁸ En palabras de RODRÍGUEZ LAINZ op cit “protege de forma directa la libertad individual de la persona en su opción por profesar o no profesar una religión o determinada religión, y actuar en consonancia con tal libre opción”.

⁷⁹ Para SANTAMARÍA LAMBÁS op. cit. “todos los artículos de la sección aparecen como tipos comunes, ya que todos ellos van encabezados por las proposiciones legales “el que”, “los que”, es decir, pueden ser llevados a cabo por cualquiera. En general, aunque el tipo habla de “los que”, lo que da a entender es que cualquier persona puede ser sujeto activo de este delito, lo más frecuente es que estemos en presencia del denominado proselitismo ilegal o ilícito, esto nos reconduce al tema de las sectas”.

3.4. Sujeto pasivo

Mantiene MORILLAS⁸⁰ que el tipo no se puede estar refiriendo a las confesiones inscritas, pues sería una interpretación demasiado reduccionista, sino que protege a los miembros de las confesiones, estén o no inscritas.

En nuestra opinión, debe tenerse en cuenta que como se expuso, se trata de un tipo incongruentemente privilegiado, por lo que su aplicación frente a ataques a miembros de confesiones no inscritas no redundaría precisamente en la mayor protección de estos colectivos. Pese a ello, la solución de aplicar el tipo en relación con conductas afectantes a confesiones no inscritas parece la correcta, teniendo en cuenta que como quiera que el mismo no hace distinciones entre confesiones, ante un concurso de leyes entre este tipo y el de coacciones, entendemos operaría el principio de especialidad del art. 8.1 CP.

3.5. Tipo objetivo

Hay dos modalidades: impedir practicar o asistir a actos religiosos y obligar a practicar actos de culto o realizar actos reveladores de profesar o no profesar o a mudar la religión que profesen.

Tanto la modalidad de impedir hacer como la de obligar a hacer deben ser cometidas empleando uno de los medios típicos: violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo.

El apremio ilegítimo ha suscitado dudas y críticas⁸¹. En efecto, su inclusión puede derivar en interpretaciones amplias, contrarias al principio de taxatividad⁸².

Es un delito de resultado por lo que caben las formas imperfectas de ejecución. La consumación tiene lugar cuando efectivamente se alcanza el resultado de impedir hacer algo o de obligar a hacer algo.

3.6. Tipo subjetivo

El delito es doloso. En mi opinión exige dolo directo⁸³, pero no requiere ninguna motivación especial⁸⁴.

3.7. Concursos

Si con la misma acción se afecta a una pluralidad de personas (v.gr., se impide por la fuerza a una congregación de personas a asistir a una misa) deberá apreciarse un único delito⁸⁵.

Si la violencia empleada genera lesiones habrá de aplicarse el régimen del concurso ideal de delitos.

Como se expuso *supra*, con el delito de coacciones entraría en régimen de concurso aparente de Leyes, a resolver de acuerdo con las previsiones del art. 8 CP conforme al principio de es-

⁸⁰ MORILLAS CUEVA, L., "Los delitos contra la libertad religiosa (especial consideración al artículo 205 del Código penal)", Universidad de Granada, 1977,p.226.

⁸¹ Para MORILLAS CUEVA, op cit "la última referencia, traída del viejo artículo 205, abre la puerta a la inseguridad jurídica, sobre todo porque resulta difícil imaginar tales apremios si no es como violencia, intimidación o amenaza".

⁸² Así RODRÍGUEZ LAINZ op cit ha mantenido que "estos últimos medios obedecen a la intención del legislador de establecer una norma de cierre que permita al juzgador adaptarse a las circunstancias concretas del caso, dotando al tipo de una enorme elasticidad"

⁸³ Para MANZANARES SAMANIEGO , op cit "puede que la estructura tácitamente tendencial de la conducta excluya al eventual"

⁸⁴ En contra se ha defendido que "el elemento subjetivo es el de atentar contra la libertad religiosa o de conciencia con la realización de dichos actos" VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia en "Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat" "Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos" pag. 2299

⁸⁵ En el mismo sentido, para MANZANARES SAMANIEGO , op cit "la referencia a «miembro o miembros de una confesión», en el número 1º, y a «otro u otros» en el número 2º significa que la pluralidad de sujetos pasivos de una misma acción no rompe la unidad del delito"

pecialidad en favor del tipo del art. 522 CP, por más que ello genere un tratamiento injustificadamente privilegiado⁸⁶.

Si para impedir o para obligar se llega al extremo de privar de libertad, la solución vendría dada por la aplicación del tipo del art. 522 CP y del correspondiente tipo de detención ilegal en régimen de concurso ideal⁸⁷.

4. Perturbación de actos religiosos

4.1. Concepto legal

El art. 523 CP castiga con pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar al que *con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior*.

4.2. Bien jurídico protegido

Lo sería la libertad religiosa, que reconoce, como ha tenido ocasión de expresar el TC, el derecho de los ciudadanos a actuar en este campo con plena inmunidad de coacción del Estado y de cualesquiera grupos sociales⁸⁸. En la misma línea, STS nº 835/2017, de 19 de diciembre⁸⁹ y SAP Baleares, secc. 2ª, nº 102/2016, de 13 de octubre⁹⁰.

La STS nº 620/2018, de 4 de diciembre declara al respecto que “conforme señala la doctrina, lo que se protege a través de este tipo penal no es el sentimiento religioso personal sino el ejercicio de la libertad religiosa que se ve perjudicada cuando se utiliza violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho para impedir sus manifestaciones. Se protege pues la dimensión comunitaria del derecho a la libertad religiosa”.

4.3. Sujeto activo

Sujeto activo puede ser cualquiera, incluso individualmente en algunos supuestos⁹¹.

4.4. Sujeto pasivo

El sujeto pasivo es colectivo. Los afectados por los actos de impedimento, interrupción o perturbación de actos, funciones, ceremonias o manifestaciones son una pluralidad de personas⁹².

⁸⁶ VALMAÑA OCHAÍTA, op cit pag. 2298 ha intentado –en nuestra opinión infructuosamente– una interpretación alternativa para evitar este tratamiento privilegiado: “la violencia, intimidación, fuerza y apremio ilegítimo constituyen un delito del art. 522 en los casos en las que los hechos fueran constitutivos de falta o no estuvieran tipificados. Pero si los hechos se realizan con violencia que en si misma sería constitutiva de delito, o con el empleo de la misma se realizara un delito de lesiones, los tipos aplicables serían estos últimos. Por una parte, el art. 172.1 in fine [...] por otra los arts. 147 y ss” VALMAÑA OCHAÍTA, Silvia en “Estudios Penales en homenaje a Enrique Gimbernat” “Los delitos contra la libertad de conciencia y los sentimientos religiosos” pag. 2298

⁸⁷ En contra CARRETERO SÁNCHEZ, op cit para quien puede “concurrir con el delito de detención ilegal del art. 163 del CP, aplicándose el art. 8.1 del CP”

⁸⁸ En el mismo sentido, ALCANTARILLA HIDALGO, Fernando J. “Las encrucijadas del Estado aconfesional: breve estudio de la Sentencia 28/2008, de 14 de noviembre, del juzgado de lo contencioso-administrativo n.º 2 de Valladolid. LA LEY 41637/2008

⁸⁹ Pte.: Colmenero Menéndez de Luarda, Miguel: “el reconocimiento de la libertad religiosa que se contiene en el artículo 16.1 CE incluye no solo el derecho de pensar o creer de una determinada manera, solo determinada por cada ser humano, sino además, el de comportarse públicamente con arreglo a esa creencia y el de practicar, naturalmente con respeto a los derechos de los demás, los actos propios del culto y de los ritos de la confesión que se profese. Derechos que incorporan, consecuentemente, la obligación de los demás de respetar su existencia, su expresión pública y su ejercicio”.

⁹⁰ Pte.: González Miro, María del Carmen: “la conducta típica del art. 523 CP puede ser consideradas como una modalidad específica del delito de coacciones agravado por afectar un derecho fundamental [...], pues, como en este precepto, se ejerce violencia para impedir a otro la realización de determinadas conductas; lo específico en este tipo de coacciones es que están relacionadas con comportamientos que afectan al ejercicio de la libertad religiosa. Por tanto con el tipo penal se está protegiendo una especial vertiente –la religiosa– del derecho más amplio a la libertad”.

⁹¹ En el mismo sentido, MANZANARES SAMANIEGO, op cit

⁹² Para NIETO GARCÍA “los actos de impedimento se generalizan, dejando de tener sentido la identidad de concretas personas

Es necesario que los afectados se integren en una confesión inscrita.

La referencia a la inscripción en el registro del Ministerio de Justicia e Interior debe entenderse ahora referida al Ministerio de Justicia. El art. 5 LOLR establece que la personalidad jurídica de los grupos religiosos se adquirirá una vez inscritas en el correspondiente Registro público. El párrafo segundo de este precepto requiere, previa a la inscripción la “solicitud, acompañada de documento fehaciente en el que consten su fundación o establecimiento en España, expresión de sus fines religiosos, denominación y demás datos de identificación, régimen de funcionamiento y órganos representativos, con expresión de sus facultades y de los requisitos para su válida designación”.

El Registro de Entidades Religiosas se regula en el Real Decreto 594/2015, de 3 de julio.

Por tanto, el tipo sólo protege los actos de confesiones religiosas inscritas. Las perturbaciones a otras confesiones o grupos habrán de subsumirse en su caso conforme a los tipos comunes. Aunque esta reducida protección ha generado críticas, la seguridad jurídica aconseja una clara delimitación *ex ante* que evite en el ámbito penal discusiones bizantinas acerca de si un grupo no inscrito que comparte determinadas creencias puede considerarse confesión religiosa. Baste recordar –y ello da una idea del potencial del debate que se puede originar– que la LOLR en su art. 3.2 dispone que “quedan fuera del ámbito de protección de la presente ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos”.

Esta exigencia de inscripción ha inspirado en algún procedimiento penal una curiosa línea defensiva, derivada del hecho de que la Iglesia Católica no está inscrita en el Registro de Entidades Religiosas. La STS nº 835/2017, de 19 de diciembre ha desmontado tal argumentación: lo que en realidad exige el tipo es que exista un reconocimiento jurídico de la confesión efectuado por el Estado y como quiera que en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede del año 1979 se reconoce la personalidad jurídica de la Iglesia Católica, la exigencia típica debe entenderse colmada⁹³. Ya con anterioridad, la SAP Albacete, secc. 1.ª, nº 10/2014, de 22 de enero llegó a la misma conclusión con un razonamiento simple pero convincente⁹⁴.

afectadas en su libre ejercicio del derecho a la libertad religiosa y de culto; el sujeto pasivo pasa a ser colectivo, protegiéndose más el sentimiento religioso de un grupo más o menos amplio o indeterminado de personas que profesan una determinada opción de culto, que el de concretas personas físicas contra quienes se actúa” NIETO GARCÍA, Ángel Juan “Análisis penal de los pretendidos actos ateos contrarios al catolicismo en los Jueves Santos de Madrid” Diario La Ley 104/2013.

Asume estas palabras el AAP Santander nº 81/2016, de 26 de febrero.

Para MANZANARES SAMANIEGO op cit “los sujetos pasivos se mueven en dos planos. El primero y principal corresponde a la confesión religiosa, mientras que sus miembros afectados indirectamente por la acción típica se situarían en segundo lugar”.

⁹³ “no puede entenderse que la exigencia contenida en la descripción típica sea meramente formal, en el sentido de que queden excluidas de la protección penal aquellas confesiones religiosas que no figuren inscritas en el Registro, por el mero hecho de esa ausencia de inscripción. Por el contrario, dadas las finalidades y efectos de la inscripción en el referido Registro, la exigencia típica debe considerarse referida a la necesidad de que exista un reconocimiento jurídico efectuado por el Estado, lo que generalmente tendrá lugar a través de la inscripción en el Registro, pero sin excluir ese mismo reconocimiento mediante un acuerdo o tratado internacional de carácter bilateral, como los que han suscrito el Estado y la Santa Sede.[...] Como consecuencia del carácter del Registro, y de los efectos de la inscripción, ha de concluirse, como se hace en la sentencia de instancia, que la exigencia de que se trate de confesiones religiosas inscritas queda cubierta cuando mediante una disposición de rango suficiente, el Estado reconoce a una determinada confesión esa misma personalidad jurídica y los mismos efectos que, de otra forma, se derivarían de la inscripción. [...] Como se ha señalado, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia Católica se produce, al menos en el Concordato de 1953, y mantiene sus efectos tras el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede del año 1979. [...] Una interpretación en sentido contrario, como pretende el recurrente, conduciría al absurdo de excluir de la protección penal precisamente a una confesión religiosa con la que el Estado Español mantiene un acuerdo específico, y, que, además, es la única mencionada expresamente en la Constitución, cuando, en el artículo 16, después de reconocer en el apartado 1 la libertad religiosa y de culto de los individuos y comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley, dispone en su apartado 3 que ninguna confesión tendrá carácter estatal, y que los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”.

⁹⁴ Ponente: Mateos Rodríguez, Manuel: “el tipo penal aplicado requiere, como elemento típico, que la confesión religiosa cuyos actos o ceremonias hayan sido interrumpidas o perturbadas esté inscrita en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, siendo un hecho notorio que en el caso, la Iglesia Católica, a la que pertenece el mencionado templo, es una de las reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico”.

4.5. Tipo objetivo

4.5.1. Acción

Las conductas típicas pueden ser tres: impedir, interrumpir o perturbar. Atinadamente considera la doctrina que “impedir equivale a imposibilitar la ejecución de algo. Interrumpir es paralizarla durante algún tiempo, y perturbar es alterar su normal desarrollo. Puesto que el artículo prevé la misma pena en los tres supuestos, parece que la interrupción y la perturbación deben alcanzar una cierta entidad”⁹⁵. Esta interpretación es asumida por la STS nº 835/2017, de 19 de diciembre: “lo que podría ser una desmesurada extensión de la conducta típica, según la literalidad del texto, se corrige por dos vías. De un lado, la propia ley exige que se actúe con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, de manera que el impedimento, la interrupción o la perturbación ocasionada de cualquier otra forma no sería delictiva. Y, de otro lado, la doctrina ha exigido con buen criterio que cualquiera de esos resultados presente cierta relevancia, que debe establecerse teniendo en cuenta las características del caso, especialmente, el tiempo de duración, la forma en la que se ha causado y la forma en la que cesó. Ello permite excluir del tipo los supuestos en que por breves instantes se causa una pequeña interrupción o una perturbación, que cesa inmediatamente y que pueda considerarse menor. Incluso algunas conductas que, formalmente, pudieran calificarse como impeditivas, por momentos muy breves, del acto religioso, si cesan inmediatamente, podrían entenderse no delictivas”.

Debe necesariamente emplearse uno de los medios típicos que se formulan alternativamente: violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho. La SAP Baleares, secc. 2ª, nº 102/2016, de 13 de octubre⁹⁶ los desbroza: “[...] la violencia a que se refiere podría incluir no solo la *vis physica* sino también la intimidación o *vis compulsiva* e incluso la fuerza en las cosas o *vis in rebus* en cuanto a que el Tribunal Supremo ha dado en el delito de coacciones un significado amplio al concepto de violencia. Ahora bien, dado que el precepto penal específico abarca las conductas de tumulto y vía de hecho, consideramos que el significado que debemos dar a la violencia es la propia del sentido gramatical como agresión o acometimiento físico a las personas. [...] La intimidación en el sentido dado por el art. 169 del CP consistiría en la amenaza de causar un mal. [...] El Tribunal Supremo ha considerado tumulto como sinónimo de gregario, amorfo, caótico, anárquico, inorgánico y desordenado o en tropel, aunque nada impide, según opinión unánime, que se considere tumulto en caso de que fuera organizado y ordenado [...] La STS de 10 de octubre de 1980 [...] exige para el tumulto que el número de partícipes no sea inferior a treinta, y afirma que la doctrina más caracterizada, partiendo de que “tumulto” es desorden y confusión producido por un conjunto de personas, sostiene que habrán de ser varias y en número suficiente para la consecución del fin propuesto, pudiéndose agregar que los términos legales “alzaren” y “tumultuariamente”, evocan y sugieren la participación indispensable de un número considerable de personas, aunque no es preciso que constituyan multitud o muchedumbre. [...] Por vía de hecho en el lenguaje común se entiende el hacer valer una pretensión o derecho tomándose la justicia privadamente, al margen del procedimiento establecido. El Tribunal Constitucional en sentencia referida al actuar de la Administración [...] ha definido la vía de hecho como la pura actuación material no amparada siquiera aparentemente por una cobertura jurídica”⁹⁷.

⁹⁵ MANZANARES SAMANIEGO, op cit

⁹⁶ Pte.: González Miro, María del Carmen

⁹⁷ Para VIVES ANTÓN las vías de hecho son actos atentatorios a los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuya irregularidad sea tan grave y evidente que no puedan ser atribuidos ni siquiera en virtud de un vínculo dudoso a la acción constitucional de los órganos estatales. VIVES ANTÓN, Tomás Salvador “Delitos contra la seguridad interior del Estado (Continuación). Delitos contra la libertad de conciencia”, en AA.VV., Derecho penal. Parte especial, Tirant lo blanch, Valencia, 1993, pag. 120.

Como ejemplos de vías de hecho ha propuesto RODRÍGUEZ LAINZ op cit “la obstaculización de la puerta de entrada al templo instantes antes del inicio de un acto de culto programado, la estigmatización de sus miembros reunidos en ceremonial lanzándoles a sus ropas pintura o huevos crudos, o la utilización de megafonía para impedir que los integrantes de la comunidad puedan escuchar las palabras de su pastor”

Para SANTAMARÍA LAMBÁS op cit pag. 369 “si por “vías de hecho” debe entenderse la interposición de una fuerza sobre las personas, cabe pensar que esta cuarta modalidad resulta ya comprendida en la primera”.

La STS nº 620/2018, de 4 de diciembre conceptúa la vía de hecho: “hacer valer una pretensión o un derecho por propia mano o con arbitrariedad. Acude a la vía de hecho quien obra en ejercicio de un pretendido derecho que realmente no tiene, o cuando en ejercicio de un derecho que realmente tiene obra con ausencia total del procedimiento legal o aplicable distinto al señalado por la ley, o atentando o limitando el derecho ajeno”⁹⁸.

En cuanto a qué puede considerarse supuestos de interrupción típica, podemos exponer algunos supuestos:

- 1) La SAP Zaragoza, secc. 1ª, nº 40/2017, de 1 de febrero⁹⁹ condena de conformidad por los siguientes hechos: “el acusado [...] estando celebrándose Misa en la Basílica del Pilar de Zaragoza, irrumpió en el edificio interrumpiendo la misma y de forma agresiva y mediante gritos comenzó a proferir insultos y amenazas a los feligreses, asustando a niños pequeños que se encontraban con su familia, debiendo intervenir el vigilante de seguridad, quien trató de sacarlo del edificio recurriendo al uso de la fuerza dada la agresividad del acusado”.
- 2) La STS nº 835/2017, de 19 de diciembre declara que “existió, por lo tanto, una interrupción de un acto religioso, de una ceremonia propia y característica del culto católico en un día de los considerados de precepto, en los que la misa es de especial importancia para esa confesión religiosa. La interrupción se causó mediante la formación de tumulto, ocasionado por la presencia de unas treinta personas que invadieron el lugar de culto, que gritaban, que portaban pancartas y que no abandonaron el lugar hasta que fueron desalojadas. La interrupción se mantuvo por un tiempo de unos diez minutos, lo cual, en un acto o ceremonia que ordinariamente tiene una duración entre treinta y cuarenta y cinco minutos, debe considerarse relevante. Y solo cesó por la actuación de personal de la iglesia y de algunos de los asistentes. No es posible, por lo tanto, calificar la conducta como impedimento, interrupción o perturbación menor”.
- 3) La SAP Baleares, secc. 2ª, nº 102/2016, de 13 de octubre considera que hubo interrupción típica en un supuesto en el que un grupo de unas treinta personas a sabiendas del acto que allí se practicaba, penetró en la Iglesia de San Miguel de Palma donde se celebraba la misa de domingo a las 12 horas, al igual que se viene celebrando al menos desde hace treinta años y avanzaron en tropel por el pasillo aproximadamente hasta la mitad del templo, gritando al unísono y repetidamente las frases “fora rosaris del nostres ovaris. Avortament lliure i gratuït”, desplegando una pancarta con el mismo lema y otros símbolos, provocando la interrupción de la misa y produciendo temor, nerviosismo y afectación al personal de la Iglesia y a los feligreses, que en número de 200 a 300 personas aproximadamente participaban de la celebración religiosa. Personal de la Iglesia y algunos feligreses formando barrera y extendiendo los brazos y las manos, sin acometimiento físico, consiguieron hacer retroceder el grupo hasta la salida, durante este proceso continuaron los gritos de consignas. No hubo por parte de persona alguna agresión, acometimiento o maltrato físico.
- 4) La STS nº 620/2018, de 4 de diciembre declara que: “el empleo de tres verbos o acciones en el tipo penal contemplado en el art 523 del Código Penal (“impidiere, interrumpiere o perturbare”) frente a los utilizados en el tipo penal contemplado en el art 514 (“impidieren el legítimo ejercicio de las libertades de reunión o manifestación, o perturbaren gravemente”) no implica que el legislador haya conferido al derecho de libertad religiosa mayor protección, ya que la interrupción supone necesariamente una perturbación del acto, función, ceremonia o manifestación de la confesión religiosa. De esta forma el Diccionario de la Real Academia Española define el verbo perturbar, en la acepción que aquí interesa, como “impedir” el orden del discurso a quien va hablando. A su vez define el verbo impedir como estorbar o imposibilitar la ejecución de algo. Interrumpir no es otra cosa que cortar la continuidad de algo en el lugar o en el tiempo, lo que indudablemente conlleva una perturbación. Se trata pues de

⁹⁸ En el caso que se analiza el TS considera que “no de otra forma puede calificarse la actuación del acusado quien, concertado con diez o quince personas, se levantó en mitad de la ceremonia religiosa profiriendo gritos a favor del aborto, exhibiendo una pancarta delante del altar de la iglesia y arrojando pasquines”.

⁹⁹ Pte.: Pedro Bonet, Esperanza Elena

verbos que obedecen a la misma realidad, cualquiera de los cuales comprende y puede ser utilizado para denominar la conducta protagonizada por el acusado [...] En el supuesto de autos, conforme se expresa en el apartado de hechos probados de la sentencia impugnada, el acusado penetró junto a otras diez o quince personas que no han sido identificadas en la iglesia parroquial de Sant Pere de Banyoles cuando en ella se oficiaba la misa del Domingo. Señala la sentencia que “Una vez comenzó la misa, y sabiendo que con su acción podría llegar a ofender los sentimientos religiosos de los feligreses allí congregados, se levantó al mismo tiempo que sus restantes compañeros y, de manera concertada, arrojó pasquines y gritó la consigna de “avortament, Num i grato t” (aborto, libre y gratuito), en contra del proyecto de reforma de la ley del aborto, al tiempo que se exhibía en la zona del altar una pancarta en la que se leía el eslogan de “fora rosaris deis nostres ovaris” (fuera rosarios de nuestros ovarios), paralizando la celebración de la misa durante unos dos o tres minutos, tras lo cual abandonó voluntariamente, junto con el resto de los manifestantes, la iglesia.” [...] Es evidente pues que con su acción el acusado interrumpió unos minutos la ceremonia religiosa, perturbando el acto, y con ello el sentimiento de los feligreses que se encontraban en aquel momento congregados celebrando un acto importante para su confesión religiosa. Ello obligó a que se detuviera el oficio y a que los feligreses permaneciesen sentados en el banco que ocupaban sin enfrentarse a los manifestantes y sin poder continuar con la celebración de la ceremonia religiosa. El oficiante se tuvo que sentar en una de las sillas laterales de la zona del altar a esperar, según sus propias palabras y como se expresa en la sentencia de la Audiencia, a que parase “el ruixat” (el chaparrón). Con ello se ocasionó un impedimento, interrupción o perturbación grave del acto o ceremonia religiosa que se estaba celebrando en el interior del templo católico [...] logró la interrupción del acto durante unos minutos y la perturbación del sosiego y recogimiento propio de los feligreses en este tipo de ceremonia.”

4.5.2. Objeto de la acción

El tipo se refiere a los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones¹⁰⁰.

Para la STS nº 835/2017, de 19 de diciembre “la conducta descrita en el tipo objetivo consiste en impedir, interrumpir o perturbar los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de la confesión religiosa de que se trate. La identificación de éstos no presenta dificultades, aunque en cada caso haya de relacionarse con las particularidades de la confesión religiosa afectada. En definitiva se trata de expresiones colectivas de cada forma de entender la religiosidad”.

Como declara la SAP Baleares, sec. 2ª, nº 102/2016, de 13 de octubre “ninguna duda surge, por ser de notorio conocimiento, que la misa es un acto de manifestación o culto religiosos, además especialmente importante para los creyentes católicos que le dan una especial significación por la celebración de la Eucaristía”.

4.5.3. Lugar de comisión

La pena se gradúa en función de si el delito se comete en lugar destinado al culto o fuera de él.

En los Acuerdos del Estado con las distintas confesiones se especifica qué debe entenderse por lugar de culto.

El art. 2 del Acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España (FCI), anexo de la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, dispone que a todos los efectos legales, son lugares de culto de las Comunidades pertenecientes a la FCI “los edificios o locales que estén destinados de forma permanente y exclusiva a las funciones de culto, formación o asistencia religiosa, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de la Secretaría General de la FCI”.

El art. 2 del Acuerdo con la Comisión Islámica de España (CIE), anexo de la Ley 26/1992, de 10

¹⁰⁰ Para MANZANARES SAMANIEGO, op cit “las funciones y ceremonias han de entenderse conforme al Diccionario de la Real Academia y son, en cierta manera, modalidades de actos relacionados estrechamente con el culto. Más difícil es interpretar lo que sean las manifestaciones, pero suele estimarse, en opinión a la que me sumo, que no se trata de cualquier manifestación organizada por una confesión religiosa o sus miembros, sino de las procesiones y otros actos públicos similares”.

de noviembre, especifica que “a todos los efectos legales, son Mezquitas o lugares de culto de las Comunidades Islámicas pertenecientes a la CIE “los edificios o locales destinados de forma exclusiva a la práctica habitual de la oración, formación o asistencia religiosa islámica, cuando así se certifique por la Comunidad respectiva, con la conformidad de dicha Comisión”.

En los Acuerdos con la FCI y la CIE se equiparan con los lugares de culto tanto los cementerios judíos como los islámicos.

En Derecho Canónico se utiliza la denominación lugares sagrados, entendiéndose por tales, aquellos que se destinan al culto divino o bendición prescrita por los libros litúrgicos.

4.6. Tipo subjetivo

No requiere el tipo ningún propósito de ofensa. Bastaría, pues, en principio para colmar las exigencias subjetivas del tipo con la concurrencia de un dolo que abarque, eso sí, los elementos objetivos del tipo: 1) conocimiento del empleo de violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho 2) conocimiento de que se está impidiendo, interrumpiendo o perturbando los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas. En este sentido se pronuncian las SSTS nº 620/2018, de 4 de diciembre y 835/2017, de 19 de diciembre¹⁰¹ y la jurisprudencia menor¹⁰².

No faltan opiniones doctrinales que exigen la presencia de un dolo específico¹⁰³. En efecto, parece exigible que concurra una voluntad de perturbar actividades religiosas, de modo que puedan excluirse del radio típico conductas sin antijuridicidad material. En este sentido es especialmente interesante el AAP Cantabria, secc. 3ª, nº 81/2016, de 26 de febrero, que con sentido común considera no subsumible en el tipo una conducta de interrupción llevada a cabo por fieles de la misma confesión a causa de una disputa interna¹⁰⁴. En el mismo sentido, el AAP Barcelona, secc. 9ª, nº 194/2018, de 12 de marzo¹⁰⁵ y el AAP Cantabria nº 81/2016, de 26 de febrero¹⁰⁶.

¹⁰¹ “En cuanto al tipo subjetivo, el precepto no exige una especial intención en el sujeto. A diferencia del artículo 524, en el 523 no se exige que la actuación se ejecute “en ofensa” de los sentimientos religiosos, por lo que bastará el dolo genérico. Es decir, es exigible que el sujeto sepa que con su proceder está impidiendo, interrumpiendo o perturbando, de forma relevante, un acto, función, ceremonia o manifestación de esa confesión religiosa, y que a pesar de ese conocimiento ejecute la acción. Igualmente es preciso que conozca las características del lugar en el que se ejecuta la conducta como lugar de culto, a los efectos de la primera parte del último inciso del precepto”.

¹⁰² SAP Baleares, secc. 2ª, nº 102/2016, de 13 de octubre: “el tipo penal es eminentemente doloso pues no se prevé forma imprudente [...] El dolo debe abarcar que se está ante un acto o manifestación de las confesiones religiosas y que con la acción de violencia, amenaza, tumulto o vía de hecho desplegada se perturba, impide o interrumpe el acto o manifestación religiosa [...] El precepto no incluye ningún elemento subjetivo específico. A diferencia del art. 524 del Código Penal en el delito de profanación que exige realizar los actos en ofensa de los sentimientos religiosos”.

¹⁰³ En este sentido, VALMAÑA OCHAÍTA, op cit pag. 2301 defiende la necesidad “de un dolo específico, de atentar contra la libertad religiosa o de conciencia de los otros, frente al dolo genérico de alterar la paz pública o el orden público requeridos para el delito del 558 [...]”

Para NIETO GARCÍA, op cit “quedan por tanto extramuros de estos tipos penales específicos, aunque puedan ser constitutivos de otras infracciones criminales, aquellas acciones que no vayan presididas por una voluntad de imponer de forma antijurídica una limitación a una concreta manifestación religiosa o a faltar de forma evidente, grotesca, al respeto al que son acreedoras todas las creencias religiosas; de suerte que el principio de intervención mínima que preside nuestro ordenamiento punitivo, y más cuando en la conducta enjuiciada pudieran concurrir otros derechos fundamentales como pudieran ser las libertades de expresión y de culto, hacen que queden fuera de su concreto ámbito protector aquellas conductas que según el sentir común no supongan una afronta especialmente grave a los sentimientos religiosos que son objeto de especial tutela penal”

¹⁰⁴ Pte.: Alonso Roca, Agustín: “los hechos que, en síntesis, se denuncian, consisten en la interrupción de unos rezos durante la práctica de una ceremonia religiosa islámica durante el Ramadán en las instalaciones de la Feria de Muestras de Torrelavega, previa autorización por parte del Ayuntamiento de su uso a tal fin al Centro Social Islámico de Torrelavega. Según el denunciante, los denunciados interrumpieron a quien estaba actuando como Imán dirigiendo las oraciones, en ausencia del Imán titular, quitándole el micrófono, dando gritos y haciendo ruido. Según los denunciados, quien estaba actuando como Imán sustituto lo estaba haciendo sin la aceptación de todos los asistentes al rezo, por lo que según su religión no estaba legitimado para dirigirlo, entendiendo además que el Imán titular había designado a otra persona para sustituirlo. Por otro lado dijeron que no hicieron ruido dentro del local, sino fuera, y que no hubo agresiones ni insultos, y que nadie quitó el micrófono a quien estaba dirigiendo el rezo, y que lo único que hicieron fue mostrar públicamente su desacuerdo con que dirigiera el rezo la persona que lo dirigía.

¹⁰⁵ Pte.: Riva Anies, María Vanesa: “el bien jurídico protegido en ellos es la libertad ideológica en su vertiente religiosa y de culto, garantizada por el art. 16 de la CE., por lo tanto en ellos debe darse tendencialmente la intención de querer atentar contra esa libertad de culto. Lo que significa que no toda acción o expresión que se emita en un acto religioso o un edificio relacionado con una religión deba ser objeto de sanción por estos delitos, si está totalmente desconectado de dicho ánimo de atentar contra la libertad de culto [...] En este caso se deduce claramente que el problema es el de administración económica de una mezquita, en la que unas personas están de acuerdo y otras no, todas ellos profesan la misma religión”.

¹⁰⁶ “Los tipos penales [...] han de ir presididos por un elemento objetivo del injusto, un ánimo tendencial específico que ha de presidir la acción tendente en el supuesto del artículo 523 a importunar o perturbar una concreta manifestación religiosa -o

4.7. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión

Dada la naturaleza de la conducta típica, es difícil –a diferencia de lo que sucede con el tipo de escarnio– pretender amparar este tipo de conductas en el ejercicio de este derecho, aunque en la práctica de nuestros tribunales se ha intentado, en relación con actos de protesta política en el interior de templos.

Analiza la cuestión la STS nº 835/2017, de 19 de diciembre, que declara que para ejercer el derecho a la libertad de expresión y de manifestación “... no siempre es imprescindible impedir a los demás el ejercicio de su derecho, también fundamental, a la libertad de culto como manifestación del derecho a la libertad religiosa. Si ambos derechos pueden ejercitarse de forma libre y suficiente, no es lícito pretender que uno de ellos suprima la posibilidad de ejercicio del otro. [...] si al acusado le asistía el derecho de expresar libremente su opinión, y de manifestarse para ello, dentro de los límites legales, ello no le autorizaba a hacerlo de forma que, actuando en el interior del lugar destinado al culto, suprimiera un derecho fundamental de los demás, en el caso, el de libertad de culto, cuando el ejercicio de ambos era compatible, sin que, por ello, fuera preciso sacrificar uno de ellos para la subsistencia del otro. No era preciso resolver la colisión mediante el establecimiento de una relación de supremacía. La ley penal solamente castiga los actos descritos en el artículo 523 cuando se cometan en relación con los actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas, pero no, como es lógico, cuando se limiten a expresar opiniones o posiciones políticas, religiosas o de otro tipo, contrarias a las que se desprenden de la práctica de aquellas actividades religiosas”.

En la misma línea, para la STS nº 620/2018, de 4 de diciembre¹⁰⁷ considera que “las expresiones y actos realizados por el acusado, en principio, están plenamente amparados por la libertad de expresión, que no excluye la posibilidad de exteriorizar ningún punto de vista. Ello no obstante, debería haberlo llevado a cabo a través de medios necesarios e idóneos y, por lo tanto, no lesivos para otros derechos y valores constitucionales. Lejos de ello, eligió para llevar a cabo su acción el interior de una Iglesia, lugar especialmente reservado para la reunión de los que profesan la religión católica, delante del altar, durante la celebración de una misa dominical y en un momento en que los feligreses se encontraban recogidos en oración. En esta situación, el acusado se levantó al mismo tiempo que otras personas no identificadas que le acompañaban en su acción y, conforme se relata en el apartado de hechos probados de la sentencia impugnada, “de manera concertada, arrojó pasquines y gritó la consigna de”avortament, Num i grato t”(aborto, libre y gratuito), en contra del proyecto de reforma de la ley del aborto, al tiempo que se exhibía en la zona del altar una pancarta en la que se leía el eslogan de”fora rosaris deis nostres ovaris”(fuera rosarios de nuestros ovarios), paralizando la celebración de la misa durante unos dos o tres minutos...”. En definitiva, la sentencia impugnada no ha vulnerado la libertad de expresión, reunión y manifestación del Sr. Andrés porque su condena penal no se funda en su ideología a favor del aborto o en la crítica realizada frente a la Iglesia Católica por su postura ante la reforma de la Ley del aborto [...] sino en el modo, tiempo y lugar en que la manifestó externa y públicamente en los términos que han sido descritos, extralimitándose en el ejercicio de la libertad de expresión y vulnerando sin ninguna “necesidad social imperiosa”, en palabras del TEDH, el derecho fundamental a la libertad religiosa y de culto”.

en el del 524 a actuar en ofensa de la religión que se reputa profanada-.Quedan por tanto extramuros de estos tipos penales específicos, aunque puedan ser constitutivos de otras infracciones criminales, aquellas acciones que no vayan presididas por una voluntad de imponer de forma antijurídica una limitación a una concreta manifestación religiosa; de suerte que el principio de intervención mínima que preside nuestro ordenamiento punitivo, y más cuando en la conducta enjuiciada pudieran concurrir otros derechos fundamentales como pudieran ser las libertades de expresión y de culto, hacen que queden fuera de su concreto ámbito protector aquellas conductas que según el sentir común no supongan una afrenta especialmente grave a los sentimientos religiosos que son objeto de especial tutela penal.”

¹⁰⁷ Pte.: Lamela Díaz, Carmen,

5. Profanación

5.1. Concepto legal

El art. 524 CP castiga con pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses al que *en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas, ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados*.

5.2. Bien jurídico protegido

En nuestra opinión el bien jurídico protegido son los sentimientos religiosos de los creyentes¹⁰⁸ de las confesiones inscritas en el Registro o reconocidas por el Estado Español¹⁰⁹.

La STS de 15 de julio de 1982¹¹⁰ considera que el bien jurídico lesionado “antes de la reforma era la iglesia católica” y “ahora los sentimientos religiosos, de cualquiera religión legalmente tutelados”.

5.3. Sujeto activo

Puede ser cualquier persona¹¹¹.

Como apunte criminológico debe reseñarse que un repaso a los repertorios jurisprudenciales pone de manifiesto lo frecuente de que quienes perpetran acciones de profanación o de interrupción de ceremonias sufran de enfermedades mentales o de intoxicaciones etílicas o de estupefacientes¹¹².

5.4. Tipo objetivo

Consiste en la ejecución de actos de profanación en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas.

La STS de 15 de julio de 1982¹¹³ declara que “profanar, según el diccionario de la lengua, equivale a tratar una cosa sagrada sin el debido respecto o aplicando a usos profanos”.

La STS nº 688/1993, de 25 de marzo¹¹⁴ declara igualmente que “tanto la Doctrina como la Jurisprudencia han coincidido en que la acepción jurídica ha de estimarse coincidente con la gramatical, según la cual, supone tratar a una cosa sagrada sin el debido respeto”.

¹⁰⁸ En el mismo sentido, MOTILLA, A., “Aproximación a la categoría de confesión religiosa en el derecho español”, en *Il diritto ecclesiastico* (abril/junio 1989), pag. 461

¹⁰⁹ Para MANZANARES SAMANIEGO, op cit la expresión los sentimientos religiosos legalmente tutelados “parece conectar con las confesiones inscritas en el correspondiente Registro público previsto en la Ley Orgánica 7/1980”

¹¹⁰ Rodríguez López, Martín Jesús

¹¹¹ En el mismo sentido, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*. Tomo III. Artículos 386 a disposiciones finales. Dirección Cándido Conde-Pumpido Ferreiro, Trivium, Madrid, 1997, pp.4561-4562.

¹¹² Vid. *ad exemplum* S.Jdo. de Instrucción nº 4, Torrejón de Ardoz, nº 93/2014, de 16 de diciembre Pte.: Gala García, Marta; SAP Zaragoza, sec. 3ª, nº 191/2014, de 6 de noviembre Pte.: Murillo y García Atance, Mauricio; SAP Albacete, secc. 1ª, nº 10/2014, de 22 de enero Mateos Rodríguez, Manuel; SAP Cádiz, secc. 8ª, nº 206/2013, de 11 de junio Marín Fernández, María Lourdes; SAP Ciudad Real, secc. 1ª, nº 22/2010, de 6 de julio Pte.: Alarcón Barcos, Mª Jesús; SAP Córdoba, secc. 2ª, nº 243/2005, de 3 de noviembre Pte.: Caballero Gea, José Alfredo; SAP Valladolid, secc. 4ª, nº 367/2005, de 21 de octubre Pte.: Martínez García, Angel Santiago; SAP La Rioja, secc. 1ª, nº 201/2005, de 30 de marzo Pte.: Mota Bello, José Félix; SAP Valladolid, secc. 2ª, nº 424/2000, de 19 de mayo Pte.: Ruiz Romero, José Luis.

¹¹³ Rodríguez López, Martín Jesús. El factum es el siguiente: los cuatro procesados previo acuerdo de voluntades, unidad de acción y propósito, en la noche del 17 al 18 de mayo “buscada para mejor ejecución de sus designios, que no eran sino hacer suyos los objetos de valor que pudieran interesarles y que se hallasen en el colegio... separándose después Silvestre y prosiguiendo los otros tres su recorrido a través de las distintas dependencias de aquel hasta detenerse en la capilla donde abrieron el Sagrario, cogieron el Copón, con ánimo de apropiarse de él, derramando las sagradas formas de la Eucaristía, guardando algunas en sus bolsillos Anselmo Y comiendo otras pero sin que se decidieran a apoderarse del Copón por haberse opuesto Alvaro que al parecer era quien capitaneaba el grupo”.

Para esta sentencia “no ofrece duda que los hechos relatados, apertura del Sagrario, cogida del Copón, y comer parte de las formas y guardar otras en los bolsillos [...] manifiestan por si mismos una clara y gravísima ofensa a los sentimientos de cualquier católico, para quien su Dios está hecho carne en la formas que contiene el Copón y guarda el Sagrario”.

¹¹⁴ Pte.: García Miguel, Manuel

La STS de 11 de julio de 1951 extiende la acción de profanar a hacer uso indigno de la cosa sagrada.

En cuanto a qué deba entenderse por cosa sagrada, se ha defendido que “será definida por el dogma de cada religión protegida y no depende de la creencia en ello del profanador, y así, el Cáliz para los católicos y el Corán para los musulmanes, tendrán esa condición aunque el Estado ni la sociedad no lo estimen”¹¹⁵. La STS nº 688/1993, de 25 de marzo declara que “atendiendo a los dogmas de las distintas religiones, siempre se han reputado como tales las dedicadas a Dios o al culto divino, por lo que, concretándose a la religión católica, es incuestionable que [...] el Crucifijo es para la religión cristiana quizá la cosa sagrada por excelencia después de la Eucaristía [...]”¹¹⁶.

La jurisprudencia se ha pronunciado en diversas sentencias, en torno a la Sagrada Forma como objeto susceptible de integrar la profanación¹¹⁷.

La STS de 15 de julio de 1982¹¹⁸ declara que “al no detallar o tipificar los actos de profanación, se ha extendido el haz de hechos ofensores dando por otra parte, mayor margen al Juez para poder apreciar la existencia o inexistencia de profanación”.

Entendemos que la referencia a ejecutar “actos de profanación” excluye la comisión puramente verbal, mediante expresiones. Debe materializarse en una actuación física sobre objetos susceptibles de ser profanados¹¹⁹.

Aún así, se plantean dudas sobre qué debe entenderse por una actuación física. En la causa por la protesta de activistas de Femen en la Catedral de La Almudena se plantea este punto. Los hechos, en síntesis son los siguientes: las acusadas entran en la Catedral y, se dirigen a la zona del presbiterio donde se halla la Cruz con la imagen de Cristo crucificado destinada a presidir las ceremonias religiosas, cuyo madero vertical está enclavado en una gran peana. Las acusadas se desvistieron de cintura para arriba dejando su torso completamente desnudo, se subieron a la peana de la Cruz citada y se encadenaron a la celosía enrejada, con la intención de que sólo pudieran ser desalojadas con la rotura de las cadenas, lo que impediría que el mismo pudiera efectuarse de forma inmediata. En su torso llevaban escritas las expresiones “Altar para abortar”, “Gallardón inquisidor”, “aborto ilegal” o “tomemos el altar”. Además, verbalmente, durante unos cinco minutos del tiempo total que estuvieron encadenadas, gritaron expresiones del tipo “altar para abortar”, “aborto ilegal”, “tomemos el altar”, “aborto es sagrado” y “libertad para abortar”, haciendo una de las implicadas Sandra varias veces el gesto de santiguarse.

La sentencia del Juzgado de lo Penal fue absolutoria por entender que no puede considerarse que además de un acto ofensivo se haya realizado un acto de grave profanación que afecte al derecho fundamental a la libertad religiosa de los católicos, al no haber existido “actos físicos

¹¹⁵ CARRETERO SÁNCHEZ, op cit

¹¹⁶ La sentencia profundiza en el Crucifijo como cosa sagrada: “ahora bien, se impone realizar la necesaria comparación o poner de relieve el indudable contraste existente entre el Crucifijo constituido por una cruz a la que se halla incorporada la imagen del Jesús crucificado y la cruz que según el diccionario de la lengua es la figura formada por dos líneas que se atraviesan y cortan perpendicularmente, o patíbulo formado por un madero hincado verticalmente y atravesado en su parte superior por otro más corto, en los que como suplicio o pena se clavaban o sujetaban las manos y los pies de los condenados a sufrir la muerte por hambre y sed, de manera que, aunque la cruz, sin más, sea un símbolo para los cristianos en memoria de que en una cruz padeció Cristo la muerte, no puede dejar de reconocerse que tiene otras muchas simbologías y no la unívoca que corresponde al crucifijo, por la que una, cruz en sí, no puede sin más, reputarse como objeto sagrado, de donde resulta que al parecer del relato fáctico de la sentencia recurrida que en el vídeo en cuestión, aparecía por dos veces, en un primer plano vertical y otro en horizontal sobre un ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical, en la que la figura humana crucificada tenía una cabeza en forma de animal, claro resulta que falta un elemento del delito en cuanto la descrita cruz en modo alguno puede identificarse con el crucifijo y, en consecuencia, reputarse como cosa sagrada, abonándolo así, además, el hecho de que en la mencionada cruz falta la parte superior del madero vertical en el que suele consignarse la palabra INRI, compuesta por las iniciales del rótulo latino Iesus Nazarenus Rex Iudeorum que constituye el símbolo de la crucifixión de Cristo y que la distingue de la de cualquier otra persona”.

¹¹⁷ La SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 424/2000, de 19 de mayo Pte.: Ruiz Romero, José Luis declara que “quizás, la eucaristía y en concreto la Sagrada Forma, sean las cosas más sagradas para dicha religión. Y el hecho objetivo, y además reconocido por el propio acusado [...]de escupir la hostia al suelo, delante de otros feligreses (bastantes según su propio relato), constituye un acto de menosprecio o falta del debido respeto a su signo y a su significado”.

¹¹⁸ Rodríguez López, Martín Jesús

¹¹⁹ En el mismo sentido, CARRETERO SÁNCHEZ, , op cit aunque considera que no es “necesario tocar el objeto sagrado”

sobre objetos inequívocamente susceptibles de ser profanados”, no pudiendo considerarse profanación el hecho de desnudarse de cintura para arriba y haberse limitado el contacto físico con el crucifijo al acto de encadenamiento por la base de la cruz, con intención de alargar la protesta, pero no de mancillar la imagen de Cristo crucificado, la cual quedó después de rotas las cadenas en las mismas condiciones que tenía inicialmente. Se absuelve porque no hay contacto físico en el sentido exigido por el tipo penal y porque el acceso al templo se produjo en un momento en que no se realizaban actos de culto por lo que ninguno se interrumpió.

Para la SAP Madrid, secc. 30ª, nº 102/2019, de 21 de febrero, que revoca la absolución y condena¹²⁰ la descripción de hechos probados “recoge actos físicos directos sobre el elemento representativo de la religión católica como es la Cruz, como fueron subirse a la peana de la Cruz y encadenarse a la celosía enrejada que la rodea, que unido a la actuación de encontrarse con el torso desnudo, gritando las expresiones que también llevaban escritas en aquél, como “altar para abortar” o “tomemos el altar”, mientras una de ellas se santiguaba, que suponen una evidente falta de respeto y con un claro contenido vejatorio para los sentimientos de los católicos [...] Por tanto, no nos encontramos aquí ante una mera profanación virtual o gestual, que no traspasaría el límite de la ofensa verbal, sino ante un acto de profanación encajable en el tipo penal del art. 524 CP”.

Se plantea igualmente el problema de cuándo debe entenderse cometido un acto físico de profanación la SAP Madrid, secc. 16ª, de 16 de diciembre de 2016¹²¹: “en el presente caso, y a tenor de los hechos declarados probados, la apelante y quienes la acompañaban ocuparon el altar, lo rodearon, levantándose la ropa para mostrar sus pechos desnudos o en sujetador, llegando incluso dos mujeres a besarse en público y leer un comunicado crítico contra determinadas posiciones de la jerarquía católica, para finalmente abandonar el templo profiriendo gritos y consignas. No tocaron el sagrario, no alteraron la disposición del altar [...], no accedieron a ningún elemento de la capilla, no llevaron a cabo actos obscenos ni grotescos (un beso difícilmente puede ser calificado de tal) y salieron a continuación. Esto es, para entendernos, se podría hablar, quizás, de un acto de profanación virtual o gestual, pero no de un acto físico de profanación, pues no llegaron a entrar directamente en contacto con ningún objeto sagrado.[...] podemos comprender que en ciertos ámbitos este acto puede ser valorado como claramente irrespetuoso en cuanto que se considere altera el silencio y el respeto exigible en el interior de una capilla donde en ese momento varios feligreses se encontraban orando, pero ese componente de profanación exigible por el tipo a nuestro juicio no concurre. El hecho de que en la costumbre más tradicional desnudarse ante el público, y mucho más si ello ocurre dentro de un templo, pueda interpretarse como una falta de consideración y de respeto, la inadecuada vestimenta o ciertos gestos inapropiados no pueden constituir un acto de profanación por sí mismos [...] En una sociedad democrática avanzada como la nuestra que dos jóvenes se desnuden no debe ya escandalizar a nadie, como tampoco el hecho de que algunos de ellos se besen sí. [...] no es lo mismo desnudarse en un lugar público que hacerlo en el interior de una iglesia, pero una cosa es la falta de respeto a las normas comunes de vestimenta en determinados lugares y otra que dicha falta de respeto y decoro, también en la forma de vestir o en la parte del cuerpo que muestras, constituya un ilícito penal castigado con penas privativas de libertad o multa. Entiende este Tribunal que esta consideración como delito debe producirse, interpretando la voluntad del legislador, cuando se trata de un acto de profanación claro, directo, evidente y, por supuesto, físico, y no derivado del simple hecho de incumplir determinadas normas sociales, por mucho que ello pueda herir sentimientos religiosos de quienes profesan determinada religión, aunque para este Tribunal resulten comprensibles”.

En cualquier caso, como postuló CÓRDOBA RODA “para que pueda entenderse realizado el tipo, la conducta ha de revestir una cierta gravedad, sin que las meras irreverencias puedan estimarse constitutivas de delito”¹²².

¹²⁰ Pte.: García Pérez, María Fernanda

¹²¹ Pte.: Cubero Flores, Francisco David

¹²² CÓRDOBA RODA, Juan., “Comentarios al Código Penal” Marcial Pons 2004 pag. 407.

La doctrina exige también una cierta publicidad, desechando la relevancia penal de las profanaciones en privado¹²³.

No obstante, la STS de 15 de julio de 1982¹²⁴ ante una profanación que se produce durante la perpetración de un robo con fuerza y por tanto en la clandestinidad, considera que “el acto sacrílego no se produjo en la intimidad sino que trascendió, como era inevitable, a los alumnos y religiosos que habitaban el colegio, siendo indiferente que este conocimiento se produjera coetaneamente o con posterioridad a la conducta profanadora”.

5.5. Tipo subjetivo

Un importante sector doctrinal incluye la exigencia de la concurrencia de un elemento subjetivo del injusto, que se plasma en la redacción del tipo al hacer referencia a una actuación “en ofensa de los sentimientos religiosos”.¹²⁵ La cuestión no es pacífica, pues otros autores no consideran que sea necesario este elemento, sino que a lo que se apunta es a una cualidad objetiva de la acción¹²⁶ o a un dolo directo¹²⁷

Para MANZANARES “el delito es de pura actividad y tendencia interna intensificada, de modo que se consuma con los propios actos de profanación, aunque la ofensa, por lo común simultánea con aquéllos, se produjera o no se produjera o se demorara considerablemente”¹²⁸.

La STS de 15 de julio de 1982¹²⁹ considera que al utilizar la locución “en ofensa”, con carácter eminentemente tendencial, está exigiendo el precepto un “animus” especial, como ocurre en otros preceptos del Código Penal cuando utiliza igual o semejantes palabras.

También la STS nº 688/1993, de 25 de marzo¹³⁰ considera que “el elemento subjetivo del delito [...] se halla constituido, según opinión doctrinal unánime, por el dolo específico o ánimo deliberado de ofender los sentimientos religiosos legalmente tutelados [...]”. Esta sentencia excluye la presencia del elemento subjetivo en la conducta de la presentadora de un programa de televisión sobre la vanguardia cultural y artística en el que se proyectó un videoclip en el que tras una rápida sucesión de imágenes, aparecía dos veces, una en primer plano vertical y otra en horizontal sobre el ataúd, una cruz sin la parte superior del madero vertical, en la que la figura humana crucificada tenía la cabeza de un animal¹³¹.

¹²³ PRIETO SANCHÍS, Luis., “El derecho fundamental de libertad religiosa”, en AA.VV., “Curso de Derecho Eclesiástico”, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1991, pag. 339

¹²⁴ Rodríguez López, Martín Jesús. El factum es el siguiente: los cuatro procesados previo acuerdo de voluntades, unidad de acción y propósito, en la noche del 17 al 18 de mayo “buscada para mejor ejecución de sus designios, que no eran sino hacer suyos los objetos de valor que pudieran interesarles y que se hallasen en el colegio... separándose después Silvestre y prosiguiendo los otros tres su recorrido a través de las distintas dependencias de aquel hasta detenerse en la capilla donde abrieron el Sagrario, cogieron el Copón, con ánimo de apropiarse de él, derramando las sagradas formas de la Eucaristía, guardando algunas en sus bolsillos Anselmo Y comiendo otras pero sin que se decidieran a apoderarse del Copón por haberse opuesto Alvaro que al parecer era quien capitaneaba el grupo”.

Para esta sentencia “no ofrece duda que los hechos relatados, apertura del Sagrario, cogida del Copón, y comer parte de las formas y guardar otras en los bolsillos [...] manifiestan por si mismos una clara y gravísima ofensa a los sentimientos de cualquier católico, para quien su Dios está hecho carne en la formas que contiene el Copón y guarda el Sagrario”.

¹²⁵ En este sentido, FERRER SAMA, A., Comentarios al Código Penal, tomo III, primera edición, Murcia, 1948 pag. 182 y VIVES ANTÓN, T.S., en AA.VV., Derecho Penal. Parte especial, pag.121.

En esta misma línea, ya sostuvo DE VIZMANOS que “la profanación de las imágenes de Dios y de los Santos puede ejecutarse sin intención, y hasta sin culpa; muchas veces merecerá calificarse de una calaverada de mal género, otras será efecto de un momento de cólera ó de incomodidad; y por lo mismo es menester para castigar este delito que se pruebe, que conste, que el hecho se ejecutó de propósito, con toda intención, con el fin de escarnecer la religión y deliberadamente con este objeto” DE VIZMANOS y ÁLVAREZ MARTÍNEZ “Comentarios al Código Penal”, tomo II, Madrid, 1848, pág. 25.

¹²⁶ RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., y SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho Penal español*. Parte especial, op. cit., pag.931-932.

¹²⁷ TAMARIT SUMALLA, J.M., “Art.20.4º”, en AA.VV., *Comentarios al Nuevo Código Penal*, Aranzadi editorial, Pamplona, 1996, Op. cit., p.161.

¹²⁸ MANZANARES SAMANIEGO, op cit 6

¹²⁹ Rodríguez López, Martín Jesús

¹³⁰ Pte.: García Miguel, Manuel

¹³¹ Para el TS “claro resulta que el elemento intencional de la procesada no fue el antijurídico exigido en el precepto penal que se cita como infringido, cual es el ánimo de ofender los sentimientos religiosos de los cristianos, por lo que aun cuando

El AAP Valencia, secc. 5ª, nº 1039/2018, de 22 de octubre, mediante la exigencia de que los actos estén dirigidos a ofender los sentimientos religiosos, excluye la profanación en un supuesto de conflicto en el interior de un templo entre fieles de la misma religión¹³².

La SAP Granada, secc. 1ª, nº 752/2014, de 17 de diciembre exige también ánimo de ofender y absuelve por ello a quien llevó a cabo la profanación presa de los delirios que padecía¹³³.

La SAP Valladolid, sec. 2ª, nº 424/2000, de 19 de mayo exige también el elemento subjetivo pero lo infiere de la propia naturaleza de los hechos ejecutados¹³⁴.

La STS de 15 de julio de 1982¹³⁵ considera que la actuación en ofensa “no se desvirtúa porque el ánimo inicial fuera el lucro, pues son perfectamente compatibles los delitos que ambos ánimos configuran como han declarado esta Sala en sentencia de 11 de julio de 1950”.

5.6. Causas de justificación: el ejercicio de la libertad de expresión

No es frecuente en el análisis de este tipo delictivo el examen de la concurrencia de esta causa de justificación. Sin embargo, se plantea en la SAP Madrid, secc. 30ª, nº 102/2019, de 21 de febrero que, recordemos, analiza la trascendencia penal de la conducta de dos activistas de Femen que llevaron a cabo un acto de protesta contra un proyecto de reforma de la legislación sobre el aborto en la Catedral de la Almudena.

Declara esta resolución que “no puede considerarse amparada en la libertad de expresión la conducta de las acusadas, aun cuando así lo aleguen en sus escritos impugnatorios, pues

hipotéticamente se admite la concurrencia del elemento objetivo o el soporte material de la ofensa, al no poder deducirse de los hechos que ha concurrido el elemento psicológico o la intención de ofender, al menos por parte de la procesada, en cuanto que la proyección del vídeo se hallaba enmarcada en la actuación de un grupo musical que intervenía en un programa realizado con la finalidad que se dice en la sentencia recurrida como era la de dar a conocer las tendencias musicales de vanguardia, ha de concluirse en el sentido de que los hechos narrados como probados en la sentencia dictada por el Tribunal a quo no pueden estimarse constitutivos del delito por el que la procesada fue acusada como se entendió, acertadamente, por el Tribunal de instancia, por lo que no procede la solicitud de casación de la misma y sí, en cambio, la desestimación del motivo”.

¹³² Pte.: Rojo Olalla, Jesús Leoncio: lo que en efecto se aprecia en la causa es, aún dando por cierto los episodios que señala el recurrente, un conflicto civil entre fieles o ex fieles de la comunidad religiosa y llevado a su manifestación en el interior de un inmueble dedicado a actividad de culto de la confesión común. En tal sentido el recurrente no niega que subyace un enfrentamiento civil pero estima que el hecho de que se ponga en evidencia en espacio destinado al culto supone figura delictiva acorde al marco de la sección 2ª del capítulo IV, título XXI, libro II del C. Penal. De hecho en la querrela se alude a la figura del art. 524 del C. Penal [...] Desde ahí, en modo alguno se aprecia elemento objetivo que apunte a que la conducta del investigado haya estado dirigida a ofender los sentimientos religiosos de los fieles que pudieran estar en el inmueble al tiempo de los hechos mediante la realización de actos de profanación. Ni el imán ni los fieles son la divinidad a que la comunidad rinde culto, ni el investigado se manifiesta de forma explícita en contra de esa divinidad. La alteración de la serenidad propia del lugar de culto por diferencias de orden civil entre el querrellado y miembros de la entidad querellante y que no están dirigidas al fundamento del destino del templo -la alabanza-, no implica el rechazo, la profanación hacia el ser trascendente al que se dirige la oración por parte de los fieles presentes [...].

¹³³ Pte.: Flores Domínguez, Jesús: “es opinión mayoritaria entre nuestros Tribunales la consistente en que el delito contra los sentimientos religiosos contemplado en el artículo 523 exige el ánimo, en el autor, de ofender esos sentimientos. Ello es lógico si se tiene en cuenta que esos sentimientos constituyen el bien jurídico protegido. Y ese es el elemento que falta en la conducta observada por Amador. Tal y como han puesto de relieve la Sra. médico-forense y, sobre todo, el párroco de la Divina Pastora, párroco que oficiaba aquel día y que conocía a Amador de otros episodios, el acusado, fruto del trastorno que padecido, era presa del tipo de delirios descritos en el relato de hechos, de forma que cuando arrojó al suelo la hostia y la apretó con fuerza al tiempo que tachaba de hipócrita y falso al sacerdote y lo amenazaba, su intención era la de proteger los símbolos religiosos de quienes él creía que pretendían profanarlos. Los hechos, por tanto, son atípicos y procede el dictado de una sentencia absolutoria”.

¹³⁴ Pte.: Ruiz Romero, José Luis: “en cuanto al elemento subjetivo, es obvio que la intención es algo que por pertenecer a lo más recóndito del alma humana no es perceptible por los sentidos y por lo tanto nunca puede ser objeto de prueba directa, sino indirecta o indiciaria, pero en el presente caso, y como acertadamente recoge el Juzgador de instancia, no puede inferirse otra intención distinta que la de menospreciar los sentimientos religiosos, cuando el acusado, consciente al menos en parte, de dónde se encontraba, y que acto se estaba desarrollando y que éste se desarrollaba ante “bastante gente”, escupe la Sagrada Forma”.

¹³⁵ Rodríguez López, Martín Jesús. El factum es el siguiente: los cuatro procesados previo acuerdo de voluntades, unidad de acción y propósito, en la noche del 17 al 18 de mayo “buscada para mejor ejecución de sus designios, que no eran sino hacer suyos los objetos de valor que pudieran interesarles y que se hallasen en el colegio... separándose después Silvestre y prosiguiendo los otros tres su recorrido a través de las distintas dependencias de aquel hasta detenerse en la capilla donde abrieron el Sagrario, cogieron el Copón, con ánimo de apropiarse de él, derramando las sagradas formas de la Eucaristía, guardando algunas en sus bolsillos Anselmo Y comiendo otras pero sin que se decidieran a apoderarse del Copón por haberse opuesto Alvaro que al parecer era quien capitaneaba el grupo”.

Para esta sentencia “no ofrece duda que los hechos relatados, apertura del Sagrario, cogida del Copón, y comer parte de las formas y guardar otras en los bolsillos [...] manifiestan por si mismos una clara y gravísima ofensa a los sentimientos de cualquier católico, para quien su Dios está hecho carne en la formas que contiene el Copón y guarda el Sagrario”.

resulta de los hechos probados que eligieron un templo católico simbólico en Madrid, como es La Almudena, la Catedral de Madrid, para realizar los actos físicos gravemente ofensivos y vejatorios para los sentimientos de los católicos, asegurando además que tendrían la máxima repercusión pública posible, al ir acompañadas de periodistas que grabaron su actuación y fue divulgada con posterioridad a través de múltiples medios de comunicación, con lo que dicha acción tenía por destinatarios a todos los católicos, ofender los sentimientos de los católicos mediante actos ofensivos al símbolo más importante de la Religión Católica como es la Cruz, que no se justifican por su desacuerdo con las ideas de la iglesia Católica acerca de la reforma de la ley del aborto, y que pudieron expresar libremente en otro lugar diferente”.

6. Posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

6.1. Ideas generales

El TEDH se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el conflicto entre la protección de los sentimientos religiosos y la libertad de expresión. En sus resoluciones puede observarse una evolución, probablemente no cerrada, tendente a dar una mayor preeminencia a la libertad de expresión.

Debe tenerse en cuenta que en sus resoluciones el TEDH suele ser muy casuístico y frecuentemente introduce matices, por lo que es difícil o arriesgado pretender extraer conclusiones con vocación generalizadora. Debe, pues, partirse –antes de realizar afirmaciones generales o solemnes– de las singularidades concurrentes en cada supuesto analizado por las resoluciones del TEDH¹³⁶.

Desde estas coordenadas, expondremos los criterios manejados en cinco sentencias: en tres de ellas se da prevalencia a la protección de los sentimientos religiosos y en otras dos se ampara la libertad de expresión.

6.2. El caso Otto Preminger-Institut

La asociación demandante (Otto Preminger-Institut) con sede en Innsbruck, gestionaba un cine con licencia. En este cine se tenía la intención de proyectar, el 13 de mayo de 1985, la película, *Das Liebekonzil* (El Concilio de amor), de Werner Schroeter. Tras una demanda de la diócesis de Innsbruck de la Iglesia católica romana, el Fiscal inició acciones penales contra el gerente de la asociación demandante, tres días antes de la fecha prevista para la proyección de la película, con el motivo de sospecha de tentativa de “denigración de preceptos religiosos”, infracción castigada por el artículo 188 del Código Penal austriaco. El día anterior al previsto para la proyección, el tribunal regional de Innsbruck ordenó la retirada de la película, que, por tanto, no pudo ser mostrada al público¹³⁷.

En la STEDH de 20 de septiembre de 1994, Otto Preminger-Institut contra Austria se declara que “cualquiera que ejerza los derechos y libertades amparados en el primer párrafo del artículo 10, asume “deberes y responsabilidades”. Entre ellos [...] la obligación de evitar en la medida de lo posible expresiones injustificadamente ofensivas hacia terceros y con ello vulnerar sus derechos, lo que en cualquier caso no contribuye a ningún tipo de debate público capaz de fomentar el progreso en asuntos humanos”.

Para el TEDH la libertad garantizada por el art. 10 CEDH no es ilimitada, y desde esta perspectiva considera que la protección de las creencias religiosas es uno de los fines legítimos que

¹³⁶ Vid. en este sentido Vid. RODRÍGUEZ SOL, que refiriéndose a la jurisprudencia del TEDH considera que “se pierde en un exceso de casuismo, condicionado en gran parte por la diversidad de modelos procesales que abarca su conocimiento y que por el mismo motivo, sólo con mucha cautela se puede aplicar para resolver, sin ayuda de otros criterios, situaciones aparentemente similares”. RODRÍGUEZ SOL, Luis, en “La imparcialidad objetiva de los Tribunales: antes y después de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 28 de octubre de 1998 (caso Castillo Algar vs España)”, Revista del Ministerio Fiscal, nº 7, 2000.

¹³⁷ La obra en cuestión era un largometraje satírico, basado en una obra teatral del siglo XIX, que representaba a Dios como un anciano impotente postrado ante el demonio y a Jesucristo como un retrasado mental; también se insinuaba una relación erótica entre la Virgen y el demonio.

puede justificar restricciones a la libertad de expresión. De tal manera que, en principio, puede considerarse necesario, en ciertas sociedades democráticas, sancionar o incluso prevenir ataques impropios contra objetos de veneración religiosa.

Para el TEDH, ciertos ataques a la religión podrían llegar a inhibir a los ciudadanos de expresar sus creencias, de manera que podría ser legítimo en esas circunstancias limitar la libertad de expresión para proteger los derechos y la reputación de los demás.

El TEDH no considera posible discernir en el conjunto de Europa una concepción uniforme de la importancia de la religión en la sociedad ni llegar a una definición comprensiva de lo que constituye una injerencia permisible en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión cuando tal expresión va contra los sentimientos religiosos de otros. En consecuencia, admite un margen de apreciación más extenso a las autoridades nacionales, que están en contacto más próximo con ese aspecto de sus respectivas sociedades, sujetas a pronto cambios. No obstante, considera que este margen de apreciación no es ilimitado. A la vista de la importancia de las libertades en juego, la necesidad de cualquier restricción debe ser establecida de manera convincente.

El TEDH tiene en cuenta el hecho de que la religión católica romana es la de la inmensa mayoría de los tiroleños. Al retirar la película, las autoridades austriacas han actuado para proteger la paz religiosa en esta región y para impedir que algunos se sientan atacados en sus sentimientos religiosos de manera injustificada y ofensiva, por lo que no estima la violación alegada del art. 10 CEDH.

6.3. El caso Wingrove

En la STEDH de 25 de noviembre de 1996, Wingrove contra el Reino Unido se analiza un caso en relación con un video musical titulado “Visiones de éxtasis”, que basándose en los escritos de Santa Teresa de Jesús, mostraba a la santa y al cuerpo de Cristo en situaciones eróticas. El *British Board of Film Classification* denegó el correspondiente certificado de calificación, sin el cual el vídeo no podía ser distribuido comercialmente al considerar que su contenido podría incurrir en el delito de blasfemia.

El TEDH interpretando el art. 10.2, consideró que la injerencia de la autoridad competente que se negó a expedir la licencia estuvo justificada en una sociedad democrática, ya que perseguía el fin legítimo de proteger los “derechos de otros”, en este caso, los creyentes cristianos.

6.4. El caso Klein

En la STEDH de 31 de octubre de 2006, Klein contra Eslovaquia, se analizan los siguientes hechos: en 1997 con motivo del estreno de la película “El escándalo Larry Flint”, se publicita la misma presentando al protagonista, crucificado, y en bikini con la bandera de U.S.A alrededor de la cintura. La Iglesia protesta y el arzobispo católico hace unas declaraciones en televisión condenando estos posters. Tras ello el recurrente, Klein, publica un artículo criticando las declaraciones del arzobispo, llamándolo ogro y extrañándose de que los fieles no abandonen una Iglesia dirigida por personas como ese arzobispo. El arzobispo y dos asociaciones religiosas denuncian a Klein por un delito contra los sentimientos religiosos y este es condenado a una multa por este delito.

El TEDH declara que se debe valorar si la injerencia criticada corresponde a una necesidad social imperiosa, si está en proporción con un interés legítimo y si los motivos alegados por las autoridades nacionales para justificarla son pertinentes y suficientes. El Tribunal entiende que teniendo en cuenta la extrema importancia del debate de interés general en el que el litigio se enmarca, la condena debe considerarse desproporcionada, estimando así la violación del art. 10 CEDH. Dado que las críticas se dirigían exclusivamente contra el Arzobispo y que este se retiró del procedimiento, una condena penal por difamar las creencias de otras personas era en sí misma inapropiada, dadas las concretas circunstancias concurrentes.

6.5. El caso IA

Una sentencia clave es la STEDH de 13 septiembre 2005, IA contra Turquía que reitera que el ejercicio de la libertad de expresión comporta deberes y responsabilidades. Entre ellos, “en el contexto de las creencias religiosas, puede legítimamente figurar la obligación de evitar expresiones que son gratuitamente ofensivas al prójimo o profanadoras [...] Resulta que en principio se puede considerar necesario sancionar los ataques injuriosos contra los objetos de veneración religiosa [...] La falta de una concepción uniforme (en) la protección de los derechos del prójimo tratándose de ataques a convicciones religiosas, amplía el margen de apreciación de los Estados Contratantes, cuando regulan la libertad de expresión en ámbitos susceptibles de ofender las convicciones personales íntimas que dependen de la moral o de la religión”¹³⁸.

En el caso analizado por la STEDH de 13 septiembre 2005 se trataba de una pena de dos años de prisión impuesta por un delito contra la religión musulmana por la publicación de una novela teológica y filosófica.

El Tribunal entiende que, en este caso, la pena infringida al demandante puede entenderse como respuesta a una necesidad social imperiosa, ya que es consecuencia de la protección de intereses legítimos, desestimando así la violación del art. 10 CEDH¹³⁹.

En nuestra opinión es quizás en los ataques a la religión musulmana, por las reacciones que suscita entre sus fieles, donde más se pone de manifiesto la necesidad de tutela penal para, en definitiva, proteger la paz social. Pero parece evidente que al menos dentro de cada país la protección debe darse a todas las confesiones reconocidas desde la igualdad¹⁴⁰.

6.6. El caso Mariya Alekina

La STEDH de 17 de julio de 2018 Mariya Alekina y otras contra Rusia analiza una acción llevada a cabo por las componentes de un grupo punk (Pussy Riot), que intentaron interpretar su canción “Plegaria Punk – Virgen María, aleja a Putin” desde el altar de la Catedral de Cristo el Salvador de Moscú como respuesta al proceso político en curso en Rusia.

No se celebraba misa ni ceremonia alguna, aunque había varias personas dentro de la Catedral. El grupo invitó a varios periodistas y a los medios de comunicación a la actuación para obtener publicidad. El intento no prosperó ya que el servicio de seguridad de la catedral sacó a la banda a la fuerza rápidamente, con lo que la actuación sólo duró algo más de un minuto.

El Presídium del Tribunal Superior de Moscú ratificó la condena en cuanto las acciones de las demandantes habían supuesto una incitación al odio u hostilidad religiosos y mantuvo la condena de las demandantes, si bien redujo el *quantum* a un año y once meses de prisión.

¹³⁸ La sentencia declara lo siguiente: *Ainsi que le reconnaît le paragraphe 2 de l'article 10, l'exercice de cette liberté comporte toutefois des devoirs et responsabilités. Parmi eux, dans le contexte des croyances religieuses, peut légitimement figurer l'obligation d'éviter des expressions qui sont gratuitement offensantes pour autrui et profanatrices (voir, par exemple, Otto-Preminger-Institut c. Autriche, arrêt du 20 septembre 1994, série A no 295-A, § 49, et Murphy c. Irlande, no 44179/98, § 67, CEDH 2003-IX). Il en résulte qu'en principe on peut juger nécessaire de sanctionner des attaques injurieuses contre des objets de vénération religieuse [...] Le manque d'une conception uniforme, parmi les pays européens, des exigences afférentes à la protection des droits d'autrui s'agissant des attaques contre des convictions religieuses, élargit la marge d'appréciation des États contractants, lorsqu'ils réglementent la liberté d'expression dans des domaines susceptibles d'offenser des convictions personnelles intimes relevant de la morale ou de la religion*

¹³⁹ Declara el TEDH: *la Cour considère que la mesure litigieuse visait à fournir une protection contre des attaques offensantes concernant des questions considérées comme sacrées par les musulmans. Elle estime sur ce point que la prise d'une mesure à l'encontre des propos incriminés pouvait raisonnablement répondre à un "besoin social impérieux". [...] La Cour conclut que les autorités ne sauraient passer pour avoir outrepassé leur marge d'appréciation à cet égard et que les motifs avancés par les tribunaux internes étaient suffisants et pertinents pour justifier une mesure à l'encontre du requérant. [...] Quant à la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour tient compte du fait que les juridictions nationales n'ont pas décidé la saisie du livre et estime par conséquent que la condamnation à une peine d'amende insignifiante paraît proportionnée quant aux buts visés. Il n'y a donc pas eu violation de l'article 10 de la Convention*

¹⁴⁰ Para CARRETERO SÁNCHEZ, op cit “estos delitos no se suelen perseguir, y cuando se hace, muy raramente terminan en la condena del infractor; son delitos que algunos quitarían del Código Penal por una idea equivocada [...] permite ofender a cualquier confesión religiosa, como si fuese una consecuencia necesaria de la libertad de expresión, lo que en ocasiones causa verdaderos conflictos internacionales incluso, como por ejemplo la representación cómica de Mahoma por un periódico danés, que ofendió a todos los musulmanes para quienes es una blasfemia reproducir la cara de su Profeta”

El TEDH estima la demanda presentada por las miembros del grupo condenadas y llega a declarar que “de acuerdo con las normas internacionales para proteger la libertad de expresión, las limitaciones de dicha libertad en forma de sanciones penales solo pueden aceptarse en casos de incitación al odio”.

Los pasajes más importantes son los siguientes: “para este Tribunal, esta acción, descrita por las demandantes como una “actuación”, es una mezcla de actuación y expresión oral y supone una forma de expresión artística y política amparada por el artículo 10. [...] este Tribunal considera que el proceso penal seguido contra las demandantes como consecuencia de los actos descritos, que comportó una pena de prisión, supuso una injerencia con su derecho a la libertad de expresión [...] las demandantes deseaban llamar la atención de sus conciudadanos y de la Iglesia ortodoxa rusa por su desacuerdo con la situación política en Rusia, y por la actitud mantenida por el Patriarca Kirill y otros clérigos respecto a las protestas callejeras llevadas a cabo en varias ciudades rusas, como resultado de las recientes elecciones parlamentarias y de las siguientes elecciones presidenciales [...] Estos son temas de interés público. Las acciones de las demandantes abordaron estos temas y contribuyeron al debate sobre la situación política en Rusia y el ejercicio de las competencias parlamentarias y presidenciales. Este Tribunal reitera en este sentido que, con arreglo al artículo 10 § 2 del Convenio, hay un escaso margen para limitar el discurso político o el debate sobre cuestiones de interés público. Este Tribunal ha mantenido una posición coherente al exigir razones de peso que justifiquen las limitaciones sobre el debate político, ya que las limitaciones generalizadas impuestas en asuntos concretos afectarían indudablemente al respeto a la libertad de expresión en general en el Estado afectado [...] en el presente asunto las demandantes fueron condenadas por vandalismo motivado por odio religioso a causa de su vestimenta y de los pasamontañas que llevaban, de sus movimientos corporales y del violento lenguaje utilizado. Este Tribunal acepta que, dado que dicho comportamiento tuvo lugar en una Catedral, ciertas personas podrían haberlo encontrado ofensivo, incluyendo a los practicantes; no obstante, teniendo en cuenta su jurisprudencia y las normas internacionales citadas anteriormente para proteger la libertad de expresión, es incapaz de apreciar elemento alguno en el análisis realizado por los tribunales internos que permita describir el comportamiento de las demandantes como incitación al odio religioso [...] En especial, los tribunales internos afirmaron que la forma de vestir y comportarse de las demandantes no respetaron los cánones de la Iglesia Ortodoxa, que ciertas personas podían considerar inaceptable [...] pero no examinaron el contexto de dicha actuación [...] Los tribunales internos no evaluaron si los actos de las demandantes podían interpretarse como un llamamiento a la violencia o como justificación de la violencia, el odio o la intolerancia. Tampoco evaluaron si los actos en cuestión podrían haber tenido consecuencias perjudiciales [...] los actos de las demandantes no contenían elementos violentos, no fomentaron ni justificaron la violencia, el odio o la intolerancia de los creyentes [...] en principio, las formas de expresión pacífica o no violenta no deberían verse amenazadas por la imposición de penas privativas de libertad [...] y que la injerencia con la libertad de expresión mediante sanciones penales puede tener un efecto intimidatorio en el ejercicio de dicha libertad, elemento a tener en cuenta al evaluar la proporcionalidad de dicha injerencia [...] los tribunales internos no aportaron motivos “pertinentes y suficientes” para justificar la sanción penal, y tanto la pena de prisión impuesta a las demandantes como las condenas no fueron proporcionales al objetivo legítimo perseguido. [...] con arreglo al artículo 10 § 2 del Convenio, hay poco margen para limitar el discurso político o el debate sobre cuestiones de interés público [...] Siempre que las opiniones expresadas no supongan incitación a la violencia –en otras palabras, a no ser que aboguen por recurrir a acciones violentas o sangrientas, justifiquen la comisión de delitos terroristas para lograr los objetivos de sus defensores o puedan interpretarse como posible incitación a la violencia mediante la expresión de un odio arraigado e irracional hacia determinadas personas– los Estados contratantes no deben restringir el derecho de la sociedad a ser informada de dichas opiniones, incluso sobre la base de los objetivos establecidos en el artículo 10 § 2”.

La magistrada española, la jueza Elósegui, emitió un voto parcialmente disidente, considerando que “opino que el Tribunal debería haber remarcado que esos hechos podrían haber sido cas-

tigados por medio de una sanción civil o administrativa. En resumen, no comparto completamente la conclusión del párrafo 230, que declara que ha existido una vulneración del artículo 10 del Convenio porque, en mi opinión, el artículo 10 no protege la irrupción en iglesias y en otros edificios o propiedades religiosas. [...] el objetivo de las demandantes (expresar su crítica política) no justifica los medios utilizados. Los medios utilizados por las demandantes para expresar sus creencias políticas fueron claramente desproporcionados. [...] En definitiva, no coincido con que el artículo 10 del Convenio ha sido vulnerado, ya que el artículo 10 no protege el comportamiento que supone irrumpir en iglesias y en otros edificios o propiedades religiosas por motivos políticos, ni protege el comportamiento que entraña intimidación y hostilidad contra los creyentes cristianos ortodoxos”.

En nuestra opinión el ejercicio de la libertad de expresión no puede justificar la realización de actos en el interior de Iglesias u otros templos contra la voluntad de quienes los gestionan. Creemos que el TEDH podía haber empleado otro tipo de argumentos para apreciar la lesión a los derechos de las demandantes, quizás la proporcionalidad de la sanción impuesta, pero entendemos que amparar la conducta en la libertad de expresión sin más matizaciones no se adecúa a la jurisprudencia anterior del propio TEDH.

Entendemos, como exponíamos al comienzo del epígrafe, que el TEDH no ha cerrado aún su labor de decantación de una doctrina sólida sobre esta compleja y delicada materia.

Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos, en el conflicto con las libertades de expresión e información

Esteban Mestre Delgado

Catedrático de Derecho Penal Universidad de Alcalá. Abogado

Resumen

Conocer y difundir ilegítimamente los secretos ajenos son conductas lesivas del derecho a la intimidad personal y, por ello, sancionables (en vía administrativa –sancionadora o disciplinaria–, civil y penal). El Código Penal ofrece para ello los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (Capítulo Primero del Título X de su Libro II: artículos 197 a 201), a través de los que se sancionan las más graves expresiones de aquellas conductas, tanto las que se refieren al tradicional ámbito de la captura material o documental de los soportes, como las que se cometen, de manera más tecnificada, en el ámbito de contacto ilegítimo con datos y programas informáticos y sistemas de información. No obstante, existen supuestos en los que se plantea que el acceso o la difusión de esos datos secretos se encuentran justificados jurídicamente por la prevalencia, sobre aquel derecho a la intimidad personal, de otros derechos, libertades u obligaciones de mayor relevancia constitucional: el derecho a la defensa, el deber de denunciar delitos y, fundamentalmente, las libertades de expresión y de información. En el presente trabajo se analizan los términos en que puede plantearse legítimamente este conflicto, y cuáles son las vías a través de las que se soluciona.

Palabras clave: Autodeterminación informativa. Descubrimiento de secretos. Habeas data. Intimidad. Libertad de expresión. Libertad de información. Privacy. Revelación de secretos. Secretos personales.

Sumario

1. El punto de partida: La intimidad personal y sus manifestaciones. 2. La protección penal de los secretos personales: Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos. 3. Excepciones al sistema. 3.1. Presupuestos técnicos. 3.2. Supuestos consolidados. 3.3. Supuestos debatidos. 4. El contenido constitucional de las libertades de expresión e información. 4.1. Delimitación de ambas libertades 4.2. Contenido y límites de la libertad de información 4.3. Contenido y límites de la libertad de expresión 5. La eficacia justificante –frente a la exigencia de responsabilidades penales por los delitos de descubrimiento y revelación de secretos– del ejercicio legítimo de los derechos y libertades constitucionales. 5.1 La exclusión constitucional de la antijuridicidad 5.2. El conflicto entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y el ejercicio de los libertades o derechos fundamentales de información y expresión: criterios de solución.

1. El punto de partida: La intimidad personal y sus manifestaciones

El artículo 18 de la Constitución, plasmando previsiones normativas supraestatales de inexcusable observancia¹, y empleando conceptos ampliamente compartidos por ello en los ordena-

¹ Artículos 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948; 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado por esta misma Asamblea en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966; y 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950. Concretamente este último precepto es directamente aplicable en los Estados signatarios del Convenio, aunque sus previsiones

mientos jurídicos de nuestro contexto cultural², garantiza el derecho a la intimidad personal y familiar (apartado 1), a la inviolabilidad del domicilio (apartado 2), y al secreto de las comunicaciones, especialmente de las postales, telegráficas y telefónicas (apartado 3), e impone que la ley ha de limitar el uso de la informática para garantizar esa intimidad personal y familiar de los ciudadanos, y el pleno ejercicio de sus derechos (apartado 4).

Se ha elevado así al máximo rango normativo, e incorporado en el núcleo duro de los derechos fundamentales (gozando así de la mayor protección y proyección que la Constitución ofrece) un concepto que tiene carácter histórico, pues la intimidad, entendida como reducto de privacidad personal excluido –salvo autorización voluntaria o determinación judicial– del conocimiento de terceros, ha tenido presencia constante en la normativa española³. No existe, sin embargo, una precisa y comúnmente aceptada definición de este concepto, que se ha ido integrado históricamente con las siguientes notas descriptivas:

- a) En perspectiva estrictamente negativa (en cuanto predomina el carácter defensivo de la ocultación de los datos), la intimidad fue concebida inicialmente, y de manera exclusivamente excluyente, como el “ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás”⁴, o el “derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos”⁵, concepción que es la que tradicionalmente se ha empleado por la doctrina científica penal⁶ y la jurisprudencia⁷ en la determinación del bien jurídico protegido por los delitos clásicos de descubrimiento y revelación de secretos, como garantía del ámbito reservado frente a intromisiones de terceros⁸.
- b) Con una significación positiva (pues incorpora el elemento activo, reaccional o agresivo de reclamar a terceros el respeto de ese ámbito propio), y por tanto como equivalente al concepto anglosajón de *privacy*⁹, el concepto “intimidad” se fue reconfigurando como “una

no estuvieran acogidas expresamente en el Derecho interno del mismo, y orienta la interpretación de las normas nacionales relativas a derechos fundamentales. Una detallada explicación de ambos aspectos puede verse en Ruiz Miguel, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Ed. Civitas, Madrid, 1994, especialmente páginas 18 a 32. Con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, deben también tenerse en cuenta el Convenio del Consejo de Europa de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal; la Directiva 95/46/CE, del Parlamento y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales y a la libre circulación de estos datos; y la Directiva (UE) 680/2016, y el Reglamento (UE) 679/2016, que sustituyen a aquélla.

² Por ejemplo, artículos 14 y 15 de la Constitución italiana, de 27 de diciembre de 1947; 10 y 13 de la Constitución alemana, de 23 de mayo de 1949; y 35 de la Constitución portuguesa, de 25 de abril de 1976.

³ Un interesante recorrido por los antecedentes preconstitucionales del delito de descubrimiento y revelación de secretos puede verse en Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, Tomo II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1972, páginas 996 a 1001.

⁴ Expresiones que figuran, entre tantas otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 233/2005, de 26 de septiembre, y del Tribunal Supremo 666/2006, de 19 de junio.

⁵ Expresión empleada, entre otras, en las Sentencias del Tribunal Constitucional 134/1999, de 15 de julio; 186/2000, de 10 de junio; 119/2001, de 29 de mayo; 156/2001, de 2 de julio; y 121/2002, de 20 de mayo.

⁶ Así, García Valdés, Carlos/Mestre Delgado, Esteban/Figueroa Navarro, Carmen, *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial*, Ed. Edisofer, 3ª ed, Madrid, 2017, página 76, identifican intimidad con ese “desconocimiento de las circunstancias personales, por terceros, que es derecho legítimo del sujeto pasivo”; y Alonso de Escamilla, Avelina, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en el colectivo (coordinado por Lamarca Pérez, Carmen), *Delitos. La parte especial del Derecho penal*, Editorial Dykinson, S.L., 3ª ed., Madrid, 2018, p. 214, con “aquellos ámbitos de lo más personal, de lo íntimo, de aquello que no se quiere compartir con algunos”.

⁷ La Sentencia del Tribunal Constitucional 134/1999 sostiene que “lo que el artículo 18.1 garantiza es un derecho al secreto, a ser desconocido, a que los demás no sepan qué somos o lo que hacemos, vedando a terceros, sean particulares o poderes públicos, decidir cuáles sean los lindes de nuestra vida privada, pudiendo cada persona reservarse un espacio resguardado de la curiosidad ajena, sea cual sea el contenido de ese espacio”.

⁸ La Sentencia del Tribunal Constitucional 170/1987, de 30 de octubre, ya manifestaba que el derecho a la intimidad personal forma parte de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, y salvaguarda un espacio que queda sustraído a intromisiones extrañas. Y la Sentencia 231/1988, del mismo órgano, lo hacía derivar de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10 de la Constitución, que implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario –según las pautas de nuestra cultura– para mantener una calidad mínima de la vida humana”.

⁹ Morales Prats, Fermín, *Internet: riesgos para la intimidad*, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, número 10, CGPJ, Madrid, 2001, página 65, concreta que “los primeros impactos tecnológicos, cifrados en la expansión consolidada de las redes de telefonía y, a su vez, la aparición de las primeras técnicas de control o vigilancia telefónica, fueron uno de los factores decisivos para la recepción de la cultura jurídica anglosajona, que desde finales del S. XIX, por medio de la obra de S. Warren y L. Brandeis, había conformado la categoría del derecho a la *privacy*, como un bien jurídico decantado y autónomo en el catálogo de bienes jurídicos de la personalidad”.

esfera de privacidad que cabe considerar secreto en el sentido de ser facultad de la persona su exclusión del conocimiento de terceros”¹⁰, concepción que pone en valor el derecho de control de la persona sobre sus propios datos¹¹.

- c) Y, proyectando estas facultades de control sobre los propios secretos al ámbito social¹², la intimidad se ha configurado más recientemente en una perspectiva informática, como *habeas data*, o derecho a la autodeterminación informativa¹³, que consiste en el derecho a controlar el uso de los datos personales insertos en programas informáticos y habilita para articular oposición a que sean utilizados con fines distintos para que el que fueron obtenidos¹⁴, generando un haz de facultades que se han calificado como “libertades informáticas”¹⁵. Con toda razón, Marcos Ayjón¹⁶ ha precisado que, en este contexto, “el derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y control sobre los datos personales que faculta a la persona a ejercer dos facultades diferenciadas”: Decidir cuáles son los datos de los que puede disponer, o puede recabar, un tercero, en qué circunstancias y con qué límites (que es la facultad que se identifica con la denominada “autodeterminación informativa”, y que se concreta jurídicamente en consentir o denegar la recogida y obtención de datos, su posterior tratamiento, uso y cesión a terceros); y ejercer el conjunto de derechos que conforman la “identidad informática” de una persona, y que permiten una defensa global del derecho fundamental a su intimidad. Esos derechos tienen por objeto saber en todo momento quién dispone de esos datos personales y a qué uso los somete (lo que conlleva al derecho a estar informado de la inclusión de los datos en un fichero, archivo o banco de datos); a acceder a esos datos personales; a oponerse a esa posesión y uso; a rectificar los datos erróneos; a la supresión de determinados datos sensibles; a la cancelación de los datos, y fijación de su validez temporal; y a la exactitud y pertinencia de los datos, así como a su confidencialidad (de forma que se

¹⁰ Expresión empleada en las Sentencias del Tribunal Supremo 1328/2009, de 30 de diciembre, y 553/2015, de 6 de octubre. También la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 explica que “en la Europa continental, en las últimas décadas, se ha recibido el concepto anglosajón de la *privacy* superando la anacrónica concepción de la esfera privada como libertad negativa apéndice de la libertad. Era lo que los viejos Códigos llamaban “secreto”. Ahora su sentido es positivo, derivando de ese bien jurídico facultades de exclusión del conocimiento de terceros”. Con mayor extensión sobre esta caracterización, *vid.* Gómez Navajas, Justa, *La protección de los datos personales en el Código Penal español*, en *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 16, 2008, Valladolid, página 330.

¹¹ Martínez de Pisón Cavero, José, *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, página 29, sostiene que se habla de *the right of privacy* “cuando se hace referencia a las pretensiones individuales de protección legal”.

¹² Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, páginas 28-30, indica que “el concepto de intimidad debe atemperarse al estado actual de la evolución tecnológica, así como a los hábitos de los individuos en la moderna sociedad de masas”, ya que, “en la actualidad se viene trasladando el contenido del derecho a la intimidad, desde la facultad de aislamiento (*ius solitudinis*), al poder de control sobre todo tipo de informaciones que sean relevantes para el individuo”.

¹³ González Rus, Juan José, *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio*, en el colectivo *Derecho Penal Español. Parte especial*, coordinado por Cobo del Rosal, Manuel, Ed. Dykinson, 2ª. Ed., Madrid, 2005, p. 363, valora que cabe hablar de libertad informática como “derecho del ciudadano a controlar la información personal y familiar que se encuentra recogida en ficheros de datos”. La Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2010 ha establecido que la autodeterminación informativa se entiende “como derecho que asiste a una persona para decidir, por sí misma, de qué datos pueden disponer otros y en qué circunstancias, y con qué límites pueden ser revelados en cuanto forman parte de su identidad”, en tanto que, propiamente, por *habeas data* “se entiende el abanico de derechos que conforman de una persona la identidad informática”. Más ampliamente, la Sentencia del mismo Tribunal de 14 de febrero de 2006 ha manifestado que ese concepto se refiere al derecho “que ostenta toda persona física a la reserva y control de los datos que le conciernen en los distintos ámbitos de la vida, de tal suerte que pueda decidir en todo momento cuándo, cómo y en qué medida esa información sea recogida, almacenada y tratada y en su caso transferida a terceros, así como a ser informado de los datos personales que a estos efectos se encuentra almacenados en ficheros o bases de datos, pudiendo acudir a los mismos con la posibilidad de exigir su identificación, puesta al día o cancelación”.

¹⁴ Una espléndida exposición de estos nuevos desarrollos de la intimidad se encuentra en la obra de mi discípulo Marcos Ayjón, Miguel, *La protección de datos de carácter personal en la Justicia penal*, tesis doctoral, Universidad de Alcalá, 2017 (en trámite de publicación), especialmente páginas 446 a 456.

¹⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo 586/2016, de 4 de julio, siguiendo la doctrina establecida en las precedentes Sentencias del mismo Tribunal 1328/2009, de 30 de diciembre, 525/2014, de 4 de junio, y 532/2015, de 23 de septiembre, ha dicho que “el derecho a la protección de datos de carácter personal (.../...) consagra en sí mismo un derecho o libertad fundamental (.../...) que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada libertad informática es así el derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención”.

¹⁶ Marcos Ayjón, Miguel, *La protección de datos ...*, *op. cit.*, páginas 455-456.

garantice la adopción de medidas para que personas no autorizadas no puedan acceder a los datos personales).

Este cambio conceptual fue inmediatamente recogido por la jurisprudencia, como muestran las Sentencias del Tribunal Constitucional 196/2004, de 15 de noviembre, 206/2007, de 24 de septiembre, y 70/2009, de 23 de marzo. Más recientemente, la Sentencia del Tribunal Supremo 360/2017, de 19 de mayo, lo ha resumido en estos términos: “en la evolución de la doctrina, el contenido del derecho ha pasado de presentar un carácter de exclusión, como la potestad de excluir a terceros del ámbito de una zona reservada, a tener un contenido activo, en el sentido de autorizar a su titular a imponer a otros el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido”.

La Sentencia del Tribunal Supremo 586/2016, de 4 de julio, ha valorado que esta nueva perspectiva es “una mutación histórica de innegable trascendencia conceptual, de un derecho de nueva generación que otorgaría a cada ciudadano el control sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar, de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”.

Desde otra perspectiva, y tras una evolución expansiva, el concepto tradicional de la intimidad personal alcanza en la actualidad, y conforme lo va caracterizando la jurisprudencia, ámbitos objetivamente muy extensos: el corporal o físico, el psicológico, la información médica, la actividad laboral o profesional, el patrimonio y las relaciones económicas¹⁷, no siendo ya relevante (más allá de la constatación de los datos fácticos de la conducta delictiva, a fin de respetar el principio de legalidad en la aplicación de los tipos penales) que tales secretos estén materialmente custodiados por su titular, pues pueden lesionarse a través de tecnologías que este sujeto puede no llegar siquiera a representarse¹⁸. Y, conforme evoluciona el concepto, puede llegar a afirmarse que el hecho de que esa información tenga que ser secreta, para poder formar parte de la intimidad protegible, está también en revisión¹⁹.

2. La protección penal de la intimidad personal: los delitos de descubrimiento y revelación de secretos

De manera tradicional, los secretos personales, incluidos en el ámbito de reserva propio de la intimidad, han gozado de protección penal a través de las figuras de descubrimiento y revelación de secretos, que en la actualidad conforman el Capítulo I del Título X del Código Penal (artículos 197 a 201)²⁰. Su propio enunciado anticipa la existencia de dos conductas básicas para su comisión (“saber o comunicar indebidamente algo”, como decía Quintano Ripollés²¹), pero la decidida voluntad del Legislador de proteger esta intimidad personal frente a las ince-

¹⁷ En extenso sobre estos contenidos del derecho a la intimidad, *vid* Ruiz Miguel, Carlos, *El derecho a la protección de la vida privada*, *op. cit.*, páginas 34 a 66; y Martínez de Pisón Caveró, José, *El derecho a la intimidad ...*, *op. cit.*, especialmente páginas 112 a 135. Téngase en todo caso presente que, aunque el Tribunal Constitucional tiene establecido (Sentencia 223/2005, de 26 de septiembre) que “los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad”), también ha sostenido (Sentencia 142/1993, de 22 de abril) que la intimidad “no comprende en principio los hechos referidos a las relaciones sociales y profesionales en que se desarrolla la actividad laboral, que están más allá del ámbito del espacio de intimidad personal y familiar sustraído a intromisiones extrañas por formar parte del ámbito de la vida privada”.

¹⁸ La Sentencia del Tribunal Supremo 40/2016, de 3 de febrero, determinó que el delito previsto en el artículo 197.2 del Código Penal, “delito contra la libertad informática o *habeas data*, es un delito que atenta contra la intimidad de las personas mediante una conducta típica que va referida a la realización de un uso ilegítimo de los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos. Se trata de datos reservados que pertenecen al titular pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc, de acuerdo a la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos”.

¹⁹ De este modo, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 40/2012, de 8 marzo, ha llegado a establecer que “el secreto no lo es tal porque no pueda ser desvelado o sea materia reservada, sino en cuanto se trata de datos personales que solo pueden ser divulgados bajo la autorización de su titular”.

²⁰ Esta regulación ha sido sucesivamente reconfigurada, desde su inicial plasmación en la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por las Leyes Orgánicas 5/2010, de 22 de junio, 3/2011, de 28 de enero, y 1/2015, de 30 de marzo.

²¹ Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado de la Parte ...*, *op. cit.*, página 996.

santes nuevas modalidades de agresión, ha determinado un notable incremento y variedad de los delitos que la lesionan²². No obstante, es posible reconducir esta pluralidad normativa a un esquema explicativo común²³, en el que son elementos estructurales los siguientes:

- a) El bien jurídico protegido es la intimidad, que el artículo 197.1 del Código plasma de manera dual (como tal “intimidad” en sentido estricto, pero también como “los secretos” de una persona) y el artículo 200 extiende a los “datos reservados” de las personas jurídicas. Pese a la ambigüedad de estos conceptos concernientes al secreto²⁴, debe entenderse que comprenden cualquier hecho o circunstancia personal que el sujeto pasivo desea mantener a resguardo del conocimiento público, si bien en los tiempos del *habeas data* ese concepto hay que valorarlo de manera instrumental, pues de lo que se trata es de evitar “la divulgación no controlada por el afectado de datos que le conciernen”²⁵. La Sentencia del Tribunal Supremo 40/2016, de 3 de febrero, precisa que, desde esta nueva perspectiva, se protegen “los datos personales insertos en programas informáticos, electrónicos o telemáticos”, que son “datos reservados que pertenecen al titular pero que no se encuentran en su ámbito de protección directo, directamente custodiados por el titular, sino inmersos en bases de datos, archivos cuya custodia aparece especialmente protegida en orden a la autorización de su inclusión, supresión, fijación de plazos, cesión de información, etc, de acuerdo a la legislación de protección de datos, delimitando claramente la titularidad y manejo y cesión de la información contenida en los mismos”.

La Sentencia del Tribunal Supremo 1328/2009, de 30 de diciembre, distingue entre datos sensibles (lo que la Sentencia 803/2017, de 11 de diciembre, del mismo órgano, denomina “núcleo duro de la privacidad” –salud, ideología, vida sexual, creencias–) y los que no lo son, precisando que los primeros son por sí mismos capaces para producir el perjuicio típico (en el ámbito del artículo 197.2 del Código Penal), por lo que el acceso a los mismos, su apoderamiento o divulgación poniéndolos al descubierto comporta ya el daño a la intimidad, integrando el perjuicio exigido, mientras que, en el caso de que el objeto del delito sean los datos no sensibles, debe acreditarse la efectiva concurrencia del perjuicio típico²⁶. De no ser así, no existe delito, por atipicidad. Así se resolvió el caso analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo 1328/2009, de 30 de diciembre, en la que se absolvió al acusado porque el único dato que obtuvo, con un uso inadecuado de un programa informático de consulta clínica, fue el relativo al nombre de un determinado médico de cabecera, que “no es un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera sensible o reservado”. El mismo planteamiento se recoge en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra 154/2011, de 20 de septiembre (en la que se absolvió a un médico de empresa que accedió a una historia clínica custodiada en otro centro, pero cuyos datos eran coincidentes con los que figuraban en el expediente al que tenía acceso legítimo).

²² Una completa exposición del panorama normativo vigente puede verse en la Circular 3/2017, de la Fiscalía General del Estado, sobre la reforma del Código penal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en relación con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y los delitos de daños informáticos, disponible en <https://www.fiscal.es>. Igualmente, cfr. Huete Noguera, José Javier, *Delitos de descubrimiento y revelación de secretos: estudio de los tipos básicos y agravados*, en *Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio. Novedades tras la reforma operada por LO 1/2015*, disponible en <https://www.fiscal.es>, páginas 7 a 26; y, especialmente respecto del artículo 197.2, el trabajo de Marcos Ayjón, Miguel, *La protección de datos ...*, *op. cit.*, páginas 457 y siguientes.

²³ Sigo, lógicamente, la estructura expositiva que manejo en García Valdés, Carlos/Mestre Delgado, Esteban/Figueroa Navarro, Carmen, *Lecciones ...*, *op. cit.*, páginas 76 a 79.

²⁴ Con razón decía Quintano Ripollés, Antonio, *Tratado...*, *op. cit.*, p. 1104, que “pocas nociones habrá tan claras en su acepción vulgar e ingenua, pero asimismo tan oscuras y disputadas en lo jurídico, como la del “secreto””.

²⁵ Martín Morales, Ricardo, *El régimen constitucional del secreto...*, *op. cit.*, páginas 33-34. El artículo 1 de la reciente Ley 1/2019, de 20 de febrero, de Secretos Empresariales, establece, en este mismo sentido, que “a efectos de esta ley, se considera secreto empresarial cualquier información o conocimiento, incluido el tecnológico, científico, industrial, comercial, organizativo o financiero, que reúna las siguientes condiciones: a) Ser secreto, en el sentido de que, en su conjunto o en la configuración y reunión precisas de sus componentes, no es generalmente conocido por las personas pertenecientes a los círculos en que normalmente se utilice el tipo de información o conocimiento en cuestión, ni fácilmente accesible para ellas”.

²⁶ Y añade esta resolución: “No es fácil precisar, “a priori” y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera “sensible” por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta; dicho de otro modo, un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar”.

Conforme a estos criterios, la jurisprudencia ha valorado que integran objetivamente el tipo básico del delito de descubrimiento y revelación de secretos, entre tantas otras de semejante contenido y finalidad, las siguientes conductas:

- a.1) La del médico del Servicio Público de Salud que, aprovechando su cargo y el acceso a las bases de datos de historiales médicos, realizó numerosas consultas sin autorización ni justificación, con consciente incumplimiento del compromiso de confidencialidad que le incumbía, llegando a acceder en más de 200 ocasiones y durante el plazo de 2 años a las historias de salud e información de atención primaria de una enfermera, con la que había roto una relación amorosa, y las de sus familiares (Sentencia del Tribunal Supremo 40/2016, de 3 de febrero);
 - a.2) La del policía autonómico que, valiéndose de su libre acceso a la base de datos policial, eludía las sanciones correspondientes a las multas de tráfico que le imponían, identificando falsamente en los pliegos de descargo a terceras personas (Sentencia del Tribunal Supremo 534/2015, de 23 de septiembre);
 - a.3) La del médico del INSALUD que, aprovechándose de esta condición, consultó el historial clínico de varios compañeros sin su consentimiento, obteniendo así información clínica especialmente protegida (Sentencia del Tribunal Supremo 532/2015, de 23 de septiembre);
 - a.4) La del funcionario de la TGSS que, con la utilización de la clave asignada para otras funciones, facilitaba datos de trabajadores, empresas, vida laboral y certificados de situación de cotización a mutuas laborales y a terceras personas (Sentencia del Tribunal Supremo STS 525/2014, de 17 de junio);
 - a.5) La de la Técnico de Laboratorio que, conociendo en el desarrollo de su actividad profesional que un celador de una Clínica estaba infectado con el virus del VIH, lo comenta en una cena con compañeros de trabajo del afectado, manifestando “que no sabía cómo decírselo”, de modo que esa información le terminó llegando al celador (Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza 261/2011, de 27 julio).
 - a.6) La del agente de la Guardia Civil que, al amparo de su cargo, accedía al registro informático del Cuerpo y facilitaba datos reservados sobre distintas personas, siendo después esos datos utilizados para chantajear a tercero (Sentencia del Tribunal Supremo 1189/2010, de 30 de diciembre);
 - a.7) La de los funcionarios del INEM que difundían a terceros datos de múltiples personas, extraídos de ficheros informáticos oficiales a los que accedían con su propio código o con los de otros compañeros y mediante los que facilitaban el embargo de sus bienes (Sentencia del Tribunal Supremo 725/2004, de 11 de junio);
 - a.8) Y, entre otros muchos otros supuestos semejantes, la del colaborador temporal de una Asociación de Paraplégicos y Grandes Minusválidos Físicos que se apoderaba de datos con indicaciones expresas de la minusvalía y estado de salud de algunos de los miembros, así como datos relativos a sus domicilios, teléfonos y cuentas bancarias, con el fin de utilizarlos en su propio beneficio, para actividades de contactos, sexo, o trabajos fraudulentos que ofrecía (Sentencia del Tribunal Supremo 1532/2000, de 9 de octubre);
- b) La conducta típica es amplia y alternativa, en los siguientes términos:
- b.1) El apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales (artículo 197.1 del Código Penal). El mismo precepto asimila a esta conducta la interceptación de las telecomunicaciones de otra persona, y el empleo de artificios de escucha, transmisión, grabación y reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación; y asimismo (artículo 197.2) al apoderamiento, la utilización o modificación, en perjuicio de tercero, de datos

reservados de carácter personal o familiar registrados en cualquier soporte o archivo²⁷. Respecto de esta última conducta, la Sentencia del Tribunal Supremo 803/2017, de 11 de diciembre, ha determinado que “parece razonable que no todos los datos reservados de carácter personal o familiar puedan ser objeto del delito contra la libertad informática. Precisamente porque el delito se consuma tan pronto el sujeto activo “accede” a los datos, esto es, tan pronto los conoce y tiene a su disposición (pues sólo con eso se ha quebrantado la reserva que los cubre), es por lo que debe entenderse que la norma requiere la existencia de un perjuicio añadido para que la violación de la reserva integre el tipo, un perjuicio que puede afectar (../..) al titular de los datos o a un tercero”.

Con un mismo fundamento, el artículo 197 bis.1 sanciona las conductas de acceder (o facilitar a otro el acceso), vulnerando las medidas de seguridad establecidas para impedirlo, al conjunto o una parte de un sistema de información, o mantenerse en el mismo contra la voluntad de quien tenga el derecho legítimo a excluirlo; valorando también el artículo 197 bis.2 como delictivo que una persona no autorizada, mediante la utilización de artificios o instrumentos técnicos, intercepte transmisiones no públicas de datos informáticos que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluidas sus emisiones electromagnéticas²⁸.

Se trata, en todos estos supuestos, de conductas de descubrimiento, que se llevan a cabo respecto de datos o informaciones que hasta entonces permanecían ajenos a los demás, reservados y escondidos²⁹.

- b.2) La difusión, revelación o cesión a terceros de los datos o hechos descubiertos, o las imágenes captadas, que el artículo 197.3 del Código sanciona de manera diferenciada si ha habido apoderamiento y difusión (más grave), o únicamente cesión de datos, con conocimiento de su ilicitud, sin tomar parte en su descubrimiento.

De manera asimilada, el artículo 197.7 (incorporado por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo) sanciona también a quien, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquella, que hubiera obtenido con su anuencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando tal divulgación menoscabe gravemente su intimidad personal³⁰. Por evidentes razones de pro-

²⁷ Este requisito es tan esencial que la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 281/2010, de 11 de junio, absolvió a los dos periodistas inicialmente condenados en la instancia porque “el delito de descubrimiento y revelación de secretos no incrimina todo acto de cesión o publicación de datos reservados de las personas, sino únicamente cuando los datos reservados estuvieran incluidos en ficheros pertenecientes a archivos o registros públicos o privados”.

²⁸ El apartado XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 anunciaba que con ella se llevaba a efecto la transposición de la Directiva 2013/40/UE, de 12 de agosto, relativa a los ataques contra los sistemas de información y la interceptación de datos electrónicos cuando no se trata de una comunicación personal, a fin de superar las limitaciones de la regulación vigente hasta entonces, “para ofrecer respuesta a la delincuencia informática en el sentido de la normativa europea”. Por ello, se efectuaba “una separación nitida entre los supuestos de revelación de datos que afectan directamente a la intimidad personal, y el acceso a otros datos o informaciones que pueden afectar a la privacidad pero que no están referidos directamente a la intimidad personal: no es lo mismo el acceso al listado personal de contactos, que recabar datos relativos a la versión de software empleado o a la situación de los puertos de entrada a un sistema”, añadiéndose que “se opta por una tipificación separada y diferenciada del mero acceso a los sistemas informáticos. Con el mismo planteamiento, y de acuerdo con las exigencias de la Directiva, se incluye la tipificación de la interceptación de transmisiones entre sistemas, cuando no se trata de transmisiones personales: la interceptación de comunicaciones personales ya estaba tipificada en el Código Penal; ahora se trata de tipificar las transmisiones automáticas –no personales– entre equipos”. Y la Circular 3/2017, de la Fiscalía General del Estado, ya citada, sostiene al respecto que “la decisión de sancionar separadamente el acceso ilegal a sistemas, adoptada por el Legislador, ha de considerarse acertada, ya que su anterior ubicación resultaba perturbadora en la interpretación y aplicación de este tipo penal. Es evidente que en estos casos el bien jurídico protegido no es directamente la intimidad personal, sino más bien la seguridad de los sistemas de información en cuanto medida de protección del ámbito de privacidad reservado a la posibilidad de conocimiento público”.

²⁹ García Valdés, Carlos/Mestre Delgado, Esteban/Figueroa Navarro, Carmen, *Lecciones ...*, op. cit., página 77 plantean “si el secreto conocido puede serlo por el modo más simple de todos, por ejemplo, escuchando detrás de una puerta o mirando por su cerradura, conductas en las que no se utilizan aparatos técnicos de ninguna clase”, y ofrecen solución negativa con base en la precisa redacción legal de los artículos tipificadores de estos delitos, que se refieren a objetos y medios “que expresan un claro tecnicismo, no el acceso sencillo y vulgar a los mismos”. De manera semejante, sostienen que –a salvo de la nueva previsión del artículo 197.7– “es impune la difusión de la noticia reservada que ha sido comunicada directamente por el afectado, por ejemplo, en conversación telefónica o por correo, pues en este caso el autor no ha descubierto nada que no le fuera dicho; asimismo, no es delito el suceso conocido off the record que se hace público, pues en puridad era “un secreto a voces”, indiscreción incompatible con la tipicidad”.

³⁰ El apartado XIII del Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015 declaraba que con la reforma de este precepto pretendía darse respuesta a aquellos supuestos “en los que las imágenes o grabaciones de otra persona se obtienen con su consentimiento, pero

porcionalidad, el segundo párrafo de este precepto prevé que la pena se imponga en su mitad superior cuando los hechos se cometan por el cónyuge o por persona que estuviere o hubiere estado unida a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, la víctima fuera menor de edad, o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa.

Son todas ellas conductas de revelación de secretos, que se caracterizan porque provocan que un dato, información o situación reservada pase a ser de dominio común a otras personas, a quienes ese conocimiento debería estarles vedado.

- b.3) Además, el artículo 197 ter (igualmente incorporado por la Ley Orgánica 1/2015) tipifica conductas preparatorias de los ilícitos precedentes, consistentes en la producción, adquisición para su uso, importación o facilitación a terceros, sin autorización, y con la finalidad de cometer delito, de un programa informático concebido o adaptado principalmente para la realización de tales ilícitos; o una contraseña de ordenador, un código de acceso o datos similares que permitan acceder a la totalidad o una parte de un sistema de información.
- c) El delito requiere, en sus distintas manifestaciones, una finalidad específica que el autor debe perseguir para que la conducta sea típica, y que se configura técnicamente como un elemento subjetivo del injusto característico³¹: el descubrimiento de los secretos o la vulneración de la intimidad de otra persona, en el delito de descubrimiento de secretos previsto en el artículo 197.1 del Código; y el perjuicio de tercero, en el de apoderamiento, utilización o modificación de datos reservados de carácter personal o familiar, registrados en soportes o ficheros informáticos, electrónicos o telemáticos, o análogos, y en el de acceso, alteración o utilización de los mismos, previstos ambos en el artículo 197.2.

La Sentencia del Tribunal Supremo 803/2017, de 11 de diciembre, ha analizado con especial profundidad este último requisito, estableciendo las siguientes conclusiones, que solventan las controversias interpretativas que hasta entonces se venían sucediendo:

- c.1) La preposición “en” tiene, cuando se emplea de este modo en el Código Penal, la función de introducir un complemento que expresa finalidad. Y, cuando el Legislador lo emplea, pretende “subrayar que existen formas de intervención sobre los datos de referencia que, no obstante ser legalmente inadmisibles, no son perjudiciales en el sentido por el que él se decanta”. De este modo, para la subsunción de un determinado hecho probado en uno de los delitos del artículo 197.2 del Código, no basta con la mera realización de la conducta objetiva, sino que se requiere también “que la acción aparezca dotada de una cierta clara orientación, presidida por un determinado propósito que no se agota ni se confunde con la acción básica del mero acceder al archivo”.
- c.2) En la medida en que el segundo apartado del artículo 197 sigue a otro en el que “el ánimo específico aparece indicado con la inequívoca preposición “para”, el perjuicio producido por la acción tiene que estar naturalmente abarcado por el dolo, pero no tiene que ser el único ni el prioritario móvil de la acción. A esta conclusión debe conducir (../..) la propia relevancia constitucional del bien jurídico lesionado por el delito, cuya protección penal no puede estar condicionada, so pena de verse convertida prácticamente en ilusoria, por la improbable hipótesis de que se acredite, en quien atente contra él, el deliberado y especial propósito de lesionarlo”.

son luego divulgados contra su voluntad, cuando la imagen o grabación se haya producido en un ámbito personal y su difusión, sin el consentimiento de la persona afectada, lesione gravemente su intimidad”.

³¹ En contra de esta interpretación, la Sentencia del Tribunal Supremo 234/1999, de 17 de junio, sostiene que la expresión “en perjuicio de” no supone la exigencia de un ánimo o especial intención de perjudicar al titular de los datos o a un tercero, aunque no deja de reconocer que la preposición “en” ha sido interpretada frecuentemente en el sentido que sostengo. Coinciden en el resultado, pero sin profundizar en su motivación (requiriendo dolo, pero sin hacer ninguna referencia a un elemento subjetivo del injusto), las Sentencias del Tribunal Supremo 525/2014, de 17 de junio; 532/2015, de 23 de septiembre; y 553/2015, de 6 de octubre.

- c.3) La exigencia de que la acción deba realizarse con esa finalidad no supone que sea necesaria, para la consumación del delito, la producción del resultado lesivo. “Se trata por tanto de un delito de peligro que no requiere la ulterior producción de un resultado de lesión”.
- c.4) “No es fácil precisar, *a priori* y en abstracto, cuándo el desvelamiento de un dato personal o familiar produce ese perjuicio. Baste ahora con decir que lo produce siempre que se trata de un dato que el hombre medio de nuestra cultura considera “sensible” por ser inherente al ámbito de su intimidad más estricta (../..), un dato perteneciente al reducto de los que, normalmente, se pretende no trasciendan fuera de la esfera en que se desenvuelve la privacidad de la persona y de su núcleo familiar”.
- d) Aunque las figuras básicas de este delito se configuran como infracciones comunes, que cualquier ciudadano puede cometer sin que el tipo exija ninguna condición personal, se prevén también subtipos especiales, en los que se incrementa la sanción prevista en cada caso cuando el responsable de los hechos tiene una especial posición de garantía respecto del bien jurídico, tratándose de:
- d.1) Las personas encargadas o responsables de los ficheros, soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, archivos o registros, si se apoderan de ellos, los utilizan o modifican, interceptan las comunicaciones o utilizan los indicados artificios técnicos lesivos de la intimidad (artículo 197.4 del Código);
- d.2) El funcionario público, fuera de los casos permitidos por la ley, prevaliéndose del cargo (artículo 198 del Código);
- d.3) Quien conoce los secretos por su oficio o relación laboral y los revela (artículo 199.1 del Código). En este caso se trata de castigar la infracción del deber de fidelidad, el evidente abuso de confianza³², que aquí no puede operar, lógicamente y legalmente, como agravante, conforme al principio de la inherencia de las circunstancias (artículo 67);
- d.4) Y los profesionales que revelan secretos, que tienen ámbito propio de punición en el artículo 199.2 del Código. Éstos tienen deber de sigilo o reserva respecto de lo que conocen en el ejercicio de su oficio, y el incumplimiento de tal obligación genera el tipo. Lo que se protege es, por un lado, el secreto de sus mandantes (por ejemplo, en el caso de los Abogados cuando reciben información de sus clientes para determinar su posición jurídica en un proceso judicial o defenderles en el mismo, incluido el asesoramiento sobre la incoación o la forma de evitar un proceso), y, por otro, la protección del buen fin del procedimiento (por ejemplo, en el delito de revelación de actuaciones declaradas secretas)³³.

³² Hay casos, sin embargo, en los que no es fácil determinar el fundamento doloso de esta actuación. Así, por ejemplo, en la Sentencia de 27 de abril de 2.011, del Juzgado de lo Penal número 1 de Zaragoza, se planteaba el siguiente caso: “en octubre de 2008, Juan Antonio, que presta servicios como celador en la Clínica Nuestra Señora del Pilar S.A. de Zaragoza solicitó que se le realizara una analítica en el laboratorio existente en la propia Clínica, Laboratorios B., porque no se encontraba muy bien. Se tomaron las muestras en el laboratorio el día 21 de octubre de 2008, realizándose en el propio laboratorio algunos análisis y remitiendo muestras a un centro externo para la realización de otros análisis. Los resultados llegaron a la Clínica, conociendo entonces Gloria, quien trabajaba como técnico de laboratorio en B., que había dado un resultado positivo al virus VIH. Se pidió una confirmación del resultado, que fue positiva. El Jefe del Servicio de Laboratorio decidió comunicar los resultados a Juan Antonio en presencia de Gloria y del otro técnico del Laboratorio para mostrarles la manera de dar esta información a un paciente y les dijo que mantuvieran discreción. La comunicación a Juan Antonio se hizo sobre finales de octubre o primeros de noviembre de 2008. No obstante ello, Gloria, mayor de edad y sin antecedentes penales, antes de que el Jefe de Laboratorio hubiera comunicado los resultados de la analítica a Juan Antonio, acudió a una cena con compañeros de trabajo, trabajando uno de ellos como celador, otra como auxiliar de clínica y dos como enfermeras de la Clínica N.. A la salida de la cena, Gloria comentó a sus compañeros que había una persona de la Clínica que estaba enfermo, que tenía sida, que se trataba de Juan Antonio y que no sabía cómo decírselo. Una de las personas que estuvieron en la cena se lo dijo posteriormente a otra compañera, que a su vez habló con Juan Antonio. No consta acreditado que hubiera otros comentarios en la Clínica sobre este tema”.

³³ Sobre este particular, que no es objeto específico del presente estudio, véanse Luzón Peña, Diego Manuel, *Tratamiento del secreto profesional en el Derecho español*, en *Revista del Poder Judicial*, número especial XIII (*Libertad de expresión y medios de comunicación*), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1990, páginas 133 a 138; y Jiménez Segado, Carmelo, *La responsabilidad penal de los Abogados. La intervención del Derecho penal en la profesión*, Ed. Dykinson, Madrid, 2017, especialmente páginas 79 a 112 y 225 a 243.

Además, la Ley de Enjuiciamiento Criminal completa el tipo penal al no obligar a declarar a Abogados, Procuradores o Sacerdotes respecto a las instrucciones recibidas y explicaciones de sus clientes o personas con las que se relacionan en el ejercicio de su función (artículo 263). Salvando estas excepciones, cualquier profesional está obligado, incurriendo en responsabilidad si no lo hace, a denunciar inmediatamente el hecho delictivo que tuviera conocimiento en la práctica de su oficio, señalando especialmente, a este respecto, la Ley procesal penal a los Médicos (artículo 262). De manera semejante, las Leyes 12/2003, de 21 de mayo, de bloqueo de la financiación del terrorismo, y 10/2010, de 28 de abril, de prevención de blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, han impuesto a profesionales y empresarios numerosas obligaciones de información y comunicación, cuyo incumplimiento genera relevantes responsabilidades administrativas, y hasta penales.

- e) La responsabilidad penal se agrava si las conductas típicas se refieren a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual; cuando la víctima es menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección; cuando media fin de lucro (artículo 197.6 del Código Penal); si los hechos se llevan a cabo mediante la utilización no autorizada de datos personales de la víctima; y si cualquiera de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se comete en el seno de una organización o grupo criminal (artículo 197 quater).
- f) Las personas jurídicas pueden ser responsables penales de la comisión de los delitos tipificados en los artículos 197, 197 bis y 197 ter (artículo 197 quinquies del Código).
- g) Y, finalmente, como cuestiones procesales relevantes, debo destacar dos:
 - g.1) Que son delitos perseguibles a instancia de parte o del Ministerio Fiscal, en el caso de menores o incapaces, no siendo precisa la denuncia en el delito de funcionario o cuando afecta a los intereses generales o a una pluralidad de personas (artículo 201.1 y 2 del Código). Así sucedió, por ejemplo, en el caso enjuiciado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 2016, en el que el acusado, valiéndose de microcámaras de video, había realizado captaciones de imágenes de forma clandestina e indiscriminada en tres aseos de un colegio, “donde numerosas personas realizaban actos de intimidación corporal apartados de la mirada ajena”.
 - g.2) Y que el perdón del ofendido extingue la acción penal, pero puede ser rechazado por el Juez o Tribunal en el caso del menor o incapaz (artículo 201.3, en relación con el artículo 130.1.5º, del Código Penal).

3. Excepciones al sistema

3.1. Presupuestos técnicos

Es evidente que, en muchas ocasiones, los aplicadores del Derecho nos encontramos con supuestos en los que actuaciones que objetivamente lesionan la intimidad resultan conformes a Derecho, porque la finalidad que se persigue con ellas las justifica como admisibles en una sociedad democrática. Para llegar a esta conclusión debe partirse de los siguientes postulados, perfectamente asentados en nuestro ordenamiento jurídico:

- a) Los derechos fundamentales no tienen carácter ilimitado ni absoluto (Sentencia del Tribunal Constitucional 173/2011, de 7 de noviembre);
- b) La justificación última de los abatimientos de esos derechos fundamentales ha de estar en la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos o las libertades de los demás (Sentencia del Tribunal Constitucional 14/2003, de 28 de enero).

- c) Y la necesaria ponderación de los derechos, libertades o intereses en conflicto debe efectuarse con arreglo a los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad respecto a un fin constitucionalmente legítimo (Sentencias del Tribunal Constitucional 207/1996, de 16 de diciembre, y 142/2012, de 2 de julio).

3.2. Supuestos consolidados

En aplicación de estos criterios, la jurisprudencia española ha declarado justificadas diligencias de investigación judicial tan agresivas para los derechos fundamentales como la instalación de instrumentos para la grabación de las comunicaciones orales mantenidas por dos detenidos en dependencias policiales (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de junio de 2007); las filmaciones en aseos públicos (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 30 de junio de 1997); la toma de muestras que requieran inspecciones, reconocimientos o intervenciones corporales, sin consentimiento del afectado (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2010), e incluso a un detenido sin informarle de su derecho a no autoinculparse, y que carece de asistencia letrada (Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo, de 13 de julio de 2005); la realización de análisis de detección de alcohol, u otras sustancias tóxicas, en la sangre extraída en el Hospital, y para fines terapéuticos, al sospechoso de la causación de un gravísimo accidente de tráfico (Sentencia de 24 de abril de 2013, del Juzgado de lo Penal número 6 de Sevilla); o la grabación sonora de la comunicación que un investigado iba a mantener con su pareja sentimental en un centro penitenciario (pues ésta estaba interna, como presa preventiva, a resultas de otro proceso), y en régimen de “vis a vis”³⁴.

Desde una perspectiva semejante, pero de indudable menor gravedad, el artículo 579.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal posibilita que la autoridad judicial acuerde “la detención de la correspondencia privada, postal y telegráfica, incluidos faxes, burofaxes y giros, que el investigado remita o reciba, así como su apertura o examen, si hubiera indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación [de] algún hecho o circunstancia relevante para la causa”, siempre que la investigación se refiera a delitos dolosos castigados con pena cuyo límite máximo sea de, al menos, tres años de prisión; delitos cometidos en el seno de un grupo u organización criminal; o delitos de terrorismo. Y el artículo 588.ter.j) de esta misma Ley procesal penal establece, en su primer apartado que “los datos electrónicos conservados por los prestadores de servicios o personas que faciliten la comunicación en cumplimiento de la legislación sobre retención de datos relativos a las comunicaciones electrónicas o por propia iniciativa por motivos comerciales o de otra índole y que se encuentren vinculados a procesos de comunicación, solo podrán ser cedidos para su incorporación al proceso con autorización judicial”. Además, en su segundo apartado, dispone este precepto que, “cuando el conocimiento de esos datos resulte indispensable para la investigación, se solicitara del Juez competente autorización para recabar la información que conste en los archivos automatizados de los prestadores de servicios, incluida la búsqueda entrecruzada o inteligente de datos, siempre que se precisen la naturaleza de los datos que hayan de ser conocidos y las razones que justifican la cesión”.

La reciente Sentencia de 2 de octubre de 2018, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala), que ha resuelto las dos cuestiones prejudiciales que le planteó la Audiencia Provincial de Tarragona³⁵, ha ratificado la corrección de aquellas previsiones, e incluso las

³⁴ Caso que he estudiado en mi artículo *La intimidad, devaluada frente a la investigación de delitos*, Diario La Ley, nº 8085, 2013, *passim*. Obviamente, no es la misma solución que el ordenamiento jurídico español ofrece a la decisión judicial de escuchar las conversaciones que mantiene un interno en un Centro penitenciario con su Letrado defensor, toda vez que, además de existir regulación específica (artículo 51.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria), con ella se afecta tanto el derecho a la intimidad como el de defensa del preso. Por ello se apreció delito en la Sentencia del Tribunal Supremo 79/2012, de 9 de febrero.

³⁵ “¿La suficiente gravedad de los delitos como criterio que justifica la injerencia en los derechos fundamentales reconocidos en los artículos 7 y 8 de la Carta puede identificarse únicamente en atención a la pena que pueda imponerse al delito que se investiga, o es necesario, además, identificar en la conducta delictiva particulares niveles de lesividad para bienes jurídicos individuales y/o colectivos?” y “En su caso, si se ajustara a los principios constitucionales de la Unión, utilizados por el Tribunal de Justicia en su Sentencia de 8 de abril de 2014 como estándares de control estricto de la Directiva, la determinación de la gravedad del delito atendiendo sólo a la pena imponible, ¿cuál debería ser ese umbral mínimo? ¿Sería compatible con una previsión general de límite en tres años de prisión?”.

ha extendido, pues ha determinado que el artículo 15.1 de la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas³⁶ “debe interpretarse en el sentido de que el acceso de las autoridades públicas a los datos que permiten identificar a los titulares de las tarjetas SIM activadas con un teléfono móvil sustraído, como los nombres, los apellidos y en su caso, las direcciones de dichos titulares, constituye una injerencia en los derechos fundamentales de éstos (.../...) que no presenta una gravedad tal que dicho acceso deba limitarse, en el ámbito de la prevención, investigación, descubrimiento y persecución de delitos, a la lucha contra la delincuencia grave”.

Finalmente, y en relación con otro aspecto del problema, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido (Sentencia *Barbulescu v. Rumania*, de 12 de enero de 2016)³⁷ que es legítimo el acceso, por la empresa, al correo electrónico de un trabajador, aunque contenga contenidos personales (que en ese caso la empresa leyó e incluso transcribió), si esos mensajes de contenido privado se enviaron durante el horario laboral, a través de herramientas corporativas y, además, habiéndolo prohibido expresamente, con anterioridad, la normativa interna de la compañía³⁸.

3.3. Supuestos debatidos

3.3.1. Revelación de datos personales sobre enfermedades, bajo la invocada cobertura de la libertad de información

En un estudio reciente, Prat Westerlindh³⁹ ha sistematizado que, como consecuencia del hecho de que el derecho a la intimidad de las personas comprende el derecho a la confidencialidad de los datos médicos, los profesionales sanitarios están obligados a garantizar este derecho, guardando reserva y no divulgando estos datos médicos a terceros, y una forma de garantizar el deber de reserva es mediante la correcta custodia de los historiales clínicos⁴⁰. Por ello, es obligado concluir que la difusión no autorizada ni consentida de los historiales médicos o de cualquier otro dato confidencial de carácter médico supone una vulneración del derecho fundamental a la intimidad personal.

Respecto de estos datos, el conflicto se ha planteado, en distintas ocasiones, entre el derecho de los periodistas a ejercer la libertad de información sobre cuestiones de interés general, y la

³⁶ Directiva 2002/58/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, modificada por la Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre.

³⁷ Esta Sentencia ha sido analizada con especial detalle por Gudín Rodríguez-Magariños, Faustino, *El derecho al respeto a la intimidad telemática versus la Sentencia Barbulescu, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: consecuencias en el orbe penal*, en *La Ley Penal*, nº 118, 2016.

³⁸ La situación en España era parcialmente coincidente, y así lo refleja la Sentencia del Tribunal Constitucional 186/2000, de 10 de julio, en la que, si bien se dice que “el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo”, también reconoce que el derecho a la intimidad no es absoluto, y que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que ello resulte “necesario, proporcionado, idóneo y respete el contenido esencial del derecho”. La Sentencia del Tribunal Supremo 489/2018, de 23 de octubre, fijó los criterios que debe cumplir una empresa, y en concreto, los Compliance Officers, para investigar legalmente el correo electrónico de sus empleados y que tal información sea considerada una prueba válida en el enjuiciamiento de un delito cometido por el empleado, o para descubrir conductas desleales que motiven un despido. Dicha resolución dice: “no cabe un acceso incontestado al dispositivo de almacenamiento masivo de datos si el trabajador no ha sido advertido de esa posibilidad y/o, además, no ha sido expresamente limitado el empleo de esa herramienta a las tareas exclusivas dentro de la empresa”.

³⁹ Prat Westerlindh, Carlos, *Descubrimiento y revelación de secretos por un médico que denuncia irregularidades en implantes mamarios*, en *La Ley Penal*, nº 107, 2014, páginas 7 y siguientes.

⁴⁰ Esta conclusión se sustenta en los artículos 10.3 de la Ley 14/1986, General de Sanidad (que declara el derecho de toda persona a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público), 2.7, 7, 16.6 y 19 de la Ley 41/2002, de autonomía del paciente (que respectivamente establecen que “la persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida”; que “toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley”; que “el personal que accede a los datos de la historia clínica en el ejercicio de sus funciones queda sujeto al deber de secreto”; y que el paciente “tiene derecho a que los centros sanitarios establezcan un mecanismo de custodia activa y diligente de las historias clínicas. Dicha custodia permitirá la recogida, la integración, la recuperación y la comunicación de la información sometida al principio de confidencialidad con arreglo a lo establecido por el artículo 16 de la presente Ley”.

revelación que, al hacerlo, efectúan de un secreto que conforma la intimidad de una persona. Un ejemplo especialmente gráfico de estos problemas se contiene en la Sentencia de 15 de noviembre de 1997, de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, dictada en el Procedimiento Abreviado número 2809/96, que contiene la siguiente relación de hechos probados: “en el mes de junio de 1996, Víctor, mayor de edad, (../..) de profesión periodista, (../..), tuvo conocimiento de que en la Prisión Provincial del Salto del Negro podía haber dos personas que, teniendo la enfermedad del sida, trabajaban en la cocina de dicho establecimiento penitenciario. Víctor, pensando que tal noticia era de interés periodístico, logró obtener, a través de persona o por medios desconocidos, dos listados, uno relativo a los internos de la prisión que padecían la enfermedad de sida y otro relativo a los internos que trabajaban en la cocina de la prisión. Tales listados incluían datos sobre nombre y apellidos, estado civil, profesión y naturaleza del delito por el que cada interno había sido condenado. Con los dos listados en su poder, Víctor confrontó los nombres en ellos incluidos, comprobando que coincidían dos, Sergio y Jose Francisco. Con tales datos, Víctor elaboró una información a modo de pequeño artículo periodístico (..que envió al Director de la publicación, que..), sin efectuar ninguna modificación ni control sobre la información recibida, la publicó, tal y como la recibió de Víctor (../..). Dicha información, textualmente, dice lo siguiente: “Sida, cocina y cárcel. En la prisión Provincial de Salto del Negro corre el rumor insistente de que hay al menos dos presos con sida que están destinados en el servicio de cocina, con lo que la alarma entre los internos y los funcionarios está creciendo. Este periódico ha tenido acceso a un listado de reclusos con destino específico en la cocina del centro penitenciario y otro con el nombre de los internos que padecen sida. En ambas listas se repiten dos nombres: Sergio, nacido en Gáldar el 21 de agosto de 1965, soltero y camarero de profesión, con varios ingresos y dado de alta en la cocina el 10 de octubre de 1993, y Jose Francisco, nacido en Las Palmas de Gran Canaria el 25 de enero de 1972, soltero y condenado por violación, dado de alta en la cocina el 21 de diciembre de 1995. Si estos datos se confirman (y ya se sabe lo difícil que es hacerlo por la vía oficial ya que hay datos, como los del sida, que son confidenciales, así como los de cocina, que se consideran de régimen interno), la dirección debería tomar medidas urgentes para evitar posibles contagios de tal enfermedad”.

La Audiencia Provincial no consideró que estos hechos integraran el delito de descubrimiento y revelación de secretos del que se acusaba al periodista y, en consecuencia, procedió a absolverle. Pero esa resolución fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo 234/1999, de 18 de febrero, que valoró que el periodista había cometido un delito de revelación de secretos previsto y penado en el artículo 197.2, segundo inciso, 3 y 5 del Código Penal, concurriendo la exigente incompleta de cumplimiento de un deber (artículo 21.1º, en relación con el 20.7º del Código), condenándole en consecuencia a la pena de un año de privación de libertad (sanción inferior en dos grados a la establecida legalmente para el delito cometido), así como a indemnizar a cada uno de los dos presos afectados en la cantidad de dos millones de pesetas, y al pago de las costas procesales.

El debate procesal versó esencialmente respecto de la concurrencia, o no, en el caso, de los requisitos de la libertad de información. De este modo, el Tribunal Supremo planteó que “está fuera de toda duda que la situación sanitaria de los establecimientos penitenciarios es un tema que interesa a la opinión pública y sobre el que esta opinión tiene derecho a estar informada como lo tiene en relación con caso todos los sectores en que se desenvuelva la actividad de la Administración Pública. En consecuencia, y con independencia de cuáles sean las verdaderas vías de contagio de SIDA, no podría negarse que era un hecho noticiable, en la ocasión de autos la circunstancia de que dos internos de la prisión provincial de Las Palmas, padeciendo el síndrome de inmunodeficiencia adquirida, estuviesen destinados en los servicios de cocina del citado establecimiento. El acusado, pues, podía honestamente pensar que, publicando este hecho cuya veracidad ciertamente le constaba, informaba a la opinión pública de algo que la misma tenía derecho a conocer, lo que no puede ser desconectado del interés colectivo en que el remedio de los eventuales fallos de la Administración sea impulsado, cuando preciso sea, por la presión de la opinión pública”. Y por ello valoró que “en la conducta del acusado parece

existir un principio de justificación que podría estar tipificado como eximente en el número 7º del artículo 20 del Código Penal⁴¹.

Pero el Tribunal no estimó que la justificación fuera plena (“por lo que la antijuridicidad típica de la conducta no puede reputarse desaparecida, aunque sí considerablemente atenuada”), ya el acceso a los datos reservados relativos a la enfermedad de los afectados y su posterior publicación, como se hizo, no eran el único procedimiento por el que pudiera informarse a la opinión pública del hecho noticiable, que era –dice la Sentencia– “la mera presencia de enfermos de sida en la cocina de la prisión, no la identidad de los mismos”⁴². Y, aunque es cierto que, sin tener conocimiento de la identidad de los internos, difícilmente hubiese podido el acusado estar razonablemente seguro de la veracidad de la noticia, lo decisivo para la resolución del caso fue que el periodista, una vez que los conoció y pudo comprobar la veracidad de la información, no se abstuvo de publicar los datos innecesarios para la transmisión de la noticia. Por ello, la conclusión del Tribunal fue que “en modo alguno la actuación dejará de ser típica, ni podrá estar amparada por una eximente completa de ejercicio legítimo de un derecho, cuando tras acceder ilícitamente a los datos, se procede a su publicación en el contexto de una noticia que no los necesita”.

3.3.2. Revelación de datos personales sobre tratamientos médicos, bajo la invocada cobertura de la denuncia de hechos punibles ante las autoridades encargadas de investigarlos y perseguirlos

El conflicto en este tipo de casos se plantea porque quien accede ilegítimamente a los datos médicos, o los difunde del mismo modo, lo hace sólo con la finalidad específica de proporcionarlos a las autoridades administrativas o judiciales que deben conocerlos para la solución de una grave irregularidad o la investigación de un hecho delictivo. Un buen ejemplo de estos debates lo proporciona la Sentencia 323/2012, de 30 de mayo, de la Audiencia Provincial de Valencia, dictada en el recurso 15/2012⁴³, que contiene la siguiente relación de hechos probados: “En el mes de marzo de 2005, Eloy, cirujano plástico, mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajó para la entidad médico-quirúrgica (../..). En el contrato firmado, el acusado se comprometió a no revelar durante la vigencia del contrato y después de su finalización ninguna información confidencial referente a los clientes, operaciones, instalaciones, cuentas o finanzas de la compañía, y a actuar con la mayor diligencia para evitar la publicación o revelación de cualquier información confidencial referente a estas materias, según se contiene en la cláusula decimosexta de dicho contrato. No obstante, poco después de su contratación el acusado percatado por su actividad profesional que alguna paciente tenía implantadas prótesis mamarias de una marca distinta a la que figuraban en la documentación de (../..), procedió a tomar por sí mismo o a

⁴¹ La eximente de ejercicio legítimo de un derecho tiene naturaleza de causa de justificación, lo que presupone que, quien actúa en ejercicio legítimo de un derecho, realiza una conducta lícita (por conforme al ordenamiento jurídico) aunque infrinja formalmente un tipo penal, y lesione materialmente un bien jurídico protegido. La razón de la eficacia eximente de esta circunstancia radica, en última instancia, en el principio lógico de la no contradicción interna de un mismo ordenamiento jurídico, aunque su fundamento inmediato se encuentra en el principio del interés preponderante, lo que supone que, en todo conflicto normativo, late una tensión entre intereses protegidos que debe resolverse de manera casuística, a través de la ponderación (con criterios normativo-valorativos) de tales intereses enfrentados. Es evidente que toda causa de justificación conlleva una tarea de ponderación de bienes o intereses en conflicto, pero en esta circunstancia específica de ejercicio de un derecho, puede concluirse sin dificultad que tal ponderación está, en la mayoría de los casos, previamente hecha por el constituyente o el legislador, que solamente han condicionado la aplicabilidad de los efectos eximentes, en el caso concreto, a la constatación (por el Juez) de la legitimidad de su ejercicio. Con este criterio se resuelven igualmente los conflictos que resultan de una contradicción parcial entre derechos de configuración legal y prohibiciones penales, y se justifica por qué en algunos casos el legislador puede establecer limitaciones singulares del ejercicio de un derecho (al menos, respecto de los derechos de configuración legal sobre los que legítimamente puede intervenir y, en todo caso, respecto de las facultades o autorizaciones específicas de actuación, cuyo régimen concreto ha de establecer ese legislador). Sobre esta eximente, cfr. Mestre Delgado, Esteban, *La eximente de ejercicio legítimo de un Derecho y las causas supralegales de justificación penal*, Ed. Edisofer, Madrid, 2001, especialmente páginas 145 a 211.

⁴² En la Sentencia del Tribunal Constitucional 20/1992, de 14 de febrero, ya se había puesto de manifiesto que “la identificación periodística (...) de una determinada persona, como afectada por el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA), deparaba, teniendo en cuenta actitudes sociales que son hechos notorios, un daño moral (y también económico como luego se demostró) a quienes así se vieron señalados como afectados por una enfermedad cuyas causas y vías de propagación han generado y generan una alarma social con frecuencia acompañada de reacciones, tan reprochables como desgraciadamente reales, de marginación para muchas de sus víctimas”.

⁴³ Esta Sentencia ha sido analizada por Prat Westerlindh, Carlos, *Descubrimiento y revelación de secretos*, op. cit., especialmente páginas 15 y siguientes.

recabar de personal de la entidad las historias clínicas y de clientes, tanto intervenidas quirúrgicamente por él como por otros cirujanos, de forma que se hizo con copia de, al menos, 296 documentos, consistentes en comunicaciones habidas entre el acusado y (../..), que se referían a las irregularidades detectadas, documentación mercantil de las prótesis (albaranes, tarifas, procedimientos de uso de almacén, etc.), historias clínicas relativas a intervenciones quirúrgicas de pacientes e historiales de clientes (documentos internos que recogen información sobre la contratación del servicio médico, el tipo de prótesis implantadas y el importe facturado). Ante la falta de acuerdo entre Eloy y los responsables de las presuntas irregularidades, Eloy cesó su relación laboral con aquélla el 13 de septiembre de 2006. Tiempo después trató de presentar sin éxito el dossier en la Fiscalía de la Audiencia Nacional en Madrid. El 27 de octubre de 2006 lo presenta en la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana junto a una denuncia en la que se imputaba a (../..) la comisión de delitos de estafa, contra la salud pública y relativos a los consumidores. El referido dossier lo presentó también el acusado en las Fiscalías de Castellón y de Albacete y en la Consellería de Sanidad de Valencia”.

La Audiencia condenó al acusado, como responsable criminalmente en concepto de autor, de un delito continuado de descubrimiento y revelación de secretos del artículo 197.1 del Código Penal, apreciando error de prohibición vencible, y sin la concurrencia de circunstancias modificativas, a la pena de *1 año y 3 meses de prisión e inhabilitación especial del derecho de sufragio pasivo durante la condena y pago de costas procesales; y como responsable civil a que indemnizase a determinadas pacientes en 3.000 euros, con el interés legal previsto en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cada una. Por el contrario, absolvió al médico de un delito de revelación de secretos del artículo 199 del Código Penal, apreciando la existencia de un error invencible “porque recabó asesoramiento jurídico por lo que estaba convencido que actuaba dentro de la legalidad” cuando denunció los hechos ante los organismos públicos”.*

Esta resolución fue casada por la Sentencia del Tribunal Supremo nº 778/2013, de 22 de octubre, que planteó la inexistencia de delito en la conducta del facultativo en relación con los historiales de sus propios pacientes, puesto que no puede haber descubrimiento de secreto si el médico que accede a los datos es el que ha elaborado la historia clínica, ya que entonces su contenido no puede ser secreto para él; pero determinó que sí se integra en la parte objetiva del delito la conducta del acceso a los datos en el caso de los historiales en los que el médico no había intervenido profesionalmente, ya que, para él, su contenido sí resultaba secreto.

En este caso concreto, sin embargo, el Tribunal Supremo valoró la concurrencia de la eximente de cumplimiento de un deber (prevista en el artículo 20.7 del Código Penal) porque “la conducta de poner en conocimiento de la autoridad competente para la depuración de lo que entiende son hechos delictivos no es revelar secretos, sino cumplir con la obligación impuesta en el artículo 259 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, el deber de denunciar impuesto legalmente y con especial intensidad al médico (artículo 262 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal)”⁴⁴. Esta causa de justificación extiende sus efectos a la previa adquisición de los datos precisos para esa denuncia, pues, en ese caso concreto, “el médico creyó, razonablemente, que existía un peligro para la salud de pacientes intervenidas en la Clínica, que se había

⁴⁴ Téngase en todo caso en cuenta que, si el acceso a los datos secretos no se efectúa con la exclusiva finalidad de efectuar la denuncia de los hechos a la autoridad correspondiente, y se realizan otros actos colaterales de revelación, o se actúa con ánimos concurrentes de venganza o lesión de intereses del afectado, no procede aplicar la causa de justificación. Así sucedió en el caso analizado en la Sentencia del Tribunal Supremo 1391/2000, de 14 de septiembre, que indica que esa legitimidad de la actuación se pierde si la razón de tal puesta en conocimiento “no está presidida por el ánimo de denunciar simplemente unos hechos que el acusado juzga delictivos, sino con la finalidad de perjudicar el crédito y honorabilidad del sujeto pasivo del delito, verdadera intención del recurrente”. En el caso allí enjuiciado, el acusado tardó casi dos años en presentar la denuncia, “y solamente lo hace cuando sabe que el perjudicado no va a pagar la suma exigida en la carta que le remite”. En semejantes términos, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 40/2012, de 8 de marzo, determinó que “el principio de buena fe y lealtad que ha de presidir las relaciones laborales no alcanza al deber de silencio ante irregularidades, máxime si constituyen ilícitos penales, pero también predicable de las irregularidades laborales que pudieran cometerse en la empresa. Pero igualmente la buena fe implica que para que dicha exención pueda entenderse concurrente el ánimo que ha de guiar al denunciante ha de ser justamente la denuncia de la irregularidad que entiende que sea cometida, y que al menos subjetivamente se entienda real, aunque luego se acredite no concurrir, pero no ampara las denuncias que con conocimiento de su ausencia de irregularidad, o con los suficientes datos que inferirían no se podía ignorar su licitud, se producen por otros móviles bien diferentes, como la venganza o represalia tras un despido o una denuncia”.

cometido un delito de estafa y otro contra los derechos de los consumidores, de los que él mismo podría ser responsable por su intervención profesional”, por lo que actuó “para defenderse de una imputación probable y para fortalecer con datos una denuncia cuya revelación ha sido justificada en el cumplimiento de un deber y que se realiza para prevenir una situación de peligro para la salud”⁴⁵.

3.3.3. Revelación de datos personales sobre afiliación política, bajo la invocada cobertura de la libertad de información

La Sentencia 18 de diciembre de 2009, dictada por el Juzgado de lo Penal nº 16 de Madrid en el Juicio Oral nº 38/2009, contiene la siguiente relación de hechos probados: “Los acusados Erasmo y Landelino, mayores de edad y sin antecedentes penales, el día 17 de junio de 2003, en calidad de director y subdirector, respectivamente, de la cadena de radio S., cedieron a la sociedad S.com los nombres, apellidos, domicilio y afiliación al Partido Popular de 78 ciudadanos de la localidad de Villaviciosa de Odón (Madrid). Estos datos los obtuvieron de persona que no han querido identificar en el ejercicio de su derecho al secreto profesional y protección de fuentes de información. Tal lista de afiliados con los datos personales citados era de uso exclusivo del Partido Popular y carecían los acusados de la necesaria autorización de las personas afectadas para proceder a su publicación o cesión a otra entidad para su publicación”.

Estos hechos fueron considerados, en la instancia, constitutivos de un delito de revelación de secretos, con la concurrencia de la eximente incompleta de obrar en el ejercicio de un derecho, y por ello se condenó a cada uno de los acusados, a las penas de un año y nueve meses de prisión, seis meses de multa (con una cuota diaria de 100 euros y la responsabilidad personal subsidiaria legal en caso de impago), accesorias de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena e inhabilitación especial para la dirección de medios de comunicación y ejercicio de la actividad de periodista por el tiempo de la pena privativa de libertad impuesta, y al pago de las costas procesales por mitad, incluidas las de la acusación particular. Además, se les condenó al abono, en concepto de responsabilidad civil, y de manera conjunta y solidaria (y con la responsabilidad civil subsidiaria de la mercantil “S.”) a diversas personas mencionadas en aquella información, en la cantidad de 5.000 euros a cada uno, así como sus intereses legales, reservándose el ejercicio de las acciones civiles para reclamación de la responsabilidad en el procedimiento civil correspondiente al Grupo Político Municipal del Partido Popular afectado por la misma.

Aunque el supuesto de hecho permitía esperar que la Audiencia Provincial retomara el debate sobre la actuación periodística enjuiciada en el ámbito del derecho al ejercicio legítimo del derecho a la información, y entrase a valorar si (como en uno de los supuestos que he analizado precedentemente) pudiera estimarse correcta la calificación de la eximente como incompleta (dado que, como sucedió en aquel caso, también en éste su publicitaban datos personales de afiliados al partido político), o quizá cupiera valorarla como completa (ya que la información transmitida no suponía ninguna valoración peyorativa de las personas afectadas, ni su afiliación política entrañaba en sí misma ningún demérito), la apelación se resolvió por un camino absolutamente diverso. La Audiencia Provincial de Madrid, en Sentencia 281/2010, de 11 junio, aceptó el planteamiento de los recurrentes respecto a que el delito de descubrimiento y revelación de secretos no incrimina todo acto de cesión o publicación de datos reservados de las personas, sino únicamente cuando los datos reservados estuvieran incluidos en ficheros pertenecientes a archivos o registros públicos o privados, y que en ese concreto caso enjuiciado no se había practicado ninguna prueba que hubiera acreditado la pertenencia de los datos cedidos a los archivos expresados en el artículo 197.2 del Código, por lo que revocó la Sentencia de instancia y dictó en su lugar otra absolutoria⁴⁶.

⁴⁵ Ello no obstante, esta Sentencia condenó al médico, en aplicación del artículo 118.2 del Código Penal, al pago de una indemnización (tasada en 1000 euros por víctima) a las pacientes cuyos secretos e intimidad fueron revelados, a causa del daño moral causado.

⁴⁶ Dice así esta Sentencia que “la realización de las distintas conductas nucleares previstas en los indicados preceptos que recaigan sobre datos reservados personales o familiares pero que no estén previamente registrados en los términos y lugares antes descritos sería una conducta no subsumible en la descripción típica del delito y por ello no punible por faltar el elemento del delito referido a la tipicidad penal de la conducta; lo que implica que la condena por tal conducta penalmente atípica supondría la vulneración

3.3.4. Revelación de datos personales sobre procedimientos judiciales, bajo la invocada cobertura de la libertad de información

Todas las actuaciones procesales vivas son secretas, con carácter general, en la medida en que su contenido no es público (no se puede acceder al mismo salvo que se esté personado en la causa en legal forma); y con carácter especial cuando recae una específica decisión de secreto de las actuaciones (en cuyo caso ni las partes personadas, salvo el Ministerio Fiscal, pueden tener conocimiento de lo que obre en ellas)⁴⁷. El acceso de personas no autorizadas al contenido de tales procedimientos judiciales, o su difusión en los mismos términos, integra el elemento objetivo de los delitos que se analizan⁴⁸. En los mismos términos se protegen las agendas profesionales, los expedientes y los documentos de un despacho profesional de Abogados, pues estos profesionales deben guardar secreto de todos los hechos que conozcan por razón de cualquiera de las modalidades de su actuación profesional (en los términos que impone el artículo 437.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Pero también en estos supuestos se plantean situaciones de conflicto con otros derechos fundamentales. Por ejemplo, en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 115/1999, de 15 de abril, se absolvió a unos periodistas que habían publicado un listado extraído de la base de datos de las oficinas del Juzgado Decano de Madrid, en el que constaban diez denuncias. Aunque se consideró que existía un error de tipo invencible, se valoró expresamente que “la conducta de los acusados se halla justificada y amparada por la eximente del ejercicio del derecho a comunicar libremente información veraz, al prevalecer de forma diáfana este derecho sobre el también derecho fundamental a la intimidad”.

3.3.5. Descubrimiento y revelación de datos personales sobre retribuciones económicas, bajo la invocada cobertura de la libertad de información

Ya he adelantado que el Tribunal Constitucional (por ejemplo, en su Sentencia 223/2005, de 26 de septiembre) ha determinado que “los datos económicos, en principio, se incluyen en el ámbito de la intimidad”, y ello en la medida en que esa información sea de tal naturaleza que de su examen se puedan extraer conclusiones sobre la esfera de la intimidad del sujeto, personal, familiar e incluso profesional⁴⁹. De este modo, surge también el conflicto normativo cuando los periodistas invocan la libertad de información como justificante del acceso o de la difusión de datos económicos de personas concretas que estiman de necesario conocimiento público.

Un buen ejemplo de ello es el caso enjuiciado en la Sentencia de 6 de julio de 2016, dictada por el Juzgado de lo Penal número 1 de León en el Procedimiento Abreviado número 41/2015.

del principio de legalidad penal, garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución, en cuya virtud, nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho”.

⁴⁷ Con mayor profundidad, *vid.* Mestre Delgado, Esteban, *Delitos contra la Administración de Justicia*, en el colectivo *Delitos. La parte especial ...*, *op. cit.*, p. 908.

⁴⁸ El Auto 88/2009, de 18 de marzo, de la Audiencia Provincial de Cádiz, valoró que el delito de revelación de secretos se comete cuando, “conociendo por su condición de profesionales que los datos no podían ser utilizados sin grave quebranto de sus deberes deontológicos, no se rechaza su utilización y además valiéndose de su condición profesional, elemento típico del artículo 199.2º, los utilizan sin reparos, conscientes de la ilegalidad que estaban cometiendo para conseguir unos fines absolutamente ilícitos sobre la conminación de difundir los secretos conocidos exclusivamente por su actividad profesional. La tipicidad radica no tanto en la especial condición de profesionales sino en la actividad típica del incumplimiento de su obligación profesional que le imponía abstenerse de utilizar los contenidos secretos que se le habían encomendado por razón de su actividad profesional”. No obstante, Jiménez Segado, Carmelo, *La responsabilidad penal de los Abogados*, *op. cit.*, página 237, sostiene que la eximente de ejercicio legítimo de un derecho puede entrar en juego en los supuestos en los que el Abogado solicita la colaboración de otro letrado o de expertos (por ejemplo, de ADN o de huellas dactilares), y en ese contexto de mera cooperación profesional, para articular una mejor defensa técnica, les cuenta aspectos secretos de la causa. Desde otro punto de vista, las Sentencias del Tribunal Supremo 586/2016, de 4 de julio, y 803/2017, de 11 de diciembre, estimaron atípicas las conductas enjuiciadas tanto por criterios de tipicidad como por la liviandad de la antijuridicidad material en la lesión del bien jurídico de la autodeterminación informativa.

⁴⁹ La Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real 40/2012, de 8 marzo, revocó la absolutoria de instancia, y condenó a la empleada de un Despacho de Abogados que, por motivos espurios, difundió documentación económica del mismo y sus integrantes. Y sostuvo para ello que “los documentos suministrados reflejan los emolumentos concretos que son pagados a los colaboradores o recibidos por éstos, entran dentro de la esfera íntima profesional del despacho constituido en comunidad de bienes, y el segundo de ellos revela ciertas decisiones de compra reflejadas en el libro de facturas, como bases de datos y revistas jurídicas a las que están suscritas, si se paga hipoteca, si se tiene préstamo, si se contratan leasing. Entendemos que, del examen conjunto de los mismos, no puede entenderse no se encuentren dentro de la esfera de protección del derecho de intimidad, ya que alcanzan a la intimidad de los profesionales integrantes del despacho”.

En ella se recoge la siguiente relación de hechos, que se consideran probados: El acusado, “el día 19 de mayo de 2011 publicó en la portada del diario digital del cual era Director, un artículo alusivo a doña C., presidenta de la Diputación Provincial de León en tal fecha, con la siguiente noticia: “C. cobra de Caja España los kilómetros que hace con el coche oficial de la Diputación Provincial”, incluyendo para ilustrar dicha información, sin consentimiento de doña C., la imagen de parte de un extracto de movimientos bancarios de la cuenta personal que ésta tenía en Caja España-Duero y de la cual era única titular, obtenido del correspondiente soporte informático de la citada entidad financiera, haciendo constar como pie de foto: “Registro de ingresos en la cuenta personal de la Presidenta de la Diputación por los inexistentes desplazamientos en vehículo particular” (../..) “Hasta en once ocasiones la Presidenta de la Diputación ha realizado cobros de la entidad financiera como que hubiera usado su vehículo particular cuando en realidad usaba el oficial. C. es Consejera por el Ayuntamiento y no por la Diputación. La Presidenta cobró más de mil euros con ‘utilización fraudulenta de bienes públicos’”.

El Juzgado de lo Penal estimó que estos hechos constituían un delito de revelación de secretos del artículo 197.4, segundo párrafo, del Código Penal, en el que concurría la circunstancia muy cualificada de dilaciones indebidas, y por ello condenó al periodista, como autor del mismo, a las penas de seis meses de prisión, y seis meses de multa (con una cuota diaria de diez euros, y la correspondiente responsabilidad personal subsidiaria), más el pago de las costas del proceso. El recurso de apelación que el periodista interpuso contra esa resolución fue desestimado por Sentencia de la Audiencia Provincial de León de 14 de marzo de 2017, y contra ésta se presentó recurso de amparo, que fue resuelto, y estimado (con anulación de esas dos resoluciones judiciales previas) por la Sentencia, del Pleno, 24/2019, de 25 febrero.

En este caso, la esencia del debate jurídico, en todas las instancias, fue la legitimidad, o no, del ejercicio de la libertad de información. Y, finalmente, el amparo se concedió porque el Tribunal Constitucional estimó que la información difundida tenía relevancia pública (tanto por la condición de cargo público de la persona a la que se refería, como por el hecho sobre el que versaba la información, que tenía por objeto percepciones económicas sin causa y utilización de bienes públicos; el extracto bancario publicado respaldaba la veracidad de la noticia, sirviendo a la credibilidad de la información transmitida; y los datos publicados eran los estrictamente indispensables para cumplir la finalidad de justificar la veracidad de la noticia (el extracto bancario publicado no incluía una imagen completa de la cuenta bancaria de la que era titular la persona afectada por la noticia, sino que solo comprendía los asientos correspondientes a los ingresos realizados por Caja España en concepto de kilometraje para asistir a las reuniones del Consejo de Administración de la entidad, con indicación de la fecha de la operación, la referencia, el importe en euros y el concepto, apareciendo tachados los datos de saldo y los relativos a otras operaciones, y no figuraba la numeración de la cuenta, ni el nombre de su titular). Por ello, y en conclusión, la Sentencia constitucional concluye que “la conducta del recurrente, consistente en la difusión, en el ejercicio de su profesión, en un diario digital y con ocasión de una noticia de relevancia pública, de los datos reseñados, que atañen exclusivamente a los hechos noticiables, constituyó el ejercicio legítimo de su derecho fundamental a la libertad de información, de modo que la condena penal ha desconocido el contenido constitucional de dicho derecho fundamental”.

Esta resolución contiene, además, otro relevante debate complementario, referente al origen del documento publicado, ya que, confirmando lo dispuesto en distintas resoluciones de este mismo Tribunal Constitucional⁵⁰, mantiene que la libertad de información no opera cuando la obtención de la información tiene origen ilícito y el profesional de la información que publica la noticia lo conoce. Sin embargo, no entiende aplicable esta doctrina en el caso enjuiciado porque “la premisa es justo la contraria, pues no se ha acreditado en el proceso *a quo* la obtención ilícita, con vulneración del derecho a la intimidad, del documento publicado” (las resoluciones judiciales impugnadas afirmaban el origen fraudulento o ilícito del documento, pero no expre-

⁵⁰ Sentencias 158/2003, de 15 de septiembre; 54/2004, de 15 de abril; y 216/2006, de 3 de julio; y Auto 129/2009, de 4 de mayo.

saban el hecho ni la fuente de convicción en que fundaban tal calificación), y “la incertidumbre sobre la obtención del documento no puede resolverse mediante una presunción de ilicitud”.

3.3.6. Descubrimiento y revelación de datos personales sobre retribuciones económicas, bajo la invocada cobertura del derecho a la denuncia de irregularidades ante autoridades administrativas

En el mismo ámbito de la intimidad económica, el conflicto normativo puede plantearse también respecto del derecho a la denuncia de irregularidades ante las autoridades administrativas, que, si bien no se integra en el ámbito del derecho a la defensa, reconocido en el artículo 24 de la Constitución, sí se identifica con el deber de colaboración de los ciudadanos con los poderes públicos.

Así sucedió en el caso analizado por la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 3 de Ciudad Real, de 3 de mayo de 2011, dictada en el Procedimiento Abreviado 500/2010, que estableció como hechos probados los siguientes: “La acusada Zaira, mayor de edad y sin antecedentes penales, trabajó como secretaria en el despacho de Abogados “C.” sito en, de Ciudad Real, desde el mes de enero del año 1.992 hasta el 2 de mayo del año 2.005 (../..). Tras ser despedida, la acusada, con fecha 24 de agosto de 2.006, presentó denuncia ante la Inspección de Trabajo, de Ciudad Real, por tener la sociedad “C.” trabajadores a su cargo sin estar dados de alta en el Régimen General de la Seguridad Social, y sin aportar cantidad alguna virtud de cotización, aportando documentación relativa a las cantidades percibidas como ingresos que tenían los letrados Sra. T. y Sr. C., Letrados que eran colaboradores del despacho, durante el periodo en el que la acusada estuvo trabajando como secretaria para el citado despacho”.

En la instancia, estos hechos no se consideraron constitutivos del delito de revelación de secretos del que había sido acusada, y por ello se le absolvió del mismo, pero, resolviendo la apelación, la Audiencia Provincial de Ciudad Real, en Sentencia 40/2012, de 8 de marzo, revocó la apelada y acordó condenar a la acusada, como autora de un delito de revelación de secretos profesionales, a la pena de un año de prisión y accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, y multa de seis meses, con una cuota diaria de doce euros, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, así como al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

El fundamento de la condena, en disidencia con la primera absolución, se sustentó en tres tipos de consideraciones: primero, en la constatación del acceso ilegítimo a los documentos que obraban en el despacho; segundo, en la valoración de que el derecho a la intimidad abarca los datos económicos (cuando son “de naturaleza tal que de su examen se puedan extraer conclusiones sobre la esfera de la intimidad del sujeto, en este supuesto, dentro del ámbito profesional”)⁵¹; y, tercero –y relevante a los fines de este estudio–, que la aportación de los documentos a la denuncia formulada por la acusada “suponen la transmisión de datos que no solo no justifican el ilícito que pretende, sino que revelan otros totalmente innecesarios a tal fin, especialmente las fotocopias del libro de facturas del año 2002, en el que se revelan los cargos por trabajadores, préstamos, telecomunicaciones, bases de datos, revistas jurídicas, gastos de suministro, leasing...y un largo etcétera”. De ello concluye la Sentencia que la legitimidad de la conducta en los casos de denuncias de irregularidades radica en que “el ánimo que ha de guiar al denunciante ha de ser justamente la denuncia de la irregularidad que entiende que sea cometida, y que al menos subjetivamente se entienda real, aunque luego se acreditase no concurriría, pero no ampara las denuncias que con conocimiento de su ausencia de irregula-

⁵¹ Y, en este caso, “los documentos suministrados reflejan los emolumentos concretos que son pagados a los colaboradores o recibidos por estos, entran dentro de la esfera íntima profesional del despacho constituido en comunidad de bienes, y el segundo de ellos revela ciertas decisiones de compra reflejadas en el libro de facturas, como bases de datos y revistas jurídicas a las que están suscritas, si se paga hipoteca, si se tiene préstamo, si se contratan leasing. Entendemos que, del examen conjunto de los mismos, no puede entenderse no se encuentren dentro de la esfera de protección del derecho de intimidad, ya que alcanzan a la intimidad de los profesionales integrantes del despacho”.

ridad, o con los suficientes datos que inferirían no se podía ignorar su licitud, se producen por otros móviles bien diferentes, como la venganza o represalia tras un despido o una denuncia”.

4. El contenido constitucional de las libertades de expresión e información

Los casos que acabo de mostrar ofrecen distintos enfoques –y soluciones– a los casos de conflicto normativo entre el derecho a la intimidad personal y el ejercicio de otro derecho fundamental. Conviene, por ello, sumarizar los criterios que el Tribunal Constitucional tiene establecidos para su resolución, centrándome en especial (pues así lo demanda el objeto del presente número de la Revista) a las libertades de expresión e información.

4.1. Delimitación de ambas libertades

El artículo 20 de la Constitución reconoce y protege los derechos a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones, mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción [apartado 1.a)], y a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [apartado 1.d)], si bien con el límite expreso en los derechos fundamentales y, especial y expresamente, y entre otros, en el derecho a la intimidad (apartado 4). Y, desde sus primeras Sentencias (en concreto, la 12/1982, de 31 de marzo), el Tribunal Constitucional viene destacando que la libertad de expresión y el derecho a la información tienen una especial trascendencia en el ámbito de los valores constitucionales, pues “no sólo son derechos fundamentales de cada ciudadano, sino que significan el reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”.

En sus Sentencias (desde la 107/1988, de 8 de junio, y en innumerables ocasiones desde entonces, hasta la reciente, de su Pleno, 24/2019, de 25 febrero), el Tribunal Constitucional también ha tenido ocasión de delimitar la libertad de expresión y el derecho a la información, afirmando que la primera “tiene por objeto la expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor”, en tanto que el objeto del segundo es “comunicar y recibir libremente información sobre hechos, o tal vez más restringidamente, sobre hechos que puedan considerarse noticiables”. Esta distinción –ha reiterado la Sentencia constitucional 79/2014, de 28 de mayo –sigue diciendo aquella Sentencia– “tiene decisiva importancia a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos, por su materialidad, son susceptibles de prueba de la verdad, los pensamientos, ideas, opiniones o juicios de valor no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o la diligencia en su averiguación”. Por tanto, es preciso concluir que la libertad de expresión se presenta con contornos más amplios que la de información, por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es exigible a ésta.

En todo caso, es muy frecuente que en los actos de comunicación pública se entremezclen pensamientos, ideas u opiniones, con narraciones o descripciones de acontecimientos. Por ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha analizado también estos supuestos, y ha establecido criterios de delimitación. Así, por ejemplo, su Sentencia 29/2009, de 26 de enero, ha establecido que la expresión de pensamientos necesita a menudo apoyarse en la narración de hechos y, a la inversa, la comunicación de hechos o de noticias no se da nunca en un estado químicamente puro y comprende, casi siempre, algún elemento valorativo o, dicho de otro modo, una vocación a la formación de opinión. En estos casos se considera que, para determinar cuál sea el derecho fundamental efectivamente en juego en cada supuesto, será necesario atender (en los términos empleados por la Sentencia de este Tribunal 4/1996, de 19 de febrero) “al que aparezca como preponderante o predominante”. Y a estos efectos, esta jurisprudencia considera determinante que del texto se desprenda un “afán informativo” o que predomine intencionalmente la expresión de un “juicio de valor”.

4.2. Contenido y límites de la libertad de información

El Tribunal Constitucional tiene reiterado (por ejemplo, en sus Sentencias 68/2008, de 23 de junio, y 58/2018, de 4 de junio) la especial posición que ostenta el derecho a comunicar libremente información veraz en nuestro ordenamiento reside en que “no sólo se protege un interés individual, sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibilidad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático”. Pero esa prevalencia valorativa queda sometida a límites, tanto inmanentes como externos, contándose entre los primeros los requisitos de veracidad⁵² y de interés general o relevancia pública de la información⁵³; y entre los segundos enunciados en el artículo 20.4 de la Constitución (derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen).

El requisito de la veracidad de la información, sin embargo, no resulta relevante en el conflicto con el derecho fundamental a la intimidad, sino con el honor. Por ello, la jurisprudencia constitucional (como muestran sus Sentencias 115/2000, de 5 de mayo, 185/2002, de 14 de octubre, 12/2012, de 30 de enero, y 58/2018, de 4 de junio), declara que, “cuando se afecta al derecho a la intimidad, lo determinante para resolver el conflicto de derechos es la relevancia pública de la información y no la veracidad del contenido de la información divulgada, en cuanto que, a diferencia de lo que sucede en las intromisiones en el honor, la veracidad no es paliativo sino presupuesto de la lesión de la intimidad”.

Y, respecto de este requisito de la relevancia pública de la información, el mismo Tribunal ha precisado (por ejemplo, y entre tantas otras, en su Sentencia 29/2009, de 26 de enero) que “la Constitución solo protege la transmisión de hechos noticiables por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, debiendo versar tales hechos sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada”. Por ello, esta jurisprudencia constitucional concluye que, “solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático”. Y, siguiendo la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, destaca (así en su Sentencia 7/2014, de 27 de enero) que “el factor decisivo en la articulación entre la protección de la vida privada y la libertad de información estriba en la contribución que la información publicada realice a un debate de interés general, sin que la satisfacción de la curiosidad de una parte del público en relación con detalles de la vida privada de una persona pueda considerarse contribución a tal efecto”. De este modo, “la curiosidad alimentada por el medio de comunicación, que atribuye valor noticioso a la difusión de unas imágenes, no debe ser confundida con un interés público digno de protección constitucional”. Por ello, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/2002, de 14 de octubre, sostuvo que “el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección”. En consecuencia, y como concluye la Sentencia del mismo órgano 156/2001, de 2 de julio, “en aquellos casos en los que, a pesar de producirse

⁵² La Sentencia del Tribunal Constitucional –Pleno– 24/2019, de 25 febrero, ha refrendado su tradicional doctrina sobre este requisito, recordando que “no exige que los hechos sean rigurosamente verdaderos, sino que se entiende cumplido en los casos en los que el informador haya realizado, con carácter previo a la difusión de la noticia, una labor de averiguación de aquéllos con la diligencia exigible a un profesional de la información (...). Así, queda protegida por el derecho fundamental incluso la noticia errónea, siempre que haya precedido dicha indagación y que el error no afecte a la esencia de lo informado”.

⁵³ La misma Sentencia 24/2019 ha establecido también, a este respecto, que “la Constitución sólo protege la transmisión de hechos “noticiables”, en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada. Solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático”.

una intromisión en la intimidad, tal intromisión se revela como necesaria para lograr un fin constitucionalmente legítimo, proporcionada para alcanzarlo y se lleve a cabo utilizando los medios necesarios para procurar una mínima afectación del ámbito garantizado por este derecho, no podrá considerarse ilegítima”. Se trata de la exigencia de incorporar al debate de ponderación, en estos casos, de un juicio de proporcionalidad específico.

Y la Sentencia del Tribunal Constitucional 25/2019, de 25 de febrero, concluye por ello que “la relevancia pública de una información puede justificar su publicación, pero solo la inexistencia de medios menos intrusivos para obtenerla puede justificar que se utilicen, para su obtención, dispositivos tecnológicos altamente intrusivos en la intimidad y la imagen de las personas”.

Un ejemplo claro del empleo de esta técnica ponderativa se encuentra en el enjuiciamiento de casos en que se usa la cámara oculta como técnica periodística. Así, en su Sentencia 12/2012, de 30 de enero, dijo el Tribunal Constitucional que “el carácter oculto que caracteriza a la técnica de investigación periodística llamada “cámara oculta” impide que la persona que está siendo grabada pueda ejercer su legítimo poder de exclusión frente a dicha grabación, oponiéndose tanto a su realización como a su posterior publicación o difusión, pues el contexto secreto y clandestino se mantiene hasta el mismo momento de la emisión y difusión televisiva de lo grabado”, que “la utilización de un dispositivo oculto de captación de la voz y la imagen se basa en un ardid o engaño que el periodista despliega simulando una identidad oportuna según el contexto, para poder acceder a un ámbito reservado de la persona afectada con la finalidad de grabar su comportamiento o actuación desinhibida, provocar sus comentarios y reacciones así como registrar subrepticamente declaraciones sobre hechos o personas, que no es seguro que hubiera podido lograr si se hubiera presentado con su verdadera identidad y con sus auténticas intenciones”, y que “la finalidad frecuente de las grabaciones de imágenes y sonido obtenidas mediante la utilización de cámaras ocultas es su difusión no consentida en el medio televisivo cuya capacidad de incidencia en la expansión de lo publicado es muy superior al de la prensa escrita”. Por todo ello, el Tribunal Constitucional ha subrayado la necesidad de “reforzar la vigilancia en la protección de la vida privada para luchar contra los peligros derivados de un uso invasivo de las nuevas tecnologías de la comunicación, las cuales, entre otras cosas, facilitan la toma sistemática de imágenes sin que la persona afectada pueda percatarse de ello, así como su difusión a amplios segmentos del público”.

La última resolución, en lo que conozco, del Tribunal Constitucional en esta materia es la 25/2019, de 25 de febrero, que termina estableciendo las siguientes conclusiones: que “la Constitución excluye, por regla general, la utilización periodística de la cámara oculta, en cuanto que constituye una grave intromisión ilegítima en los derechos fundamentales a la intimidad personal y a la propia imagen; que, no obstante, su utilización podrá excepcionalmente ser legítima cuando no existan medios menos intrusivos para obtener la información; que la justificación constitucional de la libertad de información, en todo caso, solo alcanza a la información de relevancia pública, que constituye su límite inmanente; que los medios de comunicación social que difundan imágenes obtenidas mediante cámara oculta deberán distorsionar el rostro y la voz de las personas grabadas cuando su identificación no sirva al interés general en la información; y que tampoco podrán difundirse imágenes que muestren situaciones o comportamientos que menoscaben innecesariamente la reputación de las personas”.

4.3. Contenido y límites de la libertad de expresión

La consolidada jurisprudencia del Tribunal Constitucional en esta materia (según recogen sus recientes Sentencias 89/2018, de 6 de septiembre, y 118/2018, de 29 de octubre) destaca que “la libertad de expresión tiene por objeto la libre expresión de pensamientos, ideas y opiniones, concepto amplio dentro del cual deben incluirse las creencias y juicios de valor”, comprendiendo la crítica de la conducta de otro, aun cuando ésta sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, pues “así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”. Pero este derecho no le-

gitima las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, sin relación con las ideas u opiniones que se expongan, y por tanto, innecesarias a este propósito, dado que el artículo 20.1 a) de la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería, por lo demás incompatible con la norma fundamental.

Por ello, el ejercicio de la libertad de expresión es ontológicamente incompatible con la divulgación de informaciones que se refieren a los datos secretos de un tercero, ya se conozcan en el ámbito de las relaciones laborales o profesionales, ya por acceso ilegítimo a tales datos, ya que el ámbito de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos se circunscribe a los hechos, no a los pensamientos, ideas u opiniones.

5. La eficacia justificante –frente a la exigencia de responsabilidades penales por los delitos de descubrimiento y revelación de secretos– del ejercicio legítimo de los derechos y libertades constitucionales

Delimitado así el ámbito de legitimación de las libertades constitucionales de información y expresión, corresponde ahora valorar si las soluciones jurisprudenciales que se han analizado, respecto de la justificación –completa o incompleta– de determinados actos constitutivos de delitos de descubrimiento y revelación de secretos, respetan o no los criterios constitucionales de resolución de estos conflictos.

5.1 La exclusión constitucional de la antijuridicidad⁵⁴

Existe amplio consenso doctrinal acerca de que la Constitución de 1978 desempeña una función de legitimación, formal y material, del ordenamiento penal⁵⁵ e, igualmente, que la función de legitimación material se caracteriza como una legitimación positiva (el derecho penal debe proteger efectivamente los valores superiores del ordenamiento constitucional)⁵⁶, cuyo contenido es una obligación relativa de tutela penal.

Cohherentemente, en la medida en que la obligación de tutela penal se establece en garantía de los valores de mayor relevancia constitucional, y entre éstos destacan, como fundamento del Estado democrático de Derecho, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, debe concluirse la inadmisibilidad constitucional de la represión penal de aquellas conductas que, no obstante lesionar o poner en gran riesgo bienes jurídicos merecedores de tutela, se lleven a cabo en ejercicio de esos mismos derechos y libertades⁵⁷.

Las consecuencias de este planteamiento, inobjetable en su fundamentación teórica, no fueron, sin embargo, fácilmente admitidas por la jurisprudencia penal, de tal modo que sólo terminaron adquiriendo carta de naturaleza en nuestro Derecho a través de la doctrina que el Tribunal Constitucional fue consolidando en la resolución de recursos de amparo planteados contra Sentencias en las que esa tesis era rechazada. La evolución de esta jurisprudencia constitucional puede condensarse en tres de sus resoluciones históricas, en las que, sin duda alguna, se contienen los elementos que determinan las líneas fundamentales de la doctrina de este Alto Tribunal respecto de estos planteamientos, y que han sustentado todo su desarrollo posterior:

⁵⁴ He tratado ampliamente este problema en mi libro *La exigencia de ejercicio legítimo de un derecho y las causas supraleales de justificación penal*, op. cit., especialmente en páginas 61 a 76.

⁵⁵ Cfr., por todos, Terradillos Basoco, Juan, *Jurisprudencia penal del Tribunal Supremo y derechos humanos*, en *Anuario de Derechos Humanos*, número 3, 1985, página 604, que expresa, en este sentido, que “la Constitución regula los derechos y libertades fundamentales y, por consiguiente, fija, de manera explícita o implícita, los límites del poder punitivo y los principios informadores del Derecho penal”.

⁵⁶ En extenso sobre este enunciado, cfr. Kauffmann, Armin, *La misión del Derecho Penal*, en el colectivo *La reforma del Derecho Penal*, coordinado por Mir Puig, Santiago, volumen II, Barcelona, Servicio de Publicaciones de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1981, página 9.

⁵⁷ Martín Pallín, José Antonio, *Control judicial de las libertades frente al poder*, en el colectivo *Justicia y delito*, coordinado por Perez Mariño, Ventura, Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo, Madrid, 1982, página 126.

- a) La Sentencia de 12 de diciembre de 1986, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la que se otorgó el amparo solicitado por el director de un periódico que había sido condenado, primero por la Audiencia Nacional y, posteriormente, resolviendo un recurso de casación por infracción de Ley, por el Tribunal Supremo, como autor de un delito de apología del terrorismo. El amparo se fundamentaba en que, constatándose un conflicto “entre la apología del terrorismo, tipificada como delito, y el derecho de un director de un periódico a publicar unos comunicados emitidos por una organización terrorista”, las Sentencias que en su día condenaron al recurrente de amparo debían haber considerado dos aspectos esenciales: primero, “que la información controvertida consiste en la mera reproducción de los comunicados, no acompañada de juicios de valor que demuestren que el periodista asume el contenido apologético de los mismos”, y, segundo, que “la libertad de información juega un papel esencial como garantía institucional del principio democrático que inspira nuestra Constitución, el cual presupone (...) el derecho de los ciudadanos a contar con una amplia y adecuada información respecto a los hechos, que les permita formar sus convicciones y participar en la discusión relativa a los asuntos públicos”. El Tribunal Constitucional consideró, por todo ello, que “el derecho de un profesional del periodismo a informar, así como el de sus lectores a recibir información íntegra y veraz, constituye, en último término, una garantía institucional de carácter objetivo, cuya efectividad exige en principio excluir la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta, por su contenido, pueda revestir significado penal”, y que, al no estimarlo así, las Sentencias contra las que solicitó el amparo vulneraban los artículos 20.1, d), y 25.1 de la Constitución.
- b) La Sentencia de 8 de junio de 1.988, de la Sala Primera de ese Alto Tribunal, en la que se resolvió un recurso de amparo interpuesto por un objetor de conciencia al servicio militar que había sido condenado, como autor de un delito de injurias graves a clase determinada del Estado (la Administración de Justicia, representada en sus Jueces), por unas afirmaciones vertidas en una entrevista relativa a una condena que se le había impuesto por delito de injurias al Ejército. Sostenía el recurrente que las expresiones por las que fue condenado fueron pronunciadas en el contexto de una entrevista periodística, sin ningún ánimo de injuria o menosprecio, sino como crítica legítima a la condena sobre la que era entrevistado, habiéndose limitado, por tanto, a expresar libremente una opinión.

El Tribunal Constitucional acogió la pretensión formulada por el recurrente y dictó una Sentencia (de trascendencia esencial, además, para la concreción de la tutela penal del honor en el Estado democrático) en la que situó el objeto del litigio en el ámbito de un conflicto entre derechos fundamentales (derecho al honor por un lado, y libertades de expresión y de comunicar y recibir información, por otro) que no podía ser resuelto con el criterio subjetivo del animus injuriandi tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de esa clase de delitos. Entendió el Tribunal, acertadamente, que ese conflicto sólo podía resolverse en términos constitucionales, perspectiva ésta en la que precisó que las libertades reconocidas en el artículo 20 de la Constitución no sólo son derechos fundamentales de cada persona, sino que también significan el reconocimiento y garantía de la opinión pública libre, que es una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático, estando, por ello, esas libertades dotadas de una eficacia que trasciende a la que es común y propia de los demás derechos fundamentales, incluido el del honor; que, para la resolución del problema debatido, debe determinarse si el ejercicio de esas libertades constitucionalmente protegidas como derechos fundamentales actúan o no como causa excluyente de la antijuridicidad; y que esa valoración debe estar presidida por dos parámetros esenciales, referidos, uno, a la clase de libertad ejercitada –de expresión o de información– y, otro, a la condición pública o privada de las personas afectadas por su ejercicio, ya que, por un lado, la libertad de expresión es más amplia que la libertad de información, por no operar, en el ejercicio de aquélla, el límite interno de veracidad que es aplicable a ésta y, por otro, la eficacia justificadora de dichas libertades pierde su razón de ser en el supuesto de que se ejerciten en relación con conductas privadas carentes de interés público y cuya difusión y enjuiciamiento públicos son innecesarios para la formación de la opinión pública libre, en atención a la cual se les reconoce su posición prevalente.

c) Y la Sentencia de 21 de diciembre de 1.988, dictada por la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, en la que el intérprete supremo de la Constitución se planteó la admisibilidad constitucional del segundo párrafo del artículo 496 del Código Penal entonces vigente, en el que se tipificaba la conducta de quienes, “actuando con violencia o intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o a continuar una huelga, paro o cierre empresarial”, penalizándose así los excesos en el ejercicio del derecho fundamental a la huelga, reconocido en el artículo 28.2 de la Constitución. Esta Sentencia declaró, de forma expresa y repetida, que las normas penales deben interpretarse de manera conjunta con el derecho constitucional afectado, “pues los supuestos previstos en la norma no pueden interpretarse de tal forma que se vacíe de contenido el derecho fundamental”. Por ello, el Tribunal Constitucional, analizando el segundo párrafo del artículo 496 del Código penal entonces vigente, concluyó la necesidad de excluir de él las conductas que no exteriorizaran violencia o intimidación, ya que, en otro caso (esto es, si –como sucedió en la Sentencia objeto de ese recurso de amparo– se estimase indiferente el carácter de los medios utilizados por el autor para alcanzar la finalidad prohibida por la norma), se llegaría “de hecho a una incriminación de toda coacción –y, por consiguiente, también a la criminalización de toda huelga, en tanto medida de fuerza–”. Y, por ello, reiteró el Tribunal que “la incompatibilidad de esta conclusión con los artículos 25.1 y 28 de la Constitución es manifiesta, ya que la Ley penal no podría vaciar de contenido a un derecho fundamental”, ni tampoco suponer, directamente, su ejercicio abusivo. A este último respecto, señaló esta Sentencia que “el ejercicio abusivo del derecho de huelga no puede identificarse con la participación en grupos de huelguistas, y tampoco la mera representación de los mismos es, de acuerdo con la Ley, motivo suficiente para ser responsabilizado por el delito de coacciones cometido por otros”. Para alcanzar esta conclusión, el Tribunal Constitucional justificó que tales interpretaciones no tienen en cuenta que el derecho de huelga, reconocido en el artículo 28 de la Constitución, “implica el derecho a requerir de otros la adhesión a la huelga y a participar, dentro del marco legal, en acciones conjuntas dirigidas a tal fin, sin que quepa admitir que el artículo 496 del Código penal hace responsables a quienes encabezan tales acciones de los excesos punibles que puedan cometer otras personas de un grupo”. Por todo ello, aquella Sentencia otorgó el amparo solicitado, pues “un entendimiento de esta especie del artículo 496 CP no sólo superaría los límites legales previstos en el artículo 28 CE, sino que chocaría abiertamente con el principio de personalidad de la pena que, como ha declarado este Tribunal, está protegido también por el artículo 25.1 de la Norma fundamental”.

Además de estas Sentencias constitucionales, me parece igualmente básica, para la configuración jurisprudencial del ejercicio de los derechos y libertades fundamentales como causa excluyente de la antijuridicidad, la de 28 de septiembre de 1.993, de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (asunto Casa de Juntas de Guernica)⁵⁸. En ella se juzgó a determinados parlamentarios por un presunto delito de injurias al Jefe del Estado (que se habría producido cuando aquéllos interrumpieron un discurso institucional del Monarca levantándose y procediendo a cantar el “Eusko Gudariak”) y se les absolvió de tal imputación, estimándose, en primer lugar, la ausencia del tipo objetivo del delito de injurias; en segundo lugar, la inexistencia del elemento subjetivo del injusto típico; y, por último, “que el comportamiento se produjo en el ejercicio de un derecho fundamental como el de la libertad de expresión”⁵⁹.

Estas cuatro resoluciones son las más representativas de una jurisprudencia (constitucional y del Tribunal Supremo) en la que no escasean ejemplos semejantes. Si ésta se interpreta desde

⁵⁸ Esta resolución fue objeto de amplio estudio por Muñoz Lorente, José, *La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado: La STS (Sala Segunda) de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la Casa de Juntas de Guernica*, en *Derechos y libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, número 3, mayo-diciembre de 1994, páginas 433 y siguientes.

⁵⁹ Si bien es cierto que, como destaca Muñoz Lorente, José, *La libertad ...*, op. cit., página 450-451, “el TS no parece entender que la libertad de expresión actúe como elemento negativo del tipo objetivo, sino que el ejercicio de dicha libertad estaría inmerso dentro del elemento subjetivo del tipo injurioso y, por lo tanto, eliminaría este último, ya que lo importante para el TS es que el *animus* que movió a los encausados fue el de ejercer el derecho del artículo 20.1.a) de la Constitución. Esto hace que se traslade el problema de la justificación, es decir, de la resolución del conflicto, al elemento subjetivo del tipo penal”.

la perspectiva que ofrecen los principios que caracterizan la legitimidad constitucional de las técnicas de tutela penal, es posible extraer las siguientes conclusiones, que ilustran suficientemente sobre la perspectiva con que aquellos órganos judiciales afrontan estos problemas:

- a) Todos los conflictos de normas que pueden plantearse entre un derecho o libertad fundamental y una norma penal son tan sólo concursos aparentes de normas y reflejo, en su caso, de una colisión de derechos fundamentales que debe resolverse con los criterios que ofrece el propio ordenamiento jurídico⁶⁰;
- b) El Derecho penal no puede operar como límite al ejercicio de los derechos y libertades constitucionales⁶¹;
- c) Las conductas que suponen ejercicio de un derecho o libertad fundamental, o son expresión de una garantía institucional básica⁶², no pueden constituir nunca el objeto de una norma penal, porque éstos operan como causas excluyentes de la antijuridicidad;
- d) Los actos no justificables desde una perspectiva constitucional (porque supongan un ejercicio abusivo de esos derechos o libertades o, sencillamente, porque queden al margen de éstos) pueden ser reprimidos por la norma penal, si es posible subsumirlos en ésta.

Consecuentemente, es necesario incluir el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales entre las causas que permiten, en un ordenamiento penal democrático de Derecho, excluir la antijuridicidad de las conductas aparentemente delictivas. El argumento esencial para ello deriva de la legitimación constitucional positiva de este ordenamiento, pero este resultado es igualmente coherente con la función preventiva y motivadora de la norma penal⁶³. El cauce adecuado para ello es la exigencia de ejercicio legítimo de un derecho, tipificada en el artículo 20.7 del Código Penal.

5.2. El conflicto entre los delitos de descubrimiento y revelación de secretos y el ejercicio de los libertades o derechos fundamentales de información y expresión: criterios de solución

La jurisprudencia constitucional sigue manejando cotidianamente aquellos criterios para resolver los conflictos entre el ejercicio de un derecho fundamental y la aplicación de una norma penal. Así, sus Sentencias 177/2015, de 22 de julio, y 38/2017, de 24 de abril, han determinado que, en caso de presencia de uno de aquellos aparentes conflictos, “el órgano judicial debe valorar, como cuestión previa a la aplicación del tipo penal y atendiendo siempre a las circunstancias concurrentes en el caso concreto, si la conducta que enjuicia constituye un ejercicio lícito del derecho fundamental” y, en consecuencia, se justifica por el valor predominante de ese derecho o libertad, pues “es obvio que los hechos probados no pueden ser a un mismo tiempo valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”.

Tan prioritaria debe ser esta valoración previa que en esas mismas resoluciones el Tribunal Constitucional ha reiterado (pues es doctrina antigua, como ya he ido perfilando) que “la au-

⁶⁰ Así lo establecieron, en su momento, las Sentencias del Tribunal Constitucional de 15 de diciembre de 1983, 27 de octubre de 1987 y 15 de enero de 2001, en la que se dice a este respecto que “el Juez penal, antes de entrar a enjuiciar la concurrencia en el caso concreto de los elementos del tipo penal pertinente, en este caso el delito de calumnias, debe efectuar el previo examen de si la conducta sujeta al escrutinio penal constituye o no un ejercicio de las libertades de expresión e información del artículo 20.1. CE, ya que las libertades del artículo 20.1.a) y d) CE pueden operar como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta, so pena de conculcar el artículo 20.1 CE de no hacerlo así”.

⁶¹ En contra, García-Pablos de Molina, Antonio, *El Derecho Penal como límite al ejercicio de las libertades y derechos fundamentales. Protección penal del honor y la intimidad*, en sus *Estudios penales*, Ed. Bosch, Barcelona, 1984, páginas 373, 374 y 387.

⁶² Sobre los contenidos de estos conceptos, *vid.* Baño León, José María, *La distinción entre derecho fundamental y garantía institucional en la Constitución española*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, número 24, septiembre-diciembre de 1988, páginas 155 y siguientes.

⁶³ Cfr. Mir Puig, Santiago, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª edición, Ed. Bosch, Barcelona, 1982, páginas 126 y siguientes. Sobre la función motivadora de la norma penal, *vid.* Gimbernat Ordeig, Enrique, *¿Tiene un futuro la dogmática jurídico penal?*, en sus *Estudios de Derecho Penal*, 3ª edición, Ed. Tecnos, Madrid, 1990, páginas 140 y siguientes.

sencia de ese examen previo al que está obligado el Juez penal o su realización sin incluir en él la conexión de los comportamientos enjuiciados con el contenido de los derechos fundamentales y de las libertades públicas no es constitucionalmente admisible”, y “constituye en sí misma una vulneración de los derechos fundamentales no tomados en consideración”

Y ello porque no se trata de determinar los límites al ejercicio del derecho o libertad fundamental, sino de la previa delimitación de su contenido. Así, siguen indicando aquellas resoluciones, si se concluye que la acción analizada se encuadra dentro del legítimo ejercicio de un derecho fundamental sustantivo amparado en dicho precepto, hay que reconocer que el comportamiento resulta ajustado y conforme a Derecho. Solamente si la respuesta fuera negativa puede valorarse si el precepto penal ha sido o no correctamente aplicado, conforme a sus propios requisitos.

De este modo, y con carácter conclusivo, cabe indicar que, en los casos en que, en el ámbito del enjuiciamiento de conductas que pueden constituir delitos de descubrimiento y revelación de secretos, se invoque, como circunstancia exonerante, el ejercicio de un derecho o libertad fundamental, deben observarse los siguientes pasos y criterios:

- a) Valorar, en primer término, y con arreglo a sus propios elementos y requisitos constitucionales, si la conducta que se enjuicia constituye un ejercicio lícito de un derecho o libertad fundamental. Si la respuesta es afirmativa, debe concluirse que ese comportamiento es ajustado a Derecho, y cubierto por la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho, prevista en el artículo 20.7 del Código Penal.
- b) Si la respuesta es negativa (en términos absolutos -porque no concurra la causa de justificación- o relativos -porque concurra de manera incompleta-), procede efectuar el juicio de subsunción de los hechos en las correspondientes figuras de delito, con sujeción a las exigencias del principio de legalidad, y analizar todos los requisitos típicos -en términos objetivos y subjetivos-, de ejecución, participación, circunstancias modificativas y penalidad, y decidir, en consecuencia, si procede (y en este caso en qué medida) o no la punición de la conducta enjuiciada.

Revelación de secretos sumariales

Antonio Narváez Rodríguez

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo en servicios especiales

Resumen

En este trabajo se analizan las distintas modalidades del denominado “secreto sumarial” en su conjunto, a partir de la distinción que la LECrim. hace de la “reserva” general de las actuaciones penales, contenida en el art. 301, y de la genuina modalidad del “secreto”, a que se refiere el art. 302. Seguidamente, se analizan los derechos e intereses legítimos en conflicto, con aportación de la doctrina jurisprudencial europea y nacional para su solución. Igualmente, se acerca al lector a la problemática del ejercicio de las libertades de expresión y de información, vistas desde la perspectiva del profesional de los medios de comunicación, así como del alcance, contenido y límites del secreto profesional, derecho fundamental reconocido en nuestra Constitución, pero que no ha tenido desarrollo legislativo. Por último, se dedica un apartado a la siempre espinosa cuestión de la incidencia que, en el ejercicio de la libertad de información, pueda tener el conocimiento del hecho noticiable a través de una fuente ilícita de información, que haya revelado datos de un sumario declarado secreto.

Sumario

1. Introducción. 2. El secreto sumarial. 2.1. El secreto “externo”. 2.2. El secreto “interno”. 2.2.1. El Auto. 2.2.2. La duración. 3. Derechos e intereses en conflicto. 3.1. Derechos e intereses afectados por el secreto. 3.2. La revelación y difusión de lo actuado bajo secreto. 3.2.1. Consideraciones preliminares. 3.2.3. Planteamiento general. 3.2.3. Posición de la Jurisprudencia. 3.2.3.1. Doctrina del TEDH. 3.2.3.2. Doctrina de los Tribunales españoles. 3.2.4. El secreto profesional del periodista y las fuentes de información. 3.2.5. El problema de la ilicitud de la fuente informativa. 4. El problema de los “juicios paralelos”.

1. Introducción

En el Estado social y democrático de Derecho diseñado por el Constituyente de 1978, el ejercicio de la actividad jurisdiccional, como la de cualquier otro poder público, exige un alto nivel de transparencia, que se traduce en la necesidad de que los procesos judiciales, predominantemente los de la jurisdicción penal, se tramiten y resuelvan ante los ojos y oídos de los ciudadanos y nunca a sus espaldas, para que el principio de publicidad de las actuaciones judiciales reconocido en el art. 120.1 CE, que es una de las manifestaciones más genuinas de la enunciada transparencia, despliegue todo su vigor y eficacia.

Los procesos judiciales presentan un indudable interés informativo y así se refleja, cada vez con mayor frecuencia y habitualidad, en los medios de comunicación y en las redes sociales. La denominada “crónica de tribunales” se abre camino a pasos agigantados en el amplio y variado mundo de la comunicación, hasta el extremo de que el profesional que, de modo habitual, hace seguimiento de los procesos judiciales, aportando información sobre las vicisitudes de la tramitación, vista y resolución de aquellos, ha llegado a formar parte de una especialidad muy apreciada dentro de las secciones de informativos, ocupando importantes franjas horarias o de espacio de su total contenido.

La labor de los medios, dando a conocer al ciudadano los avatares de los procesos judiciales, contribuye precisamente a la formación de un estado de opinión pública¹ y libre, al tiempo que constituye un criterio esencial para valorar la calidad democrática de una sociedad y de las instituciones que la dirigen. El libre flujo de la información sobre lo que sucede en los procesos, lógicamente con las reservas que luego analizaré, redundará también en la claridad y transparencia con la que deben desarrollar su labor los órganos judiciales.

Pero, frente al predominio de la transparencia y publicidad con que han de desempeñarse los Tribunales de Justicia, el art. 120.1 CE, también contempla la prevención de que, de modo excepcional, las leyes de procedimiento puedan establecer límites a aquella regla general.

En la memorable Exposición de Motivos de la LECrim, Alonso Martínez, con proverbial maestría y finura jurídica, se adelantaba a su tiempo y proclamaba con rotundidad que “[e]n adelante el Juez instructor, por su propia iniciativa y de oficio, podrá, o mejor dicho, deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables”.

Con términos tan expresivos, se cerraba la puerta a una práctica procesal secular que hasta aquel momento había guiado la actuación de los tribunales penales españoles. Y, con esa misma rotundidad, aquel inolvidable Preámbulo seguía señalando: “*Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público*”.

No faltaba razón a Alonso Martínez cuando defendía el triunfo de la publicidad frente al secretismo y de la limpieza que proporciona la transparencia frente a la suciedad que ofrecían las oscuras maniobras del pasado forense de nuestra Justicia. Aquellas palabras, que en el siglo XIX sonaban a innovadoras e incluso revolucionarias, a día de hoy siguen gozando de plena actualidad y constituyen un valor asumido con naturalidad por los operadores jurídicos. Incluso, como he anticipado, nuestro texto constitucional ha querido contribuir al fortalecimiento de su vigencia dándole respaldo en su art. 120.1, cuando afirma que “*las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”.

La regla general es, pues, la publicidad de las actuaciones y, su secreto, la excepción². Esta dualidad se ha erigido en la piedra angular sobre la que el legislador debe construir la normativa de todo proceso, particularmente del proceso penal, al que me voy a referir casi de modo exclusivo, manteniendo un delicado equilibrio entre los derechos e intereses contrapuestos, que concurren en el proceso y que exigen una debida y proporcionada satisfacción.

El teórico diseño de esta regla/excepción, pese a su aparente simplicidad, entraña un amplio abanico de dificultades cuando es puesto en práctica, porque la publicidad³ es una exigencia indispensable para la buena imagen y funcionamiento de la administración de Justicia, para la confianza de los ciudadanos en su sistema procesal y, también, para la preservación de los derechos e intereses legítimos de los inculcados y de sus víctimas y demás perjudicados. Pero, de otro lado, la excepción que comporta el secreto, particularmente el de las investigaciones

¹ Como en tantos otros aspectos, la doctrina del TEDH contribuyó eficazmente a fortalecer el papel importante que los medios de comunicación juegan en una sociedad libre y democrática. Las conocidas SSTEDH de 26 de abril de 1979, caso *The Sunday Times* contra el Reino Unido, y de 29 de agosto de 1997, caso *Worm* contra Austria, iniciaron esta larga andadura que luego sería secundada por el Tribunal Constitucional y por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo.

² Así lo pone de manifiesto el art. 234.1 LOPJ que dispone la obligación de los Letrados de la Administración de Justicia y funcionarios competentes de la Oficina Judicial a facilitar “*a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que hubieren sido declaradas secretas o reservadas conforme a la Ley*”.

³ La STC 96/1987, de 10 de junio, declaró que “*el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público y, por otro, mantener la confianza de la Comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho*”. (FJ 2).

criminales, se erige en instrumento eficaz para la salvaguarda del interés general que subyace en la justicia penal, que no es otro que el de la persecución del delito, la identificación de sus partícipes y el justo castigo de éstos por la comisión de aquellos⁴.

Vivimos en la sociedad global y de la información. Las modernas tecnologías diseñan un mundo de relación que permite a cualquier persona, con independencia del lugar en que se halle y momento en que se encuentre, disponer de un conocimiento preciso y detallado de cualquier suceso, a tiempo real, que se esté produciendo. La información, además, es uno de los elementos decisivos para alcanzar una mejor capacidad de decisión y conseguir, en definitiva, mayores cotas de libertad.

La necesidad de obtener información sobre la existencia, contenido y alcance de procesos penales con especial significación política o particular sensibilidad social, que tienen lugar ante nuestros Tribunales de Justicia, constituye una prioridad en su seguimiento, tanto de los medios y redes de comunicación social, como de los propios ciudadanos individuales, hasta el punto de crear estados de opinión que, en un sinnúmero de ocasiones, se erigen en verdaderos “juicios paralelos”, no siempre conformes con lo que pueda devenir de la realidad judicial y de su resultado final⁵.

Al análisis de esta denodada pugna de derechos e intereses contrapuestos y a tratar de poner luz en tan singular problemática, que tiene alcance constitucional, voy a dedicar el contenido de este trabajo que, en algunos extremos, no podré llegar a profundizar, dados los límites propios del artículo doctrinal, pero que, al menos, quedarán lo suficientemente esbozados para poder desarrollarlos en otro momento.

La estructura de este trabajo pasa necesariamente por un punto de partida que es el de la delimitación del denominado “secreto del sumario”, tal y como legal y jurisprudencialmente ha venido siendo concebido, para pasar después al análisis de los derechos e intereses en conflicto, seguir con el tratamiento de algunas cuestiones problemáticas que se han venido suscitando por la doctrina y que aún no tienen una clara solución jurisprudencial: Tal es el caso, por ejemplo, de la significación que el origen de la fuente de conocimiento de la información obtenida pueda tener sobre el contenido de las diligencias de investigación propias de un procedimiento penal, cuando posteriormente es difundida por algún medio de comunicación o por las redes sociales. Para concluir, finalmente, con el análisis de la problemática de los “juicios paralelos”, más próxima al resultado final del proceso, esto es la sentencia, pero que también guarda conexión con la fase de instrucción y de juicio oral, pues el seguimiento de las actuaciones judiciales, en casos de especial relevancia pública, se inicia ya con las primeras etapas de la investigación de los hechos.

2. El secreto sumarial

En el denominado sistema acusatorio mixto, que es el que diseñó en sus orígenes la LECrim y que aún continúa en vigor, la fase de investigación se caracteriza por ser escrita y secreta, con los importantes matices que luego se expondrán, frente a la oralidad y publicidad que son peculiares del plenario o fase del juicio oral.

Precisamente, como pórtico de entrada a la regulación de la fase de instrucción sumarial⁶, dos de los primeros preceptos de aquel apartado de la LECrim. están dedicados a regular

⁴ STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3: “Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento (de las actuaciones) y ello en aras de alcanzar... una segura represión del delito”.

⁵ Al respecto, la STS 854/2010, de 29 de septiembre, en el conocido como caso “Fago”, en referencia a la existencia de un juicio paralelo, eventualmente construido por los medios de comunicación, que seguían desde su inicio el proceso abierto contra un vecino de aquella localidad aragonesa, que le causó la muerte violenta al alcalde de aquella población, señala con singular expresividad que “el discurso judicial nunca puede ser vicario de la voluble y a veces evanescente opinión pública”, aunque también reconoce que la justicia no puede ser administrada correctamente “de espaldas del pueblo de quien emana, precisamente, como se proclama en el art. 117.1º de la Constitución”.

⁶ Libro II, Título IV.

el denominado “secreto del sumario”, cuyo objeto y delimitación describió con rigor y muy tempranamente el Tribunal Constitucional⁷, al señalar que aquel *“tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercerlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad”*.

Dentro del concepto genérico de “secreto del sumario”, se ha distinguido tradicionalmente⁸ entre el secreto “externo”, de primer grado o general, regulado en el art. 301.1 LECrim., que es el que se impone a los terceros que no sean parte personada en un procedimiento, y el secreto “interno”, de segundo grado o excepcional, contenido en el art. 302 párrafo segundo LECrim., que es el que afecta a todas las partes excepto al Ministerio Fiscal, dada la posición institucional que éste tiene en el proceso penal, sobre todo en la fase de instrucción, en donde cumple una doble función, más acentuada si cabe cuando la investigación se desarrolla a espaldas de todas las demás partes personadas. En este sentido, el Fiscal actúa en defensa de la legalidad y de la pureza del procedimiento, de tal manera que las diligencias de instrucción sean practicadas de acuerdo con las normas procesales correspondientes, lo que le obliga a efectuar un seguimiento minucioso de las actuaciones sumariales. De otro lado, deberá velar también por la efectividad de los derechos y garantías de todas las partes en el procedimiento, lo que, en ambos casos, debe llevarle a recurrir aquellas decisiones que entienda contrarias a derecho, sin perjuicio, lógicamente, de las iniciativas procesales que podrían adoptar los demás comparecidos en el procedimiento cuando se alce el secreto de las actuaciones y tengan acceso a su contenido.

Por otro lado, la jurisprudencia también ha detallado el contenido y límites del secreto sumarial, habiendo declarado que debe ser interpretado con un alcance restrictivo y quedando sujeto a una interpretación estricta en su aplicación⁹. Queda con ello relativizado el carácter secreto de las actuaciones de investigación judicial, que no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de información sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados. Hay que partir de la idea, siempre omnipresente, de que la reserva/secreto es lo excepcional y, por tanto, solo debe ser resguardado del conocimiento general todo aquello que pueda perjudicar el éxito de la investigación o afectar a la privacidad o seguridad de las personas vinculadas al proceso penal. En este sentido, el Tribunal Supremo¹⁰ ha declarado que *“[e]l secreto sumarial se circunscribe por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles”*.

⁷ STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3, y, de modo más particularizado, la STC 176/1988, de 4 de octubre. FJ 3, cuyo texto se recoge en este trabajo.

⁸ En este sentido, la STS 1020/1995, de 19 de octubre, en su FJ 3 se destaca lo que sigue: *“Tiene sentido distinguir entre un secreto de primer grado o genérico, el del artículo 301 de la LECrim, y un secreto de segundo grado o reduplicado del artículo 302 del mismo Texto Legal. En el primer caso y sobre todo a partir de la modificación del artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite al imputado tomar conocimiento de las actuaciones desde el momento mismo de la detención, existe una mayor permeabilidad de las diligencias sumariales que son conocidas por las partes en su integridad sin que ello quiera decir que estén destinadas a ser publicadas en los medios de comunicación de manera completa y textual”*. En la doctrina, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis en *“La publicidad del sumario”* en Libertad de Expresión y Derecho Penal, Editorial Edersa. Madrid, 1985, págs. 158 a 160, habla, también, del secreto sumarial referido a actuaciones pasadas, presentes o futuras; del secreto sumarial como prohibición de conocer o de publicar; o del secreto como equivalente a monopolio judicial en alternativa a la funcionalidad de la investigación.

⁹ STC 13/1985, de 31 de enero, FJ 3, que, después de destacar que el secreto sumarial constituye una excepción al principio de publicidad de las actuaciones judiciales, que sí tiene amparo constitucional en el art. 120.1 CE, señala que su aplicación concreta exige *“una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto”*. Así lo pone de manifiesto, también, la STS 1020/1995, de 19 de octubre, ya citada. FJ 5, apartado 2.

¹⁰ La ya citada STS 1020/1995, de 31 de enero, FJ 5, apartado 4.

Ambas modalidades de secreto son de aplicación general, no sólo al procedimiento ordinario, sino también al procedimiento abreviado, por la remisión que al mismo hace el art. 774 LECrim.¹¹

2.1. El Secreto “externo”.

La modalidad genérica del secreto, que viene recogida en el vigente art. 301.1 LECrim., tiene una doble vertiente, positiva en el sentido de que permite el acceso a la información contenida en las diligencias sumariales a todos los interesados que se hayan personado en el procedimiento, así como a las víctimas de los delitos por los que aquel se haya iniciado, se hayan o no personado en el mismo. Pero también tiene otra expresión negativa, en el sentido de que impide tal acceso a los terceros ajenos al mismo, entre los que, como luego analizaremos más detenidamente, se encuentran los medios de comunicación, cuestión compleja ésta a la que dedicaré más adelante un amplio desarrollo.

Según ha destacado tradicionalmente la jurisprudencia¹², esta manifestación del secreto sumarial tiene por fundamento la preservación del honor y buen nombre del investigado frente a terceros ajenos al procedimiento, pero, a mi juicio, son también otros los derechos e intereses que protege, toda vez que, con la entrada en vigor de la Ley 4/2015, de 27 de abril, reguladora del *Estatuto de la Víctima del delito*¹³, habría que añadir también que el secreto sumarial debe preservar todos los datos relacionados con la identificación de la víctima, de modo particular en los delitos contra bienes jurídicos eminentemente personales¹⁴, con objeto de preservar su intimidad y dignidad humanas. Y también, entiendo, que el buen fin de la investigación desarrollada debe estar presente en el sigilo con el que se deben conducir todos los intervinientes en el proceso.

El art. 301.1 LECrim. ha sido objeto de una sola modificación a lo largo de su historia y lo ha sido, precisamente, por la precitada Ley 4/2015, cuya disposición final primera ha introducido importantes modificaciones en el texto de la norma procesal, para transponer la Directiva 2012/29/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos¹⁵. La modificación legal operada en el art. 301 se ha limitado a sustituir el término “secretas”, que figuraba en la redacción originaria, por el de “reservadas”, que es el que contiene la nueva regulación¹⁶, pero el nuevo Estatuto de la Víctima ha desarrollado de modo exhaustivo los derechos de éstas dentro del proceso penal, así como en lo que atañe a su régimen de protección.

El cambio de términos en el elemento nuclear de la norma suscita al intérprete la cuestión relativa a la finalidad que deba perseguir el nuevo calificativo sustitutorio. A este respecto, el preámbulo¹⁷ de la Ley 4/2015 proporciona información suficiente como para destacar que la

¹¹ Aunque no así al resto de procedimientos por delito, dadas las especiales características de brevedad en su tramitación que tienen procedimientos como el de enjuiciamiento rápido de determinados delitos o el de delitos leves; o por su específica naturaleza, como es el caso del procedimiento por aceptación de decreto o el de injurias o calumnias. En este sentido, por ejemplo, el art. 795.3 LECrim., en relación con el procedimiento de enjuiciamiento rápido, dispone que “no se aplicará este procedimiento en aquellos casos en que sea procedente acordar el secreto de las actuaciones conforme a lo establecido en el artículo 302”.

¹² Por todas, la STS 1038/2000, de 24 de mayo, FJ 2 señala que “el secreto de las diligencias sumariales proclamado en el artículo anterior, 301.1, tiene por fundamento preservar el honor y el buen nombre del imputado frente a los terceros ajenos al procedimiento”.

¹³ BOE núm. 101, del 28 de abril de 2015. Según la Disposición Final Sexta, esta Ley entró en vigor a los seis meses de su publicación en el BOE, esto es el pasado 28 de octubre de 2015.

¹⁴ El art. 17 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, sobre el estatuto de la víctima del delito impone a las autoridades y funcionarios, entre otros deberes, el de preservar adecuadamente su intimidad y dignidad personal.

¹⁵ Esta Directiva, publicada en el DUE del 14 de noviembre de 2012, sustituyó a la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo.

¹⁶ De tal manera que el precepto, en su nueva redacción, es el siguiente: “Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley”.

¹⁷ Destaca el preámbulo lo siguiente: “Se reconoce a la víctima el derecho a participar en el proceso, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y se refuerza la efectividad material del mismo a través de diversas medidas: por un lado, la notificación de las resoluciones de sobreseimiento y archivo y el reconocimiento del derecho a impugnarlas dentro de un plazo de tiempo suficiente a partir de la comunicación, con independencia de que se haya constituido anteriormente o no como parte en el proceso”.

sustitución del término “*secretas*” por el de “*reservadas*”, no tiene otro fin que el de permitir el conocimiento por la víctima del contenido de las investigaciones que hayan seguido al inicio de la persecución del delito¹⁸, de tal manera que ésta pueda tener información directa y detallada del transcurso del proceso, con independencia de que se haya personado como parte perjudicada en el mismo¹⁹. Este derecho es desarrollado por los arts. 5 a 7 de la Ley, que le reconocen un amplio haz de facultades para estar al corriente de todas las actuaciones que se sigan en relación con el delito perseguido y con la situación de los sujetos pasivos del mismo, “*salvo que ello pudiera perjudicar el correcto desarrollo de la causa*” (art. 7.4)²⁰.

Por otro lado, cuando las actuaciones son objeto de “*reserva*”, por la aplicación de la regla general del art. 301.1 LECrim, se suscita la duda de si aquellas deben quedar excluidas del comentario o difusión pública sobre su existencia y contenido, cuando se trata de procedimientos que tienen relevancia pública, en la medida en que la norma procesal impide el acceso de terceros a su contenido, problema éste que abordaremos en profundidad y que se refiere a la compatibilidad que debe existir entre la debida “*reserva*” que ha de guardarse respecto de las actuaciones sumariales y la relevancia que pueda tener para la ciudadanía la existencia de procedimientos judiciales por delito iniciados, toda vez que concurre un interés general en el seguimiento de estos procesos para la formación de estados de opinión pública sobre el discorrir de tales procedimientos, que debe ser propio de la administración de justicia de un Estado de Derecho como es el que ha establecido la Constitución de 1978.

Aunque el desarrollo del estudio sobre esta cuestión se va a ceñir casi en exclusiva al ámbito del ejercicio de las libertades de expresión e información por parte de los medios de comunicación, no está de más hacer en este apartado una breve referencia a la obligación, que no derecho, que también tienen las instituciones y autoridades públicas para dar a conocer a la ciudadanía la existencia y el curso de procedimientos penales, que se sigan ante juzgados y tribunales por delitos que tengan una especial relevancia para el interés público.

A este respecto, las Autoridades y demás responsables de la investigación, tanto policial, como judicial o fiscal, no sólo pueden, sino que, como he anticipado, tienen también el deber de comunicar a los ciudadanos la existencia de procedimientos penales que se sigan por hechos presuntamente delictivos de los que tengan conocimiento y en los que intervengan por razón de sus respectivos cargos públicos, en el bien entendido caso de que, de una parte, no se hallan en el ejercicio de las libertades del art. 20.1 CE, sino en el de sus propias competencias, y, de otro lado, han de respetar, en todo caso, las prescripciones de reserva/secreto de las actuaciones previstas en los arts. 301 y 302 LECrim, de tal manera que el nivel de desarrollo y extensión de sus comunicaciones deberá ser inversamente proporcional al grado de reserva o secreto que tengan las actuaciones de investigación.

Sobre el particular, el TC declara que “*la información que las Administraciones públicas recogen, conservan y archivan ha de ser necesaria para el ejercicio de las potestades que les atribuye la Ley y ha de ser, además, adecuada para las legítimas finalidades previstas por ella, pues las instituciones públicas, a diferencia de los ciudadanos, no gozan del derecho fundamental a la libertad de expresión que proclama el art. 20 CE... En este sentido, ... respecto a la titularidad por los instituciones públicas o sus órganos de libertad de información, que la información ver-*

¹⁸ De este parecer es GARCÍA ARÁN, Mercedes en “*Libertad de información y procesos penales en curso*”, publicado en Revista “*Teoría & Derecho*”, dedicada a las “*Garantías Constitucionales, prensa y Derecho Penal*”. Núm. 24. Diciembre de 2018. Editorial Tirant Lo Blanch. Págs. 15 a 32.

¹⁹ En este sentido, el art. 6 de la Directiva 2012/29/UE, antes citada, recoge, con carácter general, el derecho de la víctima a recibir información sobre su causa. Y, de modo particular, su apartado 2 b) dispone el derecho de la víctima a ser informada sobre aquellos aspectos que le permitan “*conocer en qué situación se encuentra el proceso penal, a menos que, en casos excepcionales, el correcto desarrollo de la causa pueda verse afectado por dicha notificación*”.

²⁰ Esta limitación es explicada, también, por la norma europea en el considerando 28, en el que afirma que “*los Estados miembros no están obligados a proporcionar información cuando la divulgación de la misma pueda afectar a la correcta tramitación de una causa o ir en detrimento de una causa o una persona determinadas, o si el Estado miembro lo considera contrario a los intereses esenciales de su seguridad*”.

*tida por las instituciones públicas o sus órganos en el ejercicio de sus atribuciones queda fuera del ámbito protegido por esta libertad reconocida en el art. 20.1.d CE”*²¹.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) aprobó en el año 2015 el *“Protocolo de comunicación de la Justicia”*, que recoge una guía detallada de la información que deben facilitar las Oficinas de Comunicación (a las que se refiere el art. 620 LOPJ) a los periodistas y, también, a los ciudadanos en general, a través de internet y de las redes sociales. En lo que respecta a la fase de instrucción de los procedimientos, se destaca que es posible poner en el público conocimiento la existencia de procedimientos judiciales abiertos cuando los hechos revistan relevancia pública, así como las resoluciones que, en su curso, sean dictadas, con estricto respeto a las normas procesales de la reserva/secreto de los arts. 301 y 302 LECrim. y siempre que no hagan referencia al contenido de las diligencias sumariales practicadas²².

Por último, también el art. 4.5 EOMF permite al Fiscal, en el ejercicio de sus funciones, la posibilidad de *“informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados”*.

En desarrollo de este mandato legislativo y con el transcurso del tiempo, la Fiscalía General del Estado ha ido elaborando circulares, instrucciones y consultas, que han perfilado el ejercicio de esta función y el deber de los Fiscales de comunicar la existencia y desarrollo de los procesos judiciales seguidos por delitos en los que intervenga. Buena prueba de ello son, entre otras, la Instrucción 3/2005, de 7 de abril, Circular 4/2013 de 30 de diciembre y Consulta 1/2015, de 18 de noviembre, todas ellas referentes a las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación²³.

La Instrucción 3/2005, primera de las citadas, incluye un mandato general a las Fiscalías sobre la necesidad de cumplimiento del citado art. 4.5 EOMF destacando la obligación de *“impulsar una política abierta y transparente hacia los medios de comunicación, fomentando la remisión de información”*²⁴. Seguidamente, en dos apartados, que son especialmente significativos para este trabajo, se recogen los *“criterios generales sobre la extensión y límites de la información a facilitar”* (IV) y las *“pautas generales sobre información respecto de causas en fase de investigación preliminar o en fase de instrucción”* (V). En la Instrucción se dispone el mandato de que cada Fiscal-Jefe designe un portavoz que asuma los cometidos especificados en esta Instrucción, que se refieren al modo en que habrá de facilitarse la información y el especial cuidado que habrá de observarse en el suministro de información sobre procesos en los que las víctimas sean personas especialmente vulnerables.

²¹ STC 244/2007, de 10 de diciembre. FJ 3. En el mismo sentido, la precedente STC 14/2003, de 28 de enero, FJ 8. En el supuesto de autos a que se refiere la primera de las resoluciones, el recurrente en amparo denunciaba la vulneración de su derecho al honor porque, en el momento de su detención, el Gobernador Civil de la provincia donde fue detenido anunció que el actor formaba parte de un comando terrorista de ETA, aunque posteriormente fue absuelto.

²² En concreto, el Protocolo destaca que, en la fase de instrucción sumarial, además de las resoluciones que puedan ser dictadas, con estricto respeto a lo dispuesto en los arts. 301 y 302 LECrim. se podrá facilitar y actualizar regularmente información referida a: Número de identidad de los investigados y/o detenidos que hayan prestado declaración ante el juez y los motivos de su imputación y/o detención, con breve descripción de hechos o de los indicios apreciados. Situación procesal acordada tras la toma de declaración. Presuntos delitos por los que se sigue el procedimiento. Número de testigos que hayan declarado. Pruebas periciales realizadas. Diligencias de investigación practicadas (sin referirse al contenido de tales diligencias, sino simplemente al número, por ejemplo, de entradas y registros realizadas). Asimismo, el art. 454.4 LOPJ prescribe que los letrados de la administración de justicia del órgano judicial correspondiente *“facilitarán a las partes interesadas y a cuantos manifiesten y justifiquen un interés legítimo y directo, la información que soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales no declaradas secretas ni reservadas”*.

²³ Además de otras anteriores como la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo, que ponía de manifiesto el deber de los Fiscales de velar por el secreto del sumario o la muy antigua Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1928, que ponía el acento, precisamente, en este deber. Asimismo, la Instrucción 8/2005, de 26 de julio que dispone diferentes mandatos para los Fiscales en orden a informar a las víctimas de los delitos sobre sus derechos; también, la más reciente Circular 3/2018, de 1 de junio, sobre el derecho de información de los investigados en los procesos penales, alude a la información que debe facilitársele en los supuestos del secreto del sumario.

²⁴ 1ª Conclusión de la Instrucción.

2.2. El Secreto “Interno”

Después de establecer el art. 302, párrafo primero LECrim, la regla general del acceso de todas las partes personadas al conocimiento de las actuaciones y de su derecho a intervenir en todas las diligencias del procedimiento, el párrafo segundo dispone, como excepción, la posibilidad de que el Juez de Instrucción, a instancia del Ministerio Fiscal, de parte personada, o de oficio, pueda acordar, mediante auto motivado y en la investigación seguida por delito perseguible de oficio, el secreto de todas o de parte de las actuaciones durante un plazo máximo de un mes, susceptible de prórrogas sucesivas, que deberán ser igualmente motivadas.²⁵

Estamos en este caso ante la genuina manifestación del “secreto sumarial”, toda vez que durante un determinado período de tiempo, que habrá de ser el mínimamente indispensable para el aseguramiento de los dos únicos fines que persigue esta medida limitativa de derechos, la seguridad de las personas o el buen fin y resultado de la investigación o del proceso²⁶, el curso de las actuaciones sumariales se sustanciará a espaldas de las partes personadas y, únicamente, con la intervención del Ministerio Fiscal, que, como ya he anticipado, cumple la dual función garantística de la preservación del principio de legalidad y de los derechos e intereses de las partes en conflicto.

De esta modalidad del “secreto sumarial”, a mi modo de ver, interesa destacar los siguientes aspectos:

2.2.1. El Auto

La resolución judicial que adopte el secreto sumarial debe revestir la forma de auto motivado, en el que se deberá atender, para su adopción, a los fines de seguridad personal o aseguramiento de la instrucción, únicos que están previstos en el art. 302. La adopción del secreto cuando no atienda a tales fines o, cuando acogiendo formalmente alguno de ellos, la aplicación del secreto resulte manifiestamente innecesaria o superflua, puede acarrear importantes consecuencias jurídicas desfavorables, que no tienen necesariamente que afectar al resultado del proceso o a la situación de las partes personadas²⁷. Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“cuando el Juez de Instrucción declara el secreto del sumario de conformidad con el art. 302 LECrim, no está acordando una medida en sí misma limitativa de un derecho fundamental, del derecho al proceso público, al que no afecta, sino que tan sólo está adoptando una decisión con base en la cual se pospone el momento en el que las partes pueden tomar conocimiento de las actuaciones y se impide que puedan intervenir en las diligencias sumariales que se lleven a cabo en el período en el que el sumario permanece secreto”*.²⁸

²⁵ El mencionado párrafo segundo dispone que: *“No obstante, si el delito fuere público, podrá el Juez de Instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas, o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes cuando resulte necesario para:*

a) Evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o

b) Prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso”.

El precepto completa su redacción con otros dos párrafos más: El tercero que dispone que *“el secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario”*. Y el cuarto, introducido por el art. 2.2 de la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, de modificación de la LECrim y de la LOPJ para la transposición de las Directivas 2010/64/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de octubre de 2010, relativa al derecho a interpretación y traducción en los procesos penales; y a la Directiva 2012/13/UE, de 22 de mayo, sobre el derecho a la información en los procesos penales. Este párrafo establece que *“lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505”*.

²⁶ Aunque podría quedar englobado en el genérico fin de asegurar la vida, libertad o integridad de cualquier persona, que se cita en el apartado a) del párrafo segundo del art. 302 LECrim. entiendo que, de modo específico y en virtud de la modificación introducida por la Ley 4/2015 reguladora del estatuto de la víctima de delitos y, con cita del art. 301 bis LECrim. introducido por aquella norma, el secreto sumarial también tiene por objeto la necesidad específica de proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia, a través de cualquiera de las medidas que se citan en el art. 681.2 LECrim. en especial la prohibición de la divulgación o publicación de la identidad de la víctima, de datos que puedan identificarla o de imágenes de la víctima especialmente vulnerable (menores o discapacitados) o de sus familiares.

²⁷ En algún caso extremo ha llegado incluso a una condena por prevaricación judicial del art. 446 CP. Véase al respecto, la STS núm. 2/1999, de 15 de octubre. (Caso G. de L.).

²⁸ STC 174/2001, de 26 de julio. FJ 3.

No nos hallamos, pues, ante una verdadera privación o limitación de derechos, sino ante una simple posposición del momento procesal en el que las partes puedan tomar conocimiento de las actuaciones, de tal manera que las exigencias de tutela judicial no exigirán del canon reforzado que el Tribunal Constitucional ha configurado para los supuestos en que, realmente, se lleve a cabo una medida limitativa de derechos fundamentales, que pasaría, en su caso, por la aplicación del denominado “test de proporcionalidad”, con el triple juicio de la idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto de aquella medida, a los efectos de satisfacer intereses jurídicamente tutelables. Bastaría, pues, una decisión judicial fundamentada en alguno de los dos fines recogidos en la norma legal, o en ambos a la vez, para entender satisfechas las exigencias de tutela efectiva.

En todo caso, el Alto Tribunal ha tratado, aunque de forma tangencial y en un *obiter dicta*, de delimitar cuándo puede una resolución judicial incidir sobre el derecho de defensa del sujeto pasivo del proceso, hasta el punto de generar una eventual vulneración de este derecho, destacando al respecto que tal eventualidad puede producirse cuando se opera una relevante y definitiva privación de las facultades de alegación, prueba y contradicción del investigado, lo que tan sólo puede ocurrir cuando la decisión de acordar el secreto sumarial carezca de justificación razonable, esto es, que no responda a alguno de los fines establecidos por la norma procesal de referencia, no se dé al investigado la posibilidad de ejercitar una posterior defensa frente a las pruebas obtenidas en esta fase de secreto sumarial, o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del inculpado²⁹, por generarse en tales casos una real y efectiva indefensión.

Una última cuestión suscita el dictado del Auto que acuerde el secreto de las actuaciones, como es la del acto de comunicación que notifique la adopción de dicha resolución a las partes en el procedimiento penal. Es evidente que el Auto acordando el secreto debe ser notificado al Ministerio Fiscal, en cuanto que el mismo interviene en las actuaciones desde el inicio y para aquél no rige la aplicación del secreto. El problema se plantea respecto de los interesados. En este sentido, entiendo que si estos (investigado, víctima, perjudicado o terceros que ejerciten la acción popular) se han personado en las actuaciones antes de que el instructor del proceso acuerde el secreto, deberá notificársele su adopción al tiempo de disponer esta medida. De personarse con posterioridad al dictado de la resolución acordando el secreto, deberá hacérsele al tiempo de dicha personación.

En cuanto al contenido de lo que haya de notificársele a las partes personadas, entiendo que únicamente debe dársele cuenta de aquellos particulares que no afecten a la investigación cuyo contenido se trata de preservar, toda vez que, de lo contrario, se pondrían en grave riesgo los fines que hayan determinado la adopción del secreto³⁰. Es necesario que las partes conozcan los argumentos del órgano judicial para acordar el secreto, pero sólo en aquellos extremos que no pongan en riesgo el objeto del secreto, para de este modo poder impugnar, bien la propia resolución del secreto, bien los fines que determinaron su adopción.

²⁹ En la STC 100/2002, de 6 de mayo, el Alto Tribunal inadmitió el recurso de amparo interpuesto porque entendió que había sido formalizado de forma prematura, al haberlo presentado la parte cuando el proceso aún se encontraba en la fase de instrucción sumarial, pero sí destacó en su FJ 4 que *“la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales únicamente puede incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las pruebas obtenidas en esta fase o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado, pues, en tal caso, no habría estado «en disposición de preparar su defensa de manera adecuada» (STEDH de 18 de marzo de 1997, Caso Foucher y STC 174/2001, F. 3)”*.

³⁰ En este sentido, la STS núm. 678/2014, de 23 de octubre. FJ 4, destaca que *“Es evidente que en numerosos casos, la razón de acordar el secreto debe permanecer igualmente secreta, por lo que su comunicación a las partes al tiempo de notificar al auto decisorio, pudiera perjudicar precisamente aquello que con el secreto se trata de preservar. Por ello habría de considerarse la posibilidad de prever legalmente que los autos que acuerdan el secreto de las actuaciones contengan una motivación que solo se notifica parcialmente a las partes, en aquellos aspectos que no perjudiquen la investigación, permaneciendo dentro del secreto aquellos otros aspectos de la motivación que debieran permanecer temporalmente ignorados por las partes a las que la declaración de secreto afecta. De esta forma, el contenido total de la motivación podría ser examinado y valorado por el órgano jurisdiccional a quien correspondiera resolver en el plenario, o al que se atribuyera la competencia para la resolución de los recursos procedentes.*

De otro lado, la falta de motivación del auto acordando el secreto no determinaría la nulidad de todo el proceso, sino la imposibilidad de valorar como prueba el resultado de las diligencias de investigación tal como resultan de las diligencias”.

2.2.2. La duración

El art. 302 LECrim. contiene una doble referencia temporal que debe ser cumplida cuando se aplica el secreto sumarial. De una parte, establece un período máximo de duración del secreto, toda vez que no podrá acordarse “*por tiempo no superior a un mes*”. Y, de otro lado, establece también un límite temporal para su alzamiento, al señalar que este deberá ser acordado “*con al menos diez días de antelación a la conclusión del sumario*”.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha puesto especial atención en la necesidad de que el secreto de lo instruido y, en consecuencia, la suspensión del conocimiento de lo actuado permanezca el mínimo tiempo imprescindible³¹ para las partes, en especial para el sujeto pasivo del proceso, pues incide en el ejercicio de su derecho de defensa, toda vez que el conocimiento del sumario es requisito imprescindible para poder alegar, proponer elementos de convicción que sirvan de contradicción a lo actuado en el proceso e intervenir en la práctica de las diligencias que puedan tener ulterior incidencia en la fase del juicio oral (ej. prueba preconstituída o anticipada). Precisamente, la duración de un mes, que prevé el precepto de referencia, responde a aquella exigencia de alcance constitucional, si bien, la mera referencia del plazo y la posibilidad de prolongación del mismo a través de sucesivas prórrogas no entraña irregularidad alguna³², siempre que atienda a los fines previstos por la norma, sea acordada mediante Auto motivado y el secreto se levante antes de la conclusión de la fase de instrucción, con el tiempo suficiente para que las partes puedan tomar conocimiento de lo actuado durante el tiempo de vigencia del secreto³³.

3. Derechos e intereses en conflicto

La rúbrica que encabeza este trabajo suscita, *prima facie*, una idea de contradicción que no parece tener una fácil solución. Si hablamos de “secreto sumarial” y el mismo constituye una excepción al principio general de publicidad de las actuaciones judiciales, que viene recogida en las leyes procesales con apoyo en el art. 120.1 CE, habría que entender, de entrada que, si la aplicación de aquella excepción se ajusta a las leyes de procedimiento, deberá primar la reserva o el secreto, según los casos, sobre la revelación del contenido de las diligencias sumariales, de tal manera que lo actuado bajo aquella cobertura no puede ser objeto de exteriorización y, mucho menos de difusión, a riesgo de que los fines a los que aquel secreto sirve puedan verse frustrados. Por ello, el título del trabajo genera de entrada una “*contradictio in terminis*”, que precisa de un extremo cuidado y atención en su tratamiento y resolución.

Para abordar esta espinosa problemática se impone, como punto de partida, la identificación de los derechos e intereses que puedan quedar afectados como consecuencia de la aplicación del secreto de las actuaciones. A este respecto, hay que reconocer, de entrada, que aquellos

³¹ STC 176/1988, de 4 de octubre, FJ 4: “*El Juez no puede prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, viniendo obligado a emplear la máxima diligencia en practicar, dentro del plazo acordado con sujeción a lo dispuesto en dicho art. 302...*”.

³² En este sentido, la STS núm. 617/2018, de 3 de diciembre, FJ 2, declara que: “*La prolongación excesiva del secreto más allá de su estricta necesidad; o la inobservancia, como sucede en este caso, de esa prescripción legal (levantamiento con una antelación de diez días al auto de conclusión de las diligencias previas del art. 779) pueden vulnerar el derecho de defensa. Aquí ambas resoluciones –levantamiento del secreto y auto de conclusión de las diligencias– llevan la misma fecha: 9 de mayo de dos mil once (folios 1019 y 1022). No se ajusta esa práctica a la legalidad pues supone en contra de la voluntad del legislador haber expulsado totalmente de la fase de investigación la publicidad interna y toda dosis de contradicción.*

Sin embargo, siendo ello cierto, no puede derivarse de ahí sin más un efecto anulatorio. Vinculada la garantía al derecho de defensa, será necesario un plus: constatar que en efecto se han disminuido de manera relevante las posibilidades de defensa, no en abstracto y por vía de principios, sino en concreto. Hay que preguntarse si se ha privado a las partes de algún medio relevante de defensa que pudiese ser ahora recuperado mediante la nulidad y consiguiente retroacción.” En definitiva, según destaca más adelante esta sentencia, “*lo esencial no es si el secreto se prolongó más o menos tiempo sino si estaba justificado y si se produjo o no indefensión... Por lo tanto, habrá de examinarse si teniendo en cuenta la fecha de alzamiento del secreto pudieron o no las partes interesar nuevas diligencias y si solicitadas fueron denegadas, en cuyo caso sólo si fue recurrida la resolución denegatoria del instructor cabría potencialmente la producción de indefensión...*”. En el mismo sentido, la STS núm. 613/2018, de 29 de noviembre, FJ 1.

³³ STC 174/2001, de 26 de julio, FJ 3: “*...aunque el tiempo de duración del secreto del sumario no es por sí sólo dato relevante en orden a apreciar un resultado de indefensión... sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el juicio oral, se ocasiona una lesión del derecho de defensa pues el acusado no habría estado en disposición de preparar su defensa de manera adecuada*”. En el mismo sentido, la STC 127/2011, de 18 de julio, FJ 3.

se sitúan en diferentes planos, en función de la perspectiva con que sea enfocada la cuestión. Así, es posible distinguir, en primer lugar, los derechos o intereses que puedan resultar concernidos por la aplicación del “secreto sumarial”, en cuyo caso es la propia declaración del secreto la que incide en su contenido y en la efectividad de su ejercicio. Y, en segundo término, habrá que situar en diferente plano de análisis el problema relativo a los derechos e intereses que se vean concernidos por la revelación o, incluso, por la difusión pública de elementos del sumario que hayan permanecido hasta aquel momento bajo secreto, pues, en este segundo nivel de estudio, puede hablarse de dos categorías de derechos o intereses, en función de cómo incida en sus titulares aquel acceso o difusión de la información contenida en las actuaciones. Puede hablarse en este sentido de los derechos o intereses afectados por la revelación en sí mismo considerada o, por el contrario, de que tal conocimiento revelado y su eventual difusión pueda haber permitido la efectiva satisfacción de su contenido. Veámoslos por separado.

3.1. Derechos e intereses afectados por el secreto

Ya he adelantado *supra* que la afectación del secreto, entendido en su más amplia manifestación, que abarque a las dos modalidades anteriormente estudiadas, presenta dos diferentes y, al mismo tiempo, contrarias caras de una misma moneda.

De una parte, el secreto tiene una dimensión positiva y favorable, en la medida en que, fundamentalmente la *reserva* del art. 301.1 LECrim., trata de preservar la privacidad de los datos y elementos personales de la víctima, particularmente si esta tiene la condición de especialmente vulnerable³⁴. Del mismo modo, la necesaria “*reserva*”, que deben guardar los órganos de la Administración de Justicia intervinientes así como las partes personadas, sobre el conjunto de las diligencias sumariales practicadas, tiene por objeto proteger, respecto del investigado, no sólo su fama y buen nombre, su intimidad y su propia imagen, conceptos todos ellos encuadrados en el art. 18.1 CE, cuanto también la efectividad de sus derechos y garantías procesales del art. 24 CE, particularmente la de su derecho a la presunción de inocencia, en el sentido de ser tratado aquél como tal inocente, en tanto no recaiga una sentencia condenatoria firme.

En cambio, el “*secreto*” del art. 302 LECrim. representa la otra cara de la misma moneda, en este caso eventualmente desfavorable o negativa para el investigado, toda vez que, con el objetivo de alcanzar un fin de interés general como el de la eficaz persecución del hecho delictivo, su esclarecimiento y la presunta participación del investigado en los mismos, el curso de las investigaciones permanecerá oculto al conocimiento del mismo, durante un determinado período de tiempo.

3.2. La revelación y difusión de lo actuado bajo secreto

3.2.1. Consideraciones preliminares

El enunciado de este epígrafe da a entender que, en los supuestos en que el contenido de unas diligencias de investigación se pone en conocimiento de las partes y tienen acceso al mismo o se extiende este conocimiento a terceros y llega a hacerse público, nos encontraremos en un escenario judicial en el que, o bien ha sido previamente dictada una resolución dentro del procedimiento penal que acordó el alzamiento del secreto y los intervinientes, con la debida reserva y a través de cauces oficiales, ponen en público conocimiento los datos del proceso que no comprometan el buen fin de la instrucción³⁵, en cuyo caso la actuación se adecuaría a

³⁴ El art. 22 de la Ley 4/2015, sobre el “*estatuto de la víctima de delitos*” dispone que: “*Los Jueces, Tribunales, Fiscales y las demás autoridades y funcionarios encargados de la investigación penal, así como todos aquellos que de cualquier modo intervengan o participen en el proceso, adoptarán, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley, las medidas necesarias para proteger la intimidad de todas las víctimas y de sus familiares y, en particular, para impedir la difusión de cualquier información que pueda facilitar la identificación de las víctimas menores de edad o de víctimas con discapacidad necesitadas de especial protección*”.

³⁵ Por ejemplo, a través de las notas de prensa oficiales emitidas por Oficinas de comunicación dependientes del Poder Judicial (Oficina de Comunicación del CGPJ a la que se refiere el art. 620 LOPJ, a través del Protocolo de comunicación de la Justicia de 2015, aprobado por el CGPJ, que contempla la puesta en conocimiento de los medios de comunicación de actuaciones judiciales

las exigencias formales establecidas en la norma procesal, sin perjuicio de que, en su caso, el Auto dictado pudiera ser objeto de recurso por las partes o por el Ministerio Fiscal, en caso de disconformidad con el levantamiento del secreto. O bien, el acceso a terceros y, en su caso, la eventual publicación y difusión del contenido se produce de modo irregular, en virtud de lo que se conoce como “filtración” en el lenguaje periodístico, esto es, al margen de la actuación judicial, que no haya modificado el estado secreto de las diligencias y que, sin embargo, todo o parte del contenido de lo actuado haya trascendido a la opinión pública.

Esta última situación es la que origina un verdadero conflicto de derechos e intereses contrapuestos, sobre los que existe una numerosa literatura doctrinal y, del mismo modo, una copiosa jurisprudencia a la que vamos a hacer referencia de manera detallada.

3.2.2. Planteamiento general

Desde luego, habría que comenzar señalando que, en uno de los lados de la cuestión, hay que situar el conjunto de derechos e intereses legítimos que se hallan bajo la protección del secreto sumarial acordado y a los que he hecho somera referencia en el anterior apartado. Se trataría, pues, de poner en valor los derechos fundamentales agrupados en torno a la privacidad, que tienden a preservar valores personalísimos de los directamente relacionados con el proceso, esto es la víctima y el investigado, si bien, respecto de este último habría que reconocer que el acceso al conocimiento de la existencia y del contenido de diligencias de investigación hasta entonces secretas e ignoradas para él, favorece el ejercicio de su derecho de defensa, en la medida en que, aunque lo haya sido por una vía que podríamos apuntar como irregular, para no hacer ninguna valoración jurídica inicial sobre la fuente de conocimiento de la noticia y el modo en que dicha noticia haya llegado hasta aquél, el investigado podrá ya saber que han sido practicadas determinadas actuaciones policiales o judiciales contra el mismo y podrá construir una estrategia procesal de defensa que, cuando el secreto del sumario sea alzado oficialmente, podrá ya poner en práctica.

De otro lado, el acceso al contenido del sumario permite que importantes libertades públicas³⁶ vean colmado y satisfecho su deseo de comunicar y difundir, así como de recibir³⁷, informaciones o pensamientos, ideas u opiniones que se refieren a una materia, como es la de la crónica de los procesos penales, que tiene un indudable interés público³⁸. Se habría obtenido una

que se lleven a cabo por juzgados y tribunales y que resulten relevantes para el interés público o, en el caso del Ministerio Fiscal, cumpliendo los criterios establecidos en el apartado V de la Instrucción 3/2005, de 7 de abril “sobre las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación”, o los igualmente recogidos en la Circular 4/2013, de 30 de diciembre de 2013, “sobre las diligencias de investigación”.

³⁶ Las libertades de expresión e información cuyo contenido diverso es distinguido por la doctrina del Tribunal Constitucional. En este sentido, la STC 24/2019, de 25 de febrero, FJ 4 destaca que: “[e]ste Tribunal viene distinguiendo, desde la STC 104/1986, de 17 de julio, entre el derecho que garantiza la libertad de expresión, cuyo objeto son los pensamientos, ideas y opiniones (concepto amplio que incluye las apreciaciones y los juicios de valor) y el derecho a comunicar información, que se refiere a la difusión de aquellos hechos que merecen ser considerados noticiables. Esta distinción entre pensamientos, ideas y opiniones, de un lado, y comunicación informativa de hechos, de otro, tiene una importancia decisiva a la hora de determinar la legitimidad del ejercicio de esas libertades, pues mientras los hechos son susceptibles de prueba, las opiniones o juicios de valor, por su misma naturaleza, no se prestan a una demostración de exactitud, y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación, que condiciona, en cambio, la legitimidad del derecho de información por expreso mandato constitucional, que ha añadido al término ‘información’, en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo ‘veraz’ (SSTC 278/2005, de 7 de noviembre, FJ 2; 174/2006, de 5 de junio, FJ 3; 29/2009, de 26 de enero, FJ 2, y 50/2010, de 4 de octubre, FJ 4)”.

³⁷ El TC no ha sido muy preciso a la hora de definir el contenido constitucional del derecho a recibir información, pues tan sólo ha afirmado que, desde la perspectiva de su dimensión objetiva, incorpora el interés colectivo en ser informado verazmente sobre asuntos con relevancia pública, y, desde su visión subjetiva, se trata de un derecho individual de libertad y no de prestación (STC 220/1991, de 25 de noviembre, FJ 5). (se trata de un derecho de informarse y no de ser informado).

³⁸ Hay que decir, no obstante, que el concepto de “interés público”, en primer lugar, “no es coincidente con el simple interés del público, la simple satisfacción de la curiosidad ajena, o la simple finalidad de provocar o generar polémica” [por todas, la STC 25/2019, de 28 de febrero, FJ 2 c)]. Y, en segundo término, no siempre es sinónimo del denominado “interés periodístico” o quizá más bien del “interés del periodista”, puesto que, de una parte, a día de hoy, se aprecia la existencia de una competencia muy enconada en el mundo de la comunicación, no sólo ya por la búsqueda del conocimiento y difusión de la noticia, cuanto más por la obtención de la primicia informativa sobre el hecho noticioso, para de este modo difundirla el primero, anticipándose al resto de los colegas de otros medios. Por otro lado, no siempre el interés general, entendido como interés público que se apoya en la idea de contribuir a la formación de un estado de opinión pública libre, como fundamento de una sociedad democrática y participativa de los ciudadanos, es coincidente con el “interés empresarial” de los medios de comunicación que, además del propio interés general y público, actúan también en pos de la obtención de la necesaria rentabilidad económica que les haga subsistir, amén, en numerosos casos, de la defensa de un determinado ideario o posición social e, incluso, erigiéndose, a veces, en verdaderos lobbies o grupos

información que, con el debido contraste de veracidad, quedaría amparada por la libertad de información y, en su caso, también de expresión³⁹ reconocidas en el art. 20.1 CE, al dar publicidad y difusión de noticias sobre el contenido de procesos judiciales aún en fase de instrucción o a compartir en público determinadas ideas, pensamientos o valoraciones respecto de hechos sumariales a los que se haya tenido acceso, con objeto de crear estados de opinión pública sobre lo actuado hasta aquel momento en el proceso tramitado bajo secreto.

El Tribunal Constitucional⁴⁰ ha destacado que *“el ejercicio de los derechos fundamentales a las libertades de expresión e información garantiza un interés constitucional relevante: la formación y existencia de una opinión pública libre, garantía que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática. Para que el ciudadano pueda formar libremente sus opiniones y participar de modo responsable en los asuntos públicos ha de ser también informado ampliamente, de modo que pueda ponderar opiniones diversas e incluso contrapuestas. Por ello, el Alto Tribunal, de modo reiterado, ha declarado que “recibe una especial protección constitucional la información veraz referida a asuntos de interés general o relevancia pública, requisito éste que deriva tanto del contenido como de la finalidad misma del derecho reconocido en el art. 20.1 d) CE”⁴¹, de manera que el derecho a comunicar y a emitir libremente información veraz no otorga a sus titulares un poder ilimitado sobre cualquier ámbito de la realidad, sino que, al venir reconocido como medio de formación de la opinión pública, solamente puede legitimar las intromisiones en otros derechos fundamentales que guarden congruencia con la finalidad expresada, careciendo de efecto legitimador cuando se ejercite de modo desmesurado y exorbitante al fin en atención al cual la Constitución le atribuye especial protección. El TEDH recuerda al respecto que *“la prensa juega un papel importante en una sociedad democrática: aunque no debe rebasar ciertos límites, principalmente en cuanto a la reputación y los derechos de terceros así como a la necesidad de impedir la divulgación de información confidencial, le corresponde por el contrario comunicar, respetando sus deberes y sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general”⁴².**

de presión de influencia política o frente a los poderes públicos instituidos, para los que la información persistente sobre casos judiciales relacionados con la corrupción política les ha procurado en tiempos recientes una cierta posición de privilegio dentro de los círculos de poder y un relativo prestigio social, además de erigirse en referente obligado para los ciudadanos.

³⁹ El concepto amplio de *“libertad de expresión”* que aparece descrito en el art. 20.1 a) CE bajo el enunciado descriptivo de *“pensamiento, ideas y opiniones”* engloba el ejercicio de una libertad que tiene por objeto las apreciaciones, creencias y/o juicios de valor personales que no sean formalmente injuriosos e innecesarios para el mensaje que se desea transmitir, aunque puedan resultar molestos e incluso hirientes. En este sentido, el Alto Tribunal recuerda que dos de los criterios o pautas que al respecto figuran de modo constante, son, de una parte, que las expresiones que puedan inicialmente afectar al honor ajeno, por afrentosas o ultrajantes, sólo podrían decirse legítimas, en su caso, si fueron, atendido el contexto, necesarias o pertinentes para el discurso en que se integraron, pues es patente que si esas expresiones acaso afectantes al honor se realizan al margen de dicha relación con el discurso en que se inscriben o, en tal caso, sin una mínima base fáctica que les dé soporte bastante estaremos ante una conducta que la Constitución no ampara. Desde la STC 85/1992, de 11 de junio, FJ 4, el Tribunal ha destacado que la norma fundamental no reconoce ni admite un supuesto «derecho al insulto», que sería inconciliable, de modo radical, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE). (STC 65/2015, de 13 de abril, FJ 3. De otro lado, también señala el Tribunal que *“que, tratándose de asuntos públicos, las personas con esa misma condición quedan expuestas a inquisiciones y críticas especialmente intensas e incisivas y superiores, en todo caso, a las que suelen resultar tolerables entre los ciudadanos del común –críticas que, en principio, debieran soportar esas personas involucradas en la vida pública–, no lo es menos que incluso los personajes y los servidores públicos no pierden en modo alguno, por serlo, su derecho al honor..., so pena de admitir –lo que en modo alguno puede hacerse– que quien actúe en el escenario público quede a merced, sin límite, de cualesquiera inactivas o ultrajes que menoscaben su reputación o su buen nombre”* (STC 65/2015, ya citada, FJ 3). Asimismo, sobre el contenido y límites de la libertad de expresión puede consultarse la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional recogida en la STC 177/2015, de 22 de julio, FJ 2. Hay que señalar, no obstante, que el fallo desestimatorio del recurso de amparo que dictó esta sentencia (caso de la quema del retrato de los Reyes de España) fue revocado por la STEDH (Sección 3ª), de 13 de marzo de 2018 (caso Stern Taulats y Roura Capellera contra España), que apreció vulneración del derecho de los recurrentes a la libertad de expresión del art. 10 CEDH.

⁴⁰ Por todas, la STC 185/2002, de 14 de octubre, FJ 3.

⁴¹ Continúa la misma STC 185/2002, FJ 3.

⁴² STEDH de 24 de abril de 2008 (Sección 2ª) caso Campos Dâmaso contra Portugal: & 30. Se trataba de un periodista portugués que escribió determinados artículos sobre una personalidad política de aquel país (Vicepresidente de un partido que se encontraba entonces en el poder) en los que denunciaba que éste se hallaba implicado en presuntos delitos de estafa y fraude fiscal. A raíz de la publicación de aquellos artículos, el Fiscal abrió una investigación sobre los hechos y cuando formuló sus cargos ante el órgano judicial, el periodista publicó los cargos del Fiscal en un medio de comunicación cuando aún se no había levantado el secreto de las actuaciones. Los tribunales portugueses condenaron al recurrente por delito de descubrimiento y revelación de secretos, si bien el TEDH apreció finalmente la vulneración del art. 10 CEDH.

En el mismo sentido, la importante Recomendación 13 (2003) del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 10 de julio de 2003, *“sobre la difusión de información por los medios de comunicación en relación con los procedimientos penales”*, estableció un conjunto de sugerencias relativas a esta materia, que, en síntesis, es posible resumir en las siguientes ideas:

- a. Se recuerda el derecho de los medios de comunicación a informar al público y el derecho de éste a recibir información sobre la existencia y estado de los procesos judiciales, en cuanto que se trata de cuestiones de interés público.
- b. Se recuerda, igualmente, la necesidad de que, si bien los reportajes sobre el desarrollo de los procesos hace visible la función disuasoria del derecho penal y permite al público ejercer un derecho de control sobre el funcionamiento de la justicia penal, deben también aquellos respetar los derechos a la presunción de inocencia, a un proceso justo y equitativo y al respeto a la vida privada y familiar, garantizados por los arts. 6 y 8 CEDH.

Finalmente, se hacen, en forma de principios de actuación, determinadas recomendaciones a los Estados miembros⁴³.

También, la Fiscalía General del Estado, a través de su Instrucción 3/2005, de 7 de abril, Circular 4/2013 de 30 de diciembre y Consulta 1/2015, de 18 de noviembre, todas ellas referentes a las relaciones del Ministerio Fiscal con los medios de comunicación⁴⁴, se hace eco de esta problemática y ha insistido en señalar que es necesario *“llegar a un punto de equilibrio entre el respeto al principio de reserva que debe presidir la fase de investigación por su propia naturaleza y la posibilidad, si concurre una demanda por ser los hechos noticiosos, de proporcionar información sobre los hechos por los que se sigue el procedimiento y sobre las decisiones adoptadas, excluyendo los datos que por afectar a la investigación deben considerarse sensibles o que puedan afectar de forma desproporcionada al honor de las personas o a la presunción de inocencia”*.

⁴³ En la Recomendación 13 (2003) de referencia se contienen hasta 18 principios, de los que los más significativos, en relación con la fase sumarial que es objeto de este trabajo, son los siguientes:

Principio 1 - *Información del público a través de los medios de comunicación*: El público debe poder recibir información sobre las actividades de las autoridades judiciales y los servicios de policía a través de los medios de comunicación. Por lo tanto, los periodistas deben poder informar y comentar libremente sobre el funcionamiento del sistema de justicia penal, sujeto a las limitaciones previstas en los siguientes principios.

Principio 3 - *Exactitud de la información*. Las autoridades judiciales y los servicios policiales deben proporcionar a los medios sólo información verificada o información basada en presunciones razonables. En este último caso, esto debe indicarse claramente a los medios de comunicación.

Principio 4 - *Acceso a la información*. Cuando los periodistas han obtenido legalmente información en el contexto de los procesos penales en curso de las autoridades judiciales o de los servicios policiales, esas autoridades y servicios deben poner a disposición dicha información, sin discriminación, a todos los periodistas que realizan o han hecho la misma solicitud.

Principio 5 - *Formas de proporcionar información a los medios de comunicación*. Cuando las propias autoridades judiciales y los servicios de policía hayan decidido proporcionar información a los medios de comunicación en el contexto de los procesos penales en curso, dicha información debe proporcionarse de manera no discriminatoria y, siempre que sea posible, mediante comunicados de prensa, conferencias de prensa a cargo de funcionarios autorizados, o medios autorizados similares.

Principio 6 - *Información regular durante el proceso penal*. En el contexto de los procedimientos penales de interés público u otros procedimientos penales que han recibido la atención particular del público, las autoridades judiciales y los servicios de policía deben informar a los medios de comunicación sobre sus actos esenciales, siempre que esto no perjudique el secreto de las investigaciones y la policía. En los casos de procedimientos penales que continúan durante un largo período, esta información debe proporcionarse regularmente.

Principio 8 - *Protección de la privacidad en el contexto de un proceso penal en curso*. El suministro de información sobre sospechosos, personas acusadas o condenadas u otras partes en procesos penales debe respetar su derecho a la protección de la privacidad de conformidad con el artículo 8 de la Convención. Se debe brindar protección especial a las partes que son menores de edad u otras personas vulnerables, así como a las víctimas, a los testigos y a las familias de los sospechosos, acusados y condenados. En todos los casos, se debe prestar especial atención al efecto perjudicial que la divulgación de información que permita su identificación pueda tener sobre las personas a las que se hace referencia en este Principio.

⁴⁴ También guarda relación con la materia la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo que incluía un Apartado II dedicado al deber del Ministerio Fiscal de velar por el secreto del sumario, en la que se indicaba que *“La intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos de un delito favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos*. También puede citarse la afeña Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1928, en la que se insistía en la necesidad de preservar el secreto del sumario y de que el Ministerio Fiscal velara por su cumplimiento.

3.2.3. Posición de la Jurisprudencia

La Jurisprudencia europea⁴⁵ y también la nacional⁴⁶ han abordado con reiteración el enjuiciamiento y toma de decisión sobre múltiples supuestos en los que se ha abordado el problema de la difusión, a través de los medios de comunicación, de noticias relacionadas con los procesos judiciales abiertos, especialmente en materias relacionadas con la corrupción política, como también de intensa sensibilidad social o que afecten a la fama y reputación de personajes con relevancia pública, en las más diversas facetas de la realidad social, cultural, política o económica.

3.2.3.1. Doctrina del TEDH

En el ámbito del TEDH, el supuesto de hecho enjuiciado con mayor frecuencia es el de la difusión, a través de un medio de comunicación, de información relacionada con la investigación criminal realizada por un órgano de la Administración de Justicia (Fiscal u órgano judicial, en función del sistema procesal correspondiente), en el curso de un proceso penal que permanecía bajo secreto, acordado previamente por la Autoridad competente, para preservar la seguridad de las víctimas o procurar la buena finalización de aquellas investigaciones. En consecuencia, la gran mayoría de las resoluciones del Alto Tribunal atienden al conflicto de derechos e intereses legítimos que, de una parte, se apoya en las libertades de información y de expresión del art.10 CEDH y, de otro lado, tiene su sustento en la preservación de los fines de interés general anteriormente expuestos, si bien el punto de partida siempre es el de la preeminencia del derecho a la libertad de expresión⁴⁷ invocado. Además, en todos los casos analizados, se desconoció la fuente de conocimiento de la información porque el profesional del medio de comunicación se acogió al secreto correspondiente y se negó a revelar el origen de la información obtenida y ello conllevó una condena penal o, en el mejor de los casos, una sanción pecuniaria administrativa, por infringir el régimen legal del secreto impuesto por la norma interna correspondiente.

Para la resolución del proceso el TEDH⁴⁸ enjuicia la alegada vulneración del art. 10 CEDH utilizando para ello el canon de enjuiciamiento que es característico de las resoluciones de este Tribunal cuando aborda el conflicto entre derechos reconocidos en el Convenio de 1950 e intereses generales que invoca el Estado miembro correspondiente. La llamada regla de los tres pasos o etapas en el análisis del caso concreto determinan el fallo final, a favor o en contra de las pretensiones de los recurrentes.

Así, el Tribunal comienza, en el primer estadio de su enjuiciamiento, con el análisis de la normativa interna correspondiente, cuya aplicación haya servido de soporte para acordar el secreto de las actuaciones penales, al objeto de constatar si existe tal previsión legislativa y verificar después si aquella normativa se ajusta al requisito de la “calidad” de la Ley, en el triple plano de que la norma que regule la limitación del derecho exista con anterioridad a su aplicación, resulte inteligible en la descripción de la correspondiente conducta y sea previsible en las consecuencias jurídicas que se deriven de su incumplimiento⁴⁹.

Acto seguido, aborda el estudio de la siguiente etapa, que guarda relación con la constatación de si aquella previsión legislativa y la aplicación de la limitación del derecho, causada por la

⁴⁵ Sin ánimo de ser exhaustivos podemos destacar, de entre los más recientes, los de las SSTEDH de 24 de abril de 2008 (Sección 2ª), caso Campos Dâmaso contra Portugal; 19 de enero de 2010, caso Laranjeira Marqués da Silva contra Portugal; 28 de junio de 2012 (Sección 5ª), caso Ressirot y otros contra Francia; 29 de marzo de 2016 (Gran Sala), caso Bédât contra Suiza; 1 de junio de 2017, (Sección 5ª), caso Giesbert y otros contra Francia; 6 de junio de 2017 (Sección 3ª) Caso Y (anónimo) contra Suiza;

⁴⁶ Son múltiples los pronunciamientos de los Tribunales Constitucional y Supremo sobre esta materia que, además, han ido enfocando el eje central de su enjuiciamiento desde diferentes perspectivas, en función de los derechos o intereses legítimos en conflicto. A lo largo de este trabajo se recogen diversas resoluciones de ambos Tribunales, por lo que entiendo que, en lugar de citarlas en este apartado, me he ido refiriendo a ellas en función del tema abordado.

⁴⁷ En la doctrina del TEDH se alude a la libertad de expresión, en referencia a ambas libertades del art. 20.1 CE.

⁴⁸ Resulta significativo, a este respecto, por tratarse de una resolución de la Gran Sala, la STEDH de 29 de marzo de 2016, en el caso Bédât contra Suiza.

⁴⁹ STEDH de 24 de noviembre de 2005, (Sección 1ª), Caso Tourancheau y July contra Francia. & 54: “la accesibilidad de ésta a las personas en cuestión y una redacción lo suficientemente precisa para permitirles prever, hasta un grado razonable en las circunstancias de la causa, las consecuencias que pudiesen resultar de un acto determinado”.

declaración del secreto, en cuanto excepción a la regla general de la publicidad de las actuaciones, obedece a un *“fin legítimo”*, entendiéndose por tal aquel que tenga que ver, bien con los derechos individuales de la víctima o del sujeto pasivo del proceso, que son los relacionados con el ámbito de la vida privada personal y familiar del art. 8, el proceso justo y equitativo y la presunción de inocencia del art. 6; o bien, si la injerencia tiene como finalidad la buena administración de la justicia evitando toda influencia externa sobre el uso de aquella. Hay que señalar que el control del Tribunal es un control meramente externo o formal, en la medida en que se ajusta de modo exclusivo a valorar si los órganos judiciales nacionales han razonado, sobre la concurrencia en el caso, de todos o de algunos de los fines legítimos previstos en la normativa interna, sin que el Alto Tribunal pueda suplirles en aquella argumentación y realizar *motu proprio* su enjuiciamiento de fondo sobre la concurrencia de este requisito.

Superada la etapa anterior, el Tribunal realiza el estudio del último escalón de su enjuiciamiento, que consiste en verificar si la injerencia en el principio de publicidad acordada resulta *“necesaria en una sociedad democrática”*. Se trata, en realidad, de lo que, en la doctrina del Tribunal Constitucional, se denomina *“test de proporcionalidad”*, ajustando, pues, el enjuiciamiento a la adecuación, necesidad y juicio de proporcionalidad en sentido estricto de la limitación de la libertad de expresión que, en relación con esta faceta, conlleva el secreto del sumario.

El Tribunal, partiendo de que la libertad de expresión (habría que incluir también la de información) constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y de que las garantías a conceder a los medios de comunicación son de particular importancia, también recuerda que éstos no deben traspasar ciertos límites, los que ya hemos enunciado anteriormente, que responden a la necesidad de preservar los derechos de las partes y el buen resultado del proceso.

A partir de estas consideraciones, el Tribunal⁵⁰ pone el acento en que la *“necesidad”* de una restricción del ejercicio de la libertad de expresión debe reunir las características de que la injerencia en el derecho obedezca a una *“necesidad social imperiosa”*, las razones dadas por las autoridades nacionales para justificar la injerencia deben ser *“relevantes y suficientes”* y, además *“debe[n] establecerse de manera convincente”*⁵¹ y, si bien reconoce que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación para llevar a efecto esta labor de valoración, es al Tribunal europeo al que corresponde la última decisión sobre la injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión, teniendo en cuenta el conjunto de circunstancias que concurran en el asunto de autos y las argumentaciones de los órganos judiciales del Estado sobre aquellas en relación con el secreto acordado, para determinar⁵², finalmente, si los motivos invocados por las autoridades nacionales *“parecen pertinentes y suficientes”*. Finalmente, si el profesional del medio de comunicación es condenado o sancionado penal o administrativamente, el Tribunal europeo también aplica el juicio de proporcionalidad a la pena o multa impuesta para ver si ésta se corresponde con la entidad de la infracción cometida, dado que la imposición de la misma puede tener un *“efecto disuasorio”* en el ejercicio de la libertad de expresión⁵³.

⁵⁰ STEDH de 29 de marzo de 2016. Caso Bédat ya citado. &48.

⁵¹ Las SSTEDH de 28 de junio de 2011 y de 22 de marzo de 2016, casos Pinto Coelho I y II contra Portugal, recogen con todo detalle esta última exigencia del test de proporcionalidad que es propio del Tribunal Europeo. En el primero de los casos, Sofia Pinto Coelho, una periodista que trabajaba en un medio televisivo, mostró en el curso de un telediario dos documentos en facsímil que recogían el acta de acusación de la Fiscalía contra un Director de Policía Judicial al que el Ministerio Público imputaba haber revelado a los medios de comunicación las órdenes de entrada y registro acordadas judicialmente para efectuar las correspondientes diligencias en las instalaciones de una Universidad Privada, por un delito económico, antes de que las actuaciones se llevaran a efecto. En el segundo caso, esta misma periodista fue condenada por haber difundido a través del medio televisivo para el que trabajaba una parte de las grabaciones de los testimonios de diferentes personas en una causa seguida contra un ciudadano caboverdiano, sin autorización del Tribunal que celebraba el juicio, con objeto de denunciar posibles irregularidades en la prueba practicada, toda vez que aquel había sido denunciado por delito de robo agravado y en el acto del juicio no fue reconocido por el testigo de cargo.

⁵² En este sentido, la STEDH de 15 de diciembre de 2011, caso Mor contra Francia, declara en el &41 que *“en el ejercicio de su control el Tribunal debe analizar la injerencia en litigio a la luz de la totalidad del asunto, incluyendo la proporción de los propósitos del demandante y el contexto en el que se han expresado, para determinar si estaba basado en ‘una necesidad social imperiosa’ y era ‘proporcionado al objetivo legítimo perseguido’ y si las razones invocadas por las autoridades nacionales para justificarlas eran ‘pertinentes y suficientes’”*.

⁵³ STEDH de 28 de junio de 2011, caso Pinto Coelho ya citada. &39. En el mismo sentido, la STEDH de 24 de abril de 2008. Caso Campos Dâmaso contra Portugal. &39.

El análisis de las injerencias en la libertad de expresión, causadas por la aplicación del secreto del sumario, no sólo se limita a los profesionales de los medios de comunicación, sino que se extiende también a los operadores jurídicos que intervienen en los procesos. A este respecto, especial relevancia tiene el estudio de esta problemática en relación con los abogados que representan y defienden a las partes en los procesos.

En tales casos, el Tribunal parte, también, de la preeminencia de la libertad de expresión y, a la hora de analizar su actuación, distingue según que las expresiones proferidas lo sean dentro de la sala o sede del órgano judicial, con motivo de una vista oral o de otra actuación procesal, o se trate de expresiones realizadas por aquél fuera de la Sala, aunque lo sea en defensa de su cliente⁵⁴. En este sentido, el Alto Tribunal⁵⁵, entiende que la protección del derecho es de la máxima intensidad cuando se trate de actuaciones que tengan lugar en el ejercicio de la asistencia letrada de su defendido y que se reputen necesarias para la eficaz defensa de aquél, toda vez que se anuda en este caso, no sólo la libertad de expresión en su genuino contenido sino también el ejercicio del derecho de defensa de un tercero. Dice, a este respecto, el Tribunal que *“el abogado tiene el deber de ‘defender con celo los intereses de sus clientes’, lo que le lleva en ocasiones a plantearse la necesidad de oponerse o no a la actitud del tribunal o de quejarse”*⁵⁶.

En cambio, cuando, aun en defensa de sus clientes, los abogados realizan comentarios públicos sobre el funcionamiento de la administración de justicia ante los medios de comunicación, también quedan amparados por los derechos citados (libertad de expresión y defensa de sus clientes), pero, en estos casos, sus críticas no pueden sobrepasar determinados límites. En este sentido, dice el Tribunal que *“se debe tener en cuenta el equilibrio a observar entre los diversos intereses concurrentes, que incluyen el derecho del público a estar informado sobre los asuntos que afectan al funcionamiento del poder judicial, los requisitos de una buena administración de la justicia y la dignidad de la profesión de los hombres de leyes. Las autoridades nacionales disfrutan de un cierto margen de apreciación al juzgar la necesidad de injerencia en este asunto, pero este margen va de la mano con un control europeo tanto de las normas como de las decisiones que las aplican”*⁵⁷.

Señala, también el Tribunal que *“los abogados no pueden efectuar declaraciones que superen los comentarios admisibles sin una sólida base fáctica y que tampoco pueden proferir injurias. El Tribunal observa las declaraciones en su contexto general, en especial para saber si pueden considerarse como engañosas o como un ataque gratuito y para garantizar que las expresiones utilizadas en el presente asunto presentan un vínculo suficientemente estrecho con los hechos de la causa”*⁵⁸.

3.2.3.2. Doctrina de los Tribunales españoles

Desde las perspectivas que les son propias, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, de modo particular sus Salas Primera y Segunda, han abordado con profusión el tratamiento de este particular conflicto entre las libertades de alcance colectivo, aunque de ejercicio individual, como son las de expresión y de información y, de otro lado, los derechos e intereses particulares de las partes así como de los de carácter general que subyacen en todo proceso penal declarado secreto.

⁵⁴ El Código Deontológico de la Abogacía, recientemente aprobado por el Pleno del Consejo General de la Abogacía en sesión celebrada el 6 de marzo de 2019, señala, además del derecho/deber del secreto profesional (art. 5) del abogado, en relación con asuntos de su cliente, el derecho a la libertad de expresión, con el límite del insulto, en el sentido de que *“[l]a libertad de expresión no legitima el insulto ni la descalificación gratuita”*. Art. 3.3. El nuevo Código, que ha sustituido al del año 2002, entró en vigor el día 10 de mayo de 2019.

⁵⁵ STEDH de 12 de febrero de 2019. Caso Pais Pires contra Portugal. & 61 y 62. En el mismo sentido, SSTEDH de 23 de abril de 2015, caso Morice contra Francia & 136 y ss; o de 12 de enero de 2016. Caso Rodríguez Ravelo contra España. &35 y ss.

⁵⁶ STEDH de 12 de febrero de 2019, caso Pais Pires contra Portugal, ya citada. & 61.

⁵⁷ STEDH 12 de enero de 2016, caso Rodríguez Ravelo contra España, ya citada. & 41.

⁵⁸ STEDH de 12 de febrero de 2019, caso Pais Pires contra Portugal, ya citada. & 62.

En lo que respecta al ejercicio de la libertad de información, que es la que, de ordinario, está concernida cuando se trata de información sobre actuaciones judiciales en la fase de instrucción de los procedimientos, el canon utilizado por nuestros tribunales es el de la “veracidad” en el sentido de que no se exige que los hechos narrados sean hechos reales, verdaderos o hayan quedado probados en la vía judicial, sino que se refiere a una labor de valoración de cuál haya sido el comportamiento del informador, al que se le impone un deber de diligencia en la comprobación, a través del contraste de hechos objetivo, de los hechos divulgados. Por tanto, la “veracidad” no excluye el error informativo, siempre que se haya obrado previamente con la diligencia exigible⁵⁹.

Por lo que se refiere al alcance e intensidad que debe tener esta diligencia del periodista a la hora de contrastar la noticia, el Tribunal ha señalado que *“no puede precisarse a priori y con carácter general, pues depende de las características concretas de la comunicación de que se trate por lo que su apreciación dependerá de las circunstancias del caso”*⁶⁰. En este sentido, el Tribunal ha establecido algunos criterios que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento de este requisito constitucional, como son, entre otros, el de que *“la noticia que se divulga puede suponer por su propio contenido un descrédito en la consideración de la persona a la que la información se refiere”*⁶¹, el del *“respeto a la presunción de inocencia”*⁶², *“el carácter del hecho noticioso, la fuente que proporciona la noticia, las posibilidades efectivas de contrastarla, etc.”*⁶³ y *“también debe valorarse a efectos de comprobar si el informador ha actuado con la diligencia que le es constitucionalmente exigible cuál sea el objeto de la información, pues no es lo mismo ‘la ordenación y presentación de hechos que el medio asume como propia’ o ‘la transmisión neutra de manifestaciones de otro’”*⁶⁴. Precisamente, esta última exigencia tiene su particular manifestación en el denominado *“reportaje neutral”*, en el que la diligencia del informador se cumple con la acreditación de haber contrastado la veracidad del hecho de la declaración, no el contenido de lo declarado, pues tal responsabilidad sólo es imputable al autor de aquella declaración⁶⁵.

Junto al canon o criterio de la “veracidad”, tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, aunque muy especialmente el primero, utilizan un segundo canon, que es el de la *“relevancia de la información publicada y difundida”*, para resolver el conflicto entre el ejercicio de las libertades de información y expresión y los derechos o intereses legítimos que se oponen a estas. Y, de este modo, el Tribunal Constitucional ha declarado que *“una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos...”*⁶⁶ o bien porque se hallan implicados en el caso *“personajes públicos”*, debiendo entender por tales *“las autoridades y funcionarios públicos, quienes deben soportar, en su condición de tales, el que las actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública y, en consecuencia, a que no sólo se divulgue información sobre lo que digan o hagan en el ejercicio de sus funciones, sino, incluso, sobre lo que digan o hagan al margen de las mismas, siempre que tenga una directa y evidente relación con el desempeño de sus cargos”*⁶⁷.

⁵⁹ STC 69/2006, de 13 de marzo, F.J 3. “[E]ste Tribunal ha establecido una consolidada doctrina, resumida en la STC 158/2003, de 15 de septiembre, F. 4, según la cual este requisito constitucional no va dirigido a la exigencia de una rigurosa y total exactitud en el contenido de la información, sino a negar la protección constitucional a los que transmiten como hechos verdaderos, bien simples rumores, carentes de toda constatación, o bien meras invenciones o insinuaciones sin comprobar su realidad mediante las oportunas averiguaciones propias de un profesional diligente; todo ello sin perjuicio de que su total exactitud puede ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado...”.

⁶⁰ SSTC 240/1992, de 21 de diciembre, FJ 7; 28/1996, de 26 de febrero, FJ 3, entre otras.

⁶¹ SSTC 28/1996, de 26 de febrero, FJ. 3; ó 192/1999, de 25 de octubre, FJ. 4.

⁶² SSTC 219/1992, de 3 de diciembre, FJ. 5; ó 28/1996, de 26 de febrero, FJ. 3.

⁶³ SSTC 21/2000, de 31 de enero, FJ. 6) ó 158/2003, de 15 de septiembre; FJ. 4).

⁶⁴ STC 28/1996, de 26 de febrero. FJ 3.

⁶⁵ SSTC 52/1996, de 26 de marzo. FJ 3; 54/2004, de 15 de abril, FJ 4; ó 68/2008, de 23 de junio, FJ 4.

⁶⁶ STC 134/1999, de 15 de julio. FJ 8. (Caso Sara Montiel, en relación con los reportajes salidos en una revista de difusión nacional acerca de eventuales irregularidades destacadas en el proceso de adopción de dos menores como hijos de aquella actriz.).

⁶⁷ STC 54/2004, de 15 de abril, FJ. 3: Sigue diciendo esta sentencia que *“en estos casos, y en tanto lo divulgado se refiera direc-*

Y ha precisado recientemente que *“la Constitución solo protege la transmisión de hechos ‘noticiales’ por su importancia o relevancia social para contribuir a la formación de la opinión pública, debiendo versar tales hechos sobre aspectos conectados a la proyección pública de la persona a la que se refiere o a las características del hecho en que esa persona se haya visto involucrada. De manera que ‘solo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático’ (STC 29/2009, de 26 de enero, FJ 4)”*⁶⁸.

Si la opinión o la información controvertida sirven a ese interés, los derechos o bienes constitucionalmente afectados por el mensaje deben sacrificarse en aras de aquella libertad de alcance colectivo. El Tribunal lo que hace en estos casos es ponderar los derechos en conflicto otorgando preeminencia a la libertad de información sobre los derechos de la privacidad, cuando la información revelada y difundida es veraz y tiene relevancia pública, en los términos que acabo de enunciar.

En el mismo sentido, la Jurisprudencia, particularmente la de la Sala Primera del Tribunal Supremo⁶⁹, a la hora de analizar el conflicto que se suscita entre la libertad de información y los derechos a la privacidad contenidos en el art. 18.1 CE, ha hecho referencia también a las exigencias de veracidad y relevancia pública de la noticia para ponderar la preeminencia de unos derechos sobre otros, tomando precisamente en consideración, como uno de los elementos a ponderar, el del origen y la fuente de las noticias.

Por su parte, la Sala Segunda del Alto Tribunal⁷⁰, desde la perspectiva de los diferentes delitos que aluden a la revelación de secretos en función de quiénes sean los sujetos activos de las conductas y de la modalidad del secreto de que se trate (reserva del art. 301.1 o secreto del art. 302 LECrim)⁷¹, también hace consideraciones en torno a informaciones periodísticas que difundan aspectos de presuntos hechos delictivos tramitados en procesos penales declarados secretos. Hay que tener en cuenta que el reconocimiento del secreto profesional de los infor-

tamente al ejercicio de las funciones públicas, no puede el individuo oponer sin más los derechos del art. 18.1 CE. Por el contrario, fuera de tales supuestos, y cuando lo divulgado venga acompañado de expresiones formalmente injuriosas o se refiera a cuestiones cuya revelación o divulgación es innecesaria para la información, es evidente que el personaje público es, a todos los efectos, un particular como cualquiera”.

⁶⁸ STC 25/2019, de 28 de febrero. FJ 3 (caso cámara oculta). Sobre la problemática relativa al uso de cámaras ocultas pueden consultarse también las SSTC 12/2012, de 30 de enero, 23 y 24/2012, ambas de 27 de febrero y 18/2015, de 16 de febrero.

⁶⁹ Ejemplo paradigmático de esta doctrina es la STS núm. 426/2017, de 6 de julio, de la Sala Primera del TS, que resuelve, a favor de la libertad de información, la alegada vulneración de sus derechos al honor y a la propia imagen de un acusado por delito contra la vida que resultó absuelto. Lo novedoso del supuesto que dio origen al litigio es la petición del titular de los derechos al honor y a la propia imagen de hacer uso del derecho al olvido para solicitar al periódico la eliminación del archivo digital en el que se contiene su imagen, no ya de la versión digital del periódico, sino también de su posterior indexación y reproducción en buscadores y sitios de Internet, cuando el uso de la imagen realizado por el diario demandado no permitía la identificación con nombres y apellidos del demandante. La imagen había sido tomada sin el consentimiento del acusado durante la celebración del juicio. Sobre la misma cuestión puede consultarse la STS núm. 836/2011, de 24 de noviembre, también de la Sala Primera y, asimismo, la STC 58/2018, de 4 de junio, sobre el denominado *“derecho al olvido”*.

⁷⁰ Como declara la STS 1191/1999, de 13 de julio, el bien jurídico protegido, en el art. 417 CP, es el buen funcionamiento de las Administraciones Públicas y, en definitiva, el bien común como prioritario objetivo a que va dirigido el desempeño de la actividad de los funcionarios que las integran, en tanto que la revelación de los secretos e informaciones no divulgables irrogan un perjuicio de mayor o menor relevancia al servicio que la Administración presta a los ciudadanos. Añade la STS 584/98, de 14 de mayo, que la ley protege el deber de sigilo de los funcionarios, incluyendo las informaciones que por su propia naturaleza son reservadas, sin necesidad de calificación formal de secretos. No obstante, debe matizarse, conforme a la primera de las sentencias citadas, que nos encontramos con un tipo penal abierto por imperativo de la realidad, toda vez que no resulta posible establecer causalmente en la norma los secretos e informaciones concretas cuya revelación integre la conducta típica. Por ello, debemos atender a la relevancia del hecho, porque cuando el quebrantamiento del deber de sigilo y discreción ocasione un perjuicio de menor entidad a la causa pública, la conducta permanecerá en el ámbito de la infracción administrativa, pero cuando el daño generado al servicio público –o a un tercero– adquiera una cierta relevancia, la conducta del funcionario desbordará el marco de la ilicitud administrativa para integrar un ilícito penal.

⁷¹ Particularmente, el delito tipificado en el art. 417 CP que, dentro del capítulo IV del Título XIX (delitos contra la Administración Pública) castiga a las autoridades o funcionarios públicos que revelaren secretos de los que tengan conocimiento por razón de su cargo y que no deban ser divulgados, figura que se predica, en relación con la materia que estudiamos, de la reserva general o secreto *“externo”*, al que se refiere el art. 301.1 LECrim; o las conductas contempladas en el art. 466 CP, encuadrado dentro del Capítulo VII, del Título XX, de los *“delitos contra la Administración de Justicia”*, que se refiere a la revelación de datos de un procedimiento penal previamente declarado secreto por una resolución judicial, esto es, en referencia al denominado secreto *“interno”* regulado en el art. 302 LECrim..

madores puede servir en muchas ocasiones de cobertura a conductas de revelación indebida de información que procede, por lo general, de fuentes estrechamente relacionadas con los procesos judiciales y que, particularmente en las actuaciones sobre las que ha recaído una resolución judicial acordando el secreto, han de permanecer ocultas por tener precisamente este carácter secreto. En estos casos de filtraciones de documentos o informaciones, quien entrega o suministra el documento o la información, es al tiempo la fuente de la noticia de manera que, el secreto profesional se mueve, en este caso, entre la protección del interés público en conocer la información y el interés del titular o depositario de la información en que su identidad permanezca oculta, para evitar las consecuencias del incumplimiento de su deber de secreto.

A este respecto, señala que al delito de revelación de secretos, relacionado con la difusión del contenido de actuaciones procesales, se le debe dar un contenido restrictivo. No es lo mismo difundir incidencias procesales, dando cuenta simplemente de su celebración, que divulgar el contenido específico y literal de la diligencia practicada sacando a la luz pública aquello que por su particular naturaleza debe permanecer secreto. Al mismo tiempo, se precisa que el secreto no puede expandirse mecánicamente a cualquier información o transmisión de informaciones, sobre aspectos genéricos de su contenido o sobre valoraciones sociológicas derivadas de la naturaleza de los hechos investigados. Por último, señalar que la identificación del autor de la filtración, las circunstancias en que ésta se haya producido y la entidad de los datos o elementos de hecho puestos en público conocimiento son esenciales para la delimitación de las conductas y su tipificación penal.

3.2.4. El secreto profesional del periodista y las fuentes de información

Se trata ésta de una cuestión que está íntimamente relacionada con el ejercicio de las libertades de información y de expresión y que cobra especial intensidad en el ámbito de la denominada “*actividad de Tribunales*”, por cuanto el ámbito de actuación de aquel derecho fundamental se desenvuelve fundamentalmente en torno a la necesidad de preservar las fuentes de conocimiento de la información⁷² y, sobre todo, la identidad del informador que la facilita para que pueda llegar al conocimiento público. Diríase, pues, que la fuente de la que se obtiene la noticia es el presupuesto principal sobre el que se asienta el ejercicio del derecho del secreto profesional. Por ello, la primera labor del intérprete es la de proporcionar un concepto de fuente de conocimiento de la noticia sobre la que articular después el análisis del derecho al secreto profesional del periodista y los límites del ejercicio de este derecho, si es que los tiene.

Sobre este particular, el TEDH, en el caso *Nagla contra Letonia*⁷³, incorporó un concepto amplio de “*fente periodística*”, que incluye a “*toda persona que proporciona informaciones a un periodista*”, así como “*la información identificativa de una fuente*” y “*la parte no publicada de la información proporcionada por un periodista*” incluyendo sus notas y apuntes⁷⁴.

Esta conexión se aprecia desde el preciso momento en que, en muchos casos, para comprobar si el informador ha observado la debida diligencia en el contraste de la noticia que publica y difunde, será necesario acudir a las fuentes que le hayan proporcionado dicho conocimiento. Aquí es donde surge el nuevo problema, que tiene que ver con el “secreto profesional” del periodista. Cuando lo que se pretende es que el informador revele o ponga de manifiesto el origen de la noticia que ha transmitido, tratándose de un profesional de los medios de comunicación que ejerce labor de periodista y realiza su labor haciendo seguimiento de la “*crónica de tribunales*”, será el secreto profesional el que, en múltiples ocasiones, se invoque para preservar el origen de su fuente de conocimiento.

⁷² STEDH de 5 de octubre de 2017. Caso Becker contra Noruega. & 65 y ss.

⁷³ STEDH de 16 de julio de 2013, caso *Nagla contra Letonia*. & 81

⁷⁴ En realidad, este concepto lo tomó del concepto de secreto profesional del periodista recogido en la Recomendación (2000) 7, de 8 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

El periodista necesita estar bien informado para poder desarrollar su labor divulgativa de la noticia. Se trata de un derecho⁷⁵ reconocido en el art. 20.1. d) CE que le protege⁷⁶, no sólo frente a terceros, particularmente los poderes públicos, sino también frente al propio medio de comunicación para el que trabaja⁷⁷. Como ha tenido ocasión de destacar el profesor Marc Carrillo, *“lo que persigue el secreto es guardar discreción sobre la identidad de la fuente para asegurar el derecho a la información; es dar garantías jurídicas que aseguren su anonimato y evitar las posibles represalias que puedan derivarse después de haber desvelado una información. El periodista debe asumir esta exigencia en la medida en que también está en juego su propia credibilidad ante la fuente informativa. El interés público de la noticia justifica su difusión, que prevalece sobre la identidad del confidente”*.⁷⁸

En palabras del TEDH *“la protección de las fuentes periodísticas es una de las piedras angulares de la libertad de prensa... La ausencia de tal protección podría disuadir a las fuentes periodísticas de ayudar a la prensa a informar al público sobre cuestiones de interés general. En consecuencia, la prensa podría ser menos capaz de jugar su papel indispensable de «perro guardián» y su aptitud para suministrar informaciones precisas y fiables podría encontrarse reducida. Teniendo en cuenta la importancia que reviste la protección de las fuentes periodísticas para la libertad de la prensa en una sociedad democrática y el efecto negativo sobre el ejercicio de esta libertad que podría producir una resolución de divulgación, tal medida únicamente podría conciliarse con el artículo 10 del Convenio si estuviera justificada por un imperativo preponderante de interés público”*⁷⁹.

Pero, según refiere la Recomendación (2000) 7, de 8 de marzo del Comité de Ministros del Consejo de Europa, el secreto profesional del periodista va más allá del simple derecho al silencio o a no responder, puesto que se considera que determinadas medidas de control activo de la conducta del periodista (interceptación de sus telecomunicaciones, vigilancias, entradas y registros en los locales del medio de comunicación⁸⁰, etc.) no deberían poder utilizarse para averiguar las fuentes de información⁸¹, pues en tal caso se corre el riesgo de convertir el derecho al secreto profesional en un derecho de contenido meramente “formal” y no “material”.

La citada Recomendación destaca que la frase *“información que identifique a una fuente”* abarca distintos elementos de ésta que vienen incluidos en el concepto y que se extiende a los diferentes aspectos delimitadores de la identidad de aquella⁸², así como de las circunstancias

⁷⁵ Junto con la cláusula de conciencia, que ha sido desarrollada por la L.O. 2/1997, de 19 de junio, el secreto profesional del periodista no ha sido, en cambio, objeto de una normativa legal que delimite su ámbito, alcance, contenido y consecuencias jurídicas que pudieran derivarse de su incumplimiento.

⁷⁶ Es un derecho que protege al periodista y no a su fuente de información, además lo que preserva es la identidad del informante, no el contenido de lo que éste comunique. Este aspecto es relevante toda vez que, aunque el informante no tenga inconveniente en que se haga pública su identidad, el periodista puede acogerse al secreto y no revelar la fuente, si entiende que con ello preserva la libertad de información y la creación o el mantenimiento de la opinión pública sobre un hecho de relevancia pública. Este derecho tiene un doble fundamento, en primer lugar de carácter ético basado en el principio de confianza que el informador anónimo deposita en el profesional del medio que recibe la noticia; y, en segundo término, también un fundamento estratégico, puesto que si el profesional del medio revela la identidad de la fuente, habrá cerrado toda posibilidad a nuevas informaciones sobre el mismo o diferente hecho noticiable.

⁷⁷ El secreto profesional del periodista fue abordado en profundidad por la STEDH de 27 de marzo de 1996, caso Goodwin contra el Reino Unido, en el que se enjuició la condena por delito de desobediencia y multa de 5000 libras que le fue impuesta a un periodista (Willians Goodwin) que se había negado a revelar a la autoridad judicial la identidad de la fuente que le había informado de la mala situación financiera en la que se encontraba una empresa de informática, Tetra, que había solicitado un préstamo a una entidad bancaria.

⁷⁸ CARRILLO, Marc en *“La Cláusula de conciencia y el secreto profesional”*. Editorial Civitas. Madrid. 1993, pág. 177.

⁷⁹ STEDH de 27 de marzo de 1996, caso Goodwin contra el Reino Unido ya citada. & 39. Recientemente, la STEDH de 5 de octubre de 2017, caso Becker contra Noruega. & 71 a 84.

⁸⁰ Recientemente, en el pasado mes de diciembre de 2018, se publicó en los medios de comunicación una actuación judicial en las Islas Baleares que acordó la intervención de los teléfonos móviles y el decomiso de dos ordenadores de dos periodistas (una de la agencia de noticias Europa Press y el otro de Diario de Mallorca), para indagar sobre la fuente de información que le había facilitado el conocimiento de determinados hechos delictivos perseguidos en un procedimiento penal declarado secreto (Caso Cursach).

⁸¹ Principio 6 de la indicada Recomendación (2000) 7.

⁸² 1. El nombre y los datos personales, así como la voz y la imagen de la fuente; 2. Las circunstancias concretas de la obtención de las informaciones que recoja un periodista ante una fuente; 3. La parte no publicada de la información proporcionada por la fuente al periodista; y 4. Los datos personales de los periodistas y de sus dirigentes relacionados con su actividad profesional.

que hayan rodeado la obtención de la noticia. Ahora bien, la extensión protectora del derecho a tales circunstancias opera a los meros fines de la protección de la identidad de la fuente para, de ese modo, satisfacer el contenido esencial del derecho al secreto profesional. Pero la Recomendación reconoce, también, que, en determinados supuestos, la negativa a responder a los requerimientos de la autoridad pública puede no estar cubierta por el derecho al secreto, si lo que se pretende con tal negativa es la consecución de otros fines, como, por ejemplo procurar una situación de ventaja frente a otros medios de comunicación o incluso facilitar la impunidad de algún hecho delictivo que haya podido cometer el informador no identificado para obtener la información facilitada.

Así pues, cuando el profesional de un medio de comunicación publica una determinada información obtenida de unas actuaciones penales declaradas secretas, de una parte, habrá de estar en condiciones de justificar que la misma es veraz (deberá haberla contrastado previamente, en los términos que he señalado anteriormente) y que, además, posee relevancia pública, por la entidad del hecho o del personaje al que se refiera aquella, pero, también, si es requerido a ello, deberá aportar pruebas que contribuyan a acreditar tal veracidad, sin necesidad, eso sí de revelar la fuente de información, de identificar al informante o de que exista riesgo de que, con la divulgación, pueda llegar a conocerse la identidad de aquél o, en determinados casos, la de la víctima o perjudicado del hecho informado⁸³, particularmente cuando se trate de investigaciones penales que se sigan por delitos contra la vida, la integridad física o moral, o la libertad e indemnidad sexual, como más destacados de entre los de alcance personalísimo, o que hayan sido cometidos contra personas especialmente vulnerables⁸⁴.

Se concibe, pues, el derecho al secreto profesional, no sólo como beneficio individual y propio de quién lo invoca, en aras de preservar el libre ejercicio de la profesión periodística, sino también, en su dimensión colectiva de configurar una opinión pública libre, que permita también una transparencia en el desempeño del servicio público de la Justicia, a fin de acrecentar la confianza que los ciudadanos puedan tener en ésta.

Pero, junto al reconocimiento de este derecho, hay que reconocer que el mismo no debe ser absoluto, sino que, como cualquier otro derecho, encuentra, a mi modo de ver, tres limitaciones en su ejercicio:

En primer lugar, las que tienen que ver con el contenido de la información obtenida, que ha de ser contrastada en su veracidad, antes de publicarla y difundirla. Además, deberá ponderar si la información obtenida posee relevancia pública⁸⁵.

En segundo término, las que impone la preservación de otros derechos fundamentales e intereses legítimos, relacionados con la privacidad a los que se refiere el art. 20.4 CE, las garantías del art. 24 CE o con los fines perseguidos por la declaración del secreto sumarial.

Por último, entiendo que, también, hay determinados límites que derivarían de las propias condiciones de obtención de la información periodística, esto es de las denominadas “filtraciones”, que pueden hacer decaer el secreto profesional, tales como, por ejemplo, el de la eventual evitación de un delito, en cuyo caso el periodista está obligado a denunciar el hecho delictivo,

⁸³ Sobre la eventual vulneración del derecho a la intimidad de las partes implicadas en procesos penales y, más concretamente sobre la identificación de las víctimas es muy relevante la STS (Pleno) de la Sala Primera, núm. 91/2017, de 15 de febrero. El artículo periodístico contenía datos que permitían identificar a la víctima, que lo había sido por los disparos causados por su hermano, que luego se suicidó (se aludía a las iniciales de los apellidos de la víctima, al apodo con el que era conocido su hermano, la dirección del domicilio familiar o que su padre había sido médico en una localidad de la provincia).

⁸⁴ Mujeres víctimas de violencia de género, menores, discapacitados o ancianos.

⁸⁵ Sin ánimo de exhaustividad y respecto de la crónica de tribunales, es evidente que tienen relevancia pública los hechos que tengan que ver con un personaje público o con notoriedad pública (SSTC 11/2000, de 17 de enero, FJ 8; 112/2000, de 5 de mayo, FJ 7, o 148/2001, de 27 de junio, FJ 6) y si se trata de autoridades o funcionarios públicos, cuando el hecho noticiable esté relacionado con el ejercicio de sus cargos o funciones públicas; Igualmente, información sobre hechos delictivos, en particular, los de especial gravedad o sensibilidad (corrupción, terrorismo, delitos contra la vida, la integridad, violencia de género o en el ámbito familiar, etc... (Por todas, STC 139/2007, de 4 de junio). Igualmente, las investigaciones policiales o judiciales que se sigan contra aquellos, así como los sucesos de alcance general (accidentes de naves, aeronaves o que se hayan visto involucrados medios de comunicación públicos, etc...).

aun a riesgo de dejar en descubierto, si ello fuere necesario, la fuente de conocimiento de la noticia⁸⁶; el conocimiento de la falsa imputación de un delito o incluso, a veces, la implicación del propio periodista en el curso del hecho delictivo⁸⁷. Son todos supuestos en que el secreto profesional debe ceder a la satisfacción de otros fines de interés general, además de los del buen resultado de las diligencias judiciales de investigación, porque pueden estar comprometidas la seguridad pública, la defensa o la economía nacional, por citar algunos bienes jurídicos colectivos.

Para finalizar el amplio campo de estudio del secreto profesional, también se suscitan dudas en aquellos supuestos en que el periodista conozca determinada información que se refiera a datos incorporados a documentos reservados o secretos⁸⁸, que puedan haber quedado incorporados al sumario también declarado secreto. En este sentido el TEDH⁸⁹ establece que el hecho de que la divulgación de la información sobre una materia esté legalmente prohibida y que tal limitación esté admitida por el art. 10.2 CEDH (seguridad nacional) no implica que el periodista esté obligado a comunicar la identificación del autor de la filtración, pues no se pueden confundir los límites a la libertad de información con los límites al secreto profesional de los periodistas⁹⁰.

El TC, por su parte, es más cauto a la hora de enfocar el reconocimiento del derecho al secreto profesional del periodista y las divulgaciones de noticias referentes al estado de los procedimientos penales. En sus resoluciones, el citado derecho al secreto profesional lo ha conectado siempre, dentro del ámbito del ejercicio de la libertad de información, con el deber de diligencia que aquél ha de observar para contrastar la veracidad de la noticia antes de publicarla y difundirla, de tal manera que ha indicado que *“el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber (STC 172/1990, F. 3), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador «lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información» (SSTC 123/1993, de 19 de abril, F. 5; 6/1996, de 16 de enero, F. 5)”*⁹¹.

Igualmente, el Alto Tribunal, junto al criterio de la veracidad, ha incorporado también el de la relevancia pública de la información publicada y difundida, en los términos que he destacado *supra*, de tal manera que, desde la perspectiva del conflicto constitucional planteado, el Tribunal concede preeminencia a la libertad de información, en el juicio de ponderación que efectúa, cuando el contenido del hecho noticiable es veraz y posee relevancia pública, en los términos vistos anteriormente.

⁸⁶ Por ejemplo, la planificación de un atentado terrorista que el periodista pueda llegar a saber por algún informador, bien involucrado en el hecho delictivo o no.

⁸⁷ Periodismo de investigación, que, para obtener información de las redes criminales, se adentra en algunas de ellas.

⁸⁸ En la terminología y clasificación normativa que utiliza la Ley 9/1968, de 5 de abril, *“sobre secretos oficiales”*.

⁸⁹ STEDH de 25 de abril de 2006, caso Stoll contra Suiza. Aborda el problema de la publicación en un diario suizo del contenido de un documento “confidencial” que se refería a las negociaciones entabladas por Bancos suizos con representantes de las asociaciones judías víctimas del Holocausto para establecer las indemnizaciones a las víctimas que habían sido titulares de cuentas corrientes localizadas en bancos de aquel país.

⁹⁰ Uno de los casos paradigmáticos fue el de la desclasificación de los llamados *“papeles del CSID”*, que eventualmente implicaban al Gobierno de la Nación en la lucha “sucía” contra la organización terrorista ETA y que fueron publicados por el diario El País en unos cuadernillos, antes de que fueran facilitados por el Gobierno al Tribunal Supremo. Igualmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo dictó sentencia (del Pleno) de 4 de abril de 1997, estimatoria del recurso contencioso-administrativo núm. 634/1996, en el que ordenó la desclasificación de determinados documentos del CSID, que habían sido sustraídos ilícitamente y publicados, parte de su contenido, en un medio de comunicación, que hacían referencia a la muerte violenta de una presunta miembro de la organización terrorista ETA por la Guardia Civil y que, a raíz de aquella publicación y a instancia del Ministerio Fiscal, un Juzgado de Instrucción de San Sebastián había procedido a la reapertura de un sumario hasta entonces sobreesido y reclamaba la incorporación de aquellos documentos a la causa para su investigación. (Se redactaron varios votos particulares discrepantes).

⁹¹ STC 21/2000, de 21 de enero, FJ 8.

3.2.5. El problema de la ilicitud de la fuente informativa

La constante pugna que tiene lugar entre la vigencia y aplicación del secreto sumarial, en su manifestación más acusada del art. 302 LECrim., y el permanente deseo de los medios de comunicación de dar noticia sobre los diferentes avatares que se sucedan en el transcurso de una investigación judicial, seguida por delito de especial relevancia con resolución judicial de secreto, alcanza toda su dimensión e intensidad en el momento en que, a través de una fuente informativa, que “filtra” datos de la causa declarada secreta al periodista que cubre la información, para, acto seguido, publicarse en el medio de comunicación correspondiente, con la consiguiente difusión pública y los titulares y comentarios que ulteriormente se sucedan, es el *iter* habitual del conflicto que, en numerosas ocasiones, se produce en la realidad de la crónica de tribunales.

La pregunta que entonces se suscita es la siguiente: Si la información revelada por un informador anónimo, cuya identidad está protegida por el secreto profesional del periodista, es veraz, en el sentido de que ha sido contrastada antes de ser publicada, y es relevante para la formación de un estado de opinión pública, ¿debe prevalecer la revelación de datos de la investigación pertenecientes a un sumario declarado secreto, sobre los fines e intereses legítimos que protege la declaración del secreto?

A mi modo de ver, la respuesta a este interrogante no ofrece una solución general, sino que es casuística, en función de las circunstancias que concurran en cada caso. Sí es posible afirmar que son dos problemas distintos los que concurren en el interrogante formulado, que, a su vez, demandan respuestas diferentes, pero cuyo punto de conexión es el mismo, esto es la revelación ilícita de unos datos fácticos del sumario, que no deberían haber llegado al conocimiento de un tercero profesional del medio de comunicación, porque, en su origen, ha infringido la normativa procesal y la resolución judicial que acordó la aplicación del secreto sumarial.

El primero de los problemas, de alcance constitucional, ya ha sido objeto de análisis en apartados anteriores, pues se refiere al conflicto suscitado entre unos derechos fundamentales, las libertades de expresión e información, especialmente la segunda de ellas, y el interés general legítimo perseguido por el secreto del sumario que atiende a los fines prescritos en el art. 302 LECrim.

En este sentido el Tribunal Constitucional⁹², para la resolución del problema de la eventual ilicitud de la fuente de información, ha utilizado el criterio de la *“información rectamente obtenida”*, que conecta inmediatamente con el deber del periodista de observar la debida diligencia en el contraste de la veracidad de la noticia, de tal manera que *“nunca hemos relacionado esa exigencia con la de que la obtención de los datos sea legítima, ni, por tanto, con el secreto de sumario... De modo que la cuestión de que la información publicada no pudiera ser objeto de difusión por haber sido obtenida ilegítimamente, es decir, quebrando el secreto del sumario y constituyera una «revelación indebida» (art. 301 LECrim) es una cuestión distinta a la que aquí se examina”*.⁹³

Ahora bien, en todos los pronunciamientos del Tribunal, el conflicto entre derechos fundamentales suscitados lo ha sido, con procedencia de la jurisdicción civil, entre las libertades de información o de expresión y los derechos del art. 18.1 CE, especialmente con el derecho al honor, en conflictos suscitados por la revelación y difusión de información sobre datos procedentes de un sumario declarado secreto. En tales supuestos, o no quedó acreditado que el periodista conociera la identidad de la fuente o se acogió al secreto profesional para no revelarla, de tal manera que no quedó probado el origen ilícito de la fuente de información. De ahí que el criterio de la

⁹² SSTC (Pleno) 54/2004, de 15 de abril, FJ 6; 216/2006, de 3 de julio, FJ 5; ó 24/2019, de 25 de febrero; FJ 6.

⁹³ STC (Pleno) 54/2004, de 15 de abril, FJ 6. En el mismo sentido, la STC 158/2003, de 15 de septiembre, FJ. 5. La primera de las sentencias continúa señalando que *“el que el ejercicio de la libertad de expresión pudiera resultar ilegítimo por otras razones tales como que la noticia constituyera una revelación de algo que, por proceder de un sumario, la Ley declara secreto –con la eventual responsabilidad de quienes hubiesen cometido tal transgresión– en nada afecta al conflicto que aquí dilucidamos, pues por muy ilegítima que, desde ese enfoque, pudiese resultar una información determinada, ello no la transformaría en inveraz ni, por tanto, en lesiva del honor”*.

“información rectamente obtenida” no quedara desvirtuado ante la falta de acreditación en la vía judicial previa del origen ilícito de la información obtenida.

Sin embargo y, con ello entramos en el análisis del segundo de los problemas que enuncié anteriormente, y que podríamos describir como el que atiende a la determinación de la responsabilidad, bien penal, bien sancionatoria (art. 301 LECrim.) en que haya podido incurrir el que revele la información obtenida de modo ilícito, extraída de un sumario declarado secreto por virtud de resolución judicial, el Tribunal Constitucional no ha tenido ocasión de enjuiciar hasta el momento un supuesto en el que el periodista hubiere sido condenado en la vía penal o sancionado por revelación de secretos derivados de una conducta que hubiere consistido en el conocimiento, a través de una fuente de información propia o ajena, pero en todo caso con infracción del secreto del sumario, de datos revelados de las diligencias judiciales practicadas en el curso de una instrucción penal. La causa de justificación de su conducta incluida dentro del ejercicio legítimo de un derecho u oficio del art. 20.7 CP, sin duda, late en el fondo de la inexistencia de tal supuesto de hecho.

Lo más parecido que ha analizado hasta el momento el Alto Tribunal es la revelación y difusión de una determinada información de interés general y público que se obtuvo a través de una grabación de una conversación telefónica que llegó a poder de un periodista y que el contenido de esta lo difundió en una publicación. Sin embargo, en tal caso, no se estaba propiamente ante el mismo supuesto de hecho que ahora analizamos, pues se enjuiciaba la licitud de una información obtenida con vulneración de un derecho fundamental como es el derecho al secreto de las comunicaciones del art. 18.3 CE, distinto de la vulneración del secreto sumarial que no tiene fundamento constitucional.

Se trataba de un supuesto en el que el Tribunal Constitucional⁹⁴, bien es cierto que en forma de Auto de inadmisión de un recurso de amparo, atendió, de modo preponderante al enjuiciamiento de la denunciada vulneración del derecho a la presunción de inocencia, más que al de la libertad de información, como consecuencia de la condena impuesta por delito de revelación de secretos del art. 197 CP, al director de una publicación especializada en información deportiva que recibió en la redacción un sobre que contenía una cinta, que fue escuchada y en la que estaba grabada, por medios y personas no determinadas, una conversación que correspondía al mensaje de voz depositado por uno de los querellantes en el buzón de voz del teléfono móvil del otro querellante.

Ante el interés noticioso de dicha grabación el acusado publicó en la revista mencionada un artículo sobre el contenido de aquella grabación. Posteriormente, el recurrente, no obstante conocer que dicha grabación se había obtenido sin el conocimiento ni el consentimiento de los afectados por la misma, con el fin de demostrar que lo contado en el número anterior de la revista era cierto, ordenó la publicación de un reportaje en un número siguiente, insertando el texto íntegro de la conversación telefónica. El contenido de grabación fue también cedido a terceros y de la misma se hicieron eco diversas cadenas de radio y televisión, así como periódicos y portales de internet.

En este caso, el Alto Tribunal, sí tuvo en cuenta la valoración que habían hecho los órganos judiciales en la instancia en el sentido de que el recurrente había conocido el origen ilícito de la noticia publicada y, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia, entendió que ésta había quedado desvirtuada por la prueba practicada en la vía judicial y, en consecuencia, inadmitió el recurso de amparo. El Tribunal afirmó que *“cuando la información, como aconteció, se difunde a sabiendas de que se ha obtenido con quebranto del derecho fundamental aquí implicado —el secreto de las comunicaciones, al que la Constitución otorga una especial protección—, queda integrado el tipo delictivo aplicado por los órganos judiciales, sin que quepa ya invocar la concurrencia, como causa de justificación, del ejercicio legítimo de un derecho, en este caso la libertad de información, y sin que sea posible, de otro lado, pese a que*

⁹⁴ ATC 129/2009, de 4 de mayo, FJ. 3.

el demandante porfirie en tal sentido, la ponderación posterior de los derechos supuestamente en colisión”.

A modo de conclusión de este apartado, hay que tener en cuenta que el secreto del sumario, si bien responde a fines legítimos, los ya expuestos de asegurar bienes jurídicos personales o la eficaz finalización de las diligencias de instrucción, se trata de fines que justifican una aplicación del secreto que tiene un fundamento legal, el proporcionado por la LECrim. pero no constitucional, por cuanto esta modalidad de secreto simplemente constituye una excepción al principio general de publicidad de las actuaciones judiciales en la forma que venga configurada por el legislador (art. 120.1 CE). Frente a esta afirmación, los derechos y libertades de expresión e información, así como el secreto profesional de los periodistas, están reconocidos en la Constitución, por lo que el problema de alcance constitucional que pueda suscitarse, al margen de la eventual conducta penal de revelación de secretos en que pudiera incurrir alguno de los sujetos activos que, debidamente identificados, hayan podido proporcionar la información a los medios de comunicación sobre datos de sumarios declarados bajo secreto sumarial, sólo podrá enjuiciarse por el Tribunal desde la perspectiva de los derechos fundamentales recogidos en el art. 24 CE (tutela judicial efectiva, proceso público con todas las garantías, defensa o presunción de inocencia, primordialmente) y partiendo de una condena penal previamente impuesta por la Jurisdicción Ordinaria.

4. El problema de los “juicios paralelos”

No podía finalizar este estudio sin hacer una mención a los denominados “juicios paralelos”, pues cada vez es más numeroso el seguimiento y la búsqueda de noticias que hacen los medios de comunicación sobre la tramitación y resolución de los procesos judiciales. Se trata de una dimensión del principio de publicidad, en los términos que expresaba al comienzo de este trabajo, que tiene que ver también con la necesaria transparencia con que deben desenvolverse las actuaciones de los órganos judiciales y de todos los actores que intervienen en aquellos.

Sin duda, es ejemplar y, a mi entender digna de todo elogio y admiración, la decisión de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de celebrar el juicio que, al momento de redactar este trabajo, se sigue ante aquella por los hechos acaecidos en Cataluña durante los meses de septiembre y octubre de 2017, en el que figuran procesados dirigentes políticos y de organizaciones sociales independentistas. El Tribunal decidió permitir la transmisión en “streaming” de todo el desarrollo de la vista oral, aplicando en su máxima intensidad el principio de transparencia. Tal circunstancia ha permitido que la ciudadanía, incluso directamente a través de internet, haya podido tener conocimiento, a tiempo real, de lo que se viene actuando en la Sala de Plenos del Alto Tribunal durante las sesiones del juicio oral⁹⁵.

Sin embargo, desde todos los puntos de vista, tal es la relevancia pública de este caso, que, de modo paralelo a los hechos noticiables, se han ido agregando, en un sentido y en el contrario, comentarios por profesionales de distinta naturaleza, que han ido generando y desarrollando estados de opinión sobre el curso del proceso y el eventual resultado del mismo. A esto es precisamente a lo que me voy a referir, a continuación.

Al respecto, se ha acuñado ya, incluso por la Jurisprudencia, el término “juicios paralelos” para designar el estado de opinión pública sobre el curso de un determinado procedimiento judicial, especialmente si es penal, y la eventual dirección que el devenir de las actuaciones judiciales pueda abocar al resultado final del proceso, con especial referencia a este último, y a la situación en la que puedan quedar las personas implicadas en aquellos. Se trata, pues, de la emisión de una serie de valoraciones que, al tenor de la noticia que depare el seguimiento de una causa judicial, pueda provenir de sectores ajenos a los actores del proceso, especialmente medios de

⁹⁵ También el juicio oral del 11-M, seguido ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, se retransmitió en directo por televisión, pero lo fue en circuito cerrado y tan sólo a los periodistas acreditados, pero no en las condiciones en que se está desarrollando ahora la vista oral.

comunicación, que vayan generando un estado de opinión pública sobre el proceso correspondiente, hasta llegar a aventurar una posible solución final, que no siempre es coincidente con la decisión judicial que luego se adopte⁹⁶.

Cuando la información difundida por los medios de comunicación consigue crear un estado de opinión sobre la valoración de elementos probatorios deducidos de la investigación judicial⁹⁷ o del propio juicio oral, a través de debates encendidos de “tertulianos”, en muchas ocasiones legos en derecho y sin los necesarios conocimientos, sobre las garantías y límites probatorios, y lo hacen antes de que haya recaído un pronunciamiento judicial, llegando a determinadas conclusiones, en la mayoría de las veces de tipo desfavorable para las personas incurso en el proceso, se pueden producir injerencias y limitaciones de derechos fundamentales, no contempladas ni aceptadas por la Constitución y la doctrina de nuestros más altos Tribunales, que estarán desatando, además de los más bajos instintos en la ciudadanía, la eventual privación de los derechos y garantías procesales del acusado⁹⁸.

Sin duda, la existencia de estos juicios valorativos paralelos⁹⁹ en los medios de comunicación incide necesariamente en los derechos fundamentales, tanto en los de las víctimas y perjudicados como en los de los inculcados, en los términos que hemos visto anteriormente con carácter general. Por tanto, no voy ahora a reiterar lo ya dicho sobre este particular en anteriores apartados de este trabajo, sino que me centraré en las consecuencias jurídicas que tales juicios paralelos puedan tener sobre los derechos fundamentales de aquéllos.

De entrada, hemos de fijar nuestra atención en la conducta de los Autoridades y demás servidores públicos que trabajan en la Administración de Justicia o que están relacionados con ésta. Al respecto, en su deber de comunicar al ciudadano el curso de actuaciones presuntamente delictivas contra personas sujetas a causas penales, lo declarado por las autoridades también puede afectar a los derechos fundamentales de éstas. En un conocido supuesto, en el que un representante provincial del Gobierno del Estado dio una rueda de prensa en la que comunicó la detención de tres miembros de ETA, el TEDH¹⁰⁰ tuvo ocasión de destacar que la información que aquellas deban realizar sobre el desarrollo de las investigaciones penales en curso, lo deben hacer *“con total discreción y reserva, tal y como exige el principio de presunción de inocencia”*, debiendo estar tal información sobre los datos del sumario *“exenta de cualquier valoración o juicio de culpabilidad”*. El Alto Tribunal termina señalando que *“[d]ebe distinguirse entre las declaraciones que reflejan el sentimiento de que la persona en cuestión es culpable y las que se limitan a describir un estado de sospecha. Las primeras lesionan la presunción de inocencia, mientras que las segundas han sido consideradas, en varias ocasiones, conformes al espíritu del artículo 6 del Convenio”*.

Además, las *“filtraciones”*, a las que me he referido con anterioridad, cobran especial significación cuando el proceso alcanza su plenitud en la fase del juicio oral y, sobre todo, en los momentos que preceden al de la publicación de las sentencias. En algún supuesto, llegó a trascender a los

⁹⁶ Uno de los ejemplos más significativos de esta problemática, fue el reciente caso del denominado juicio de “La Manada”, seguido ante la Audiencia Provincial de Pamplona, en que el resultado final de la sentencia núm. 38/2018, de 20 de marzo, dictada por la Sección 2ª, no fue precisamente coincidente con el que se había creado en la opinión pública. Sobre este particular, véase el interesante artículo publicado por CARRILLO, Marc, titulado *“Derechos fundamentales y Poder Judicial en la sentencia de la Manada”*, publicado en la revista “Teoría & Derecho”, núm. 24, Diciembre de 2018. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia. Págs. 64 a 90.

⁹⁷ Por ejemplo, cuando en el denominado caso “Gürtel”, el diario El País publicó unos documentos en los que el que había sido tesoro del PP (el Sr. Bárcenas) hacía constar el pago de comisiones a diversos dirigentes y miembros del partido y ponía de manifiesto la existencia de una contabilidad “B” del partido.

⁹⁸ No es necesario recurrir a hemerotecas para traer a la memoria numerosos casos judiciales, particularmente relacionados con la corrupción política en su más amplia dimensión, para fortalecer esta idea.

⁹⁹ Hay que tener en cuenta que ya el Tribunal Constitucional en una temprana sentencia, la STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 10, luego reproducida por la STC 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3, declaró en concreto que: *“[L]a presunción de inocencia tiene también una dimensión extraprocesal y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”*.

¹⁰⁰ STEDH de 28 de junio de 2011. Caso “Lizaso Azconobieta contra España”. & 39: *“[E]l Tribunal destaca, a este respecto, la importancia de la elección de los términos por los funcionarios del Estado en las declaraciones que formulan antes de que una persona haya sido juzgada y condenada como autora de un delito”*.

medios de comunicación el contenido de los debates que habían tenido lugar dentro del Pleno del Tribunal Supremo, durante la deliberación que precedió a la sentencia que condenó por hechos muy graves a personas que habían ocupado altos cargos en el Gobierno de España. En relación con aquel supuesto, el Tribunal Constitucional, en referencia, no sólo ya a la presunción de inocencia de los entonces acusados, sino sobre todo, a la preservación de la imparcialidad de los magistrados del Tribunal Supremo que tenían que dictar sentencia, llegó a decir que *“la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos tiene su razón de ser en que éstos, no sólo pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino, muy especialmente, en que pueden llegar a menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de aquéllos, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo pueden influir en la decisión que deben adoptar los Jueces. Cuando efectivamente se da tal circunstancia, el derecho a un proceso con todas las garantías puede quedar conculcado, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida haya tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia haya tenido lugar”*¹⁰¹.

Ahora bien, ¿cuál es la real incidencia que los juicios paralelos puede tener en la decisión final de los procesos?. A mi modo de ver, no puede llegarse, a priori, a una conclusión general sobre la intensidad con que un estado de opinión pública pueda llegar a influir en los órganos sentenciadores de un proceso, ni siquiera para alegar que la eventual presión mediática y reiterada sobre un asunto pueda servir como presupuesto de una hipotética atenuación de la responsabilidad penal del sujeto pasivo de aquel¹⁰². Es éste un terreno especialmente delicado, en el que toda cautela es poca y, sobre todo, no es posible anticipar soluciones generales, pues es la casuística la que debe predominar en esta faceta del enjuiciamiento, analizando cada caso singular para determinar si ha habido o no posible influencia del juicio paralelo en el resultado del proceso.

El Tribunal Constitucional ha advertido que la incidencia mediática en la actuación de los Tribunales podría afectar a las garantías constitucionales del art. 24.2 CE, particularmente al derecho a un proceso con todas las garantías (juez imparcial) y a la presunción de inocencia, pero sin haber tenido reflejo en el caso concreto. Así, ha venido a señalar que *“la protección frente a declaraciones en los medios de comunicación acerca de procesos en curso y frente a juicios paralelos se debe a que éstos no sólo pueden influir en el prestigio de los Tribunales, sino muy especialmente,... a que pueden llegar a menoscabar, según sea su tenor, finalidad y contexto, la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales. Es más, a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de los otros poderes públicos del Estado. Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias, se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un*

¹⁰¹ STC 69/2001, de 17 de marzo. FJ 14. El TC, en este Fundamento Jurídico, analizaba, desde la perspectiva del derecho al juez imparcial, la incidencia que unas determinadas filtraciones a diarios de difusión nacional, había tenido la revelación de parte del contenido de las deliberaciones del Pleno de la Sala Segunda del TS en el denominado caso “Segundo Marey”, en el que fueron procesados y ulteriormente condenados los Sres. Barrionuevo y Vera. Con anterioridad, la STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 8, el TC ya había hecho mención por vez primera a los “juicios paralelos” en el caso seguido contra la mesa nacional de “Herri Batasuna”.

¹⁰² En este sentido, la STS núm. 1394/2009, de 25 de enero de 2010 (caso Marbella), FJ 14 destaca lo que sigue: *“El tratamiento informativo que convierte anticipadamente en culpable al que hasta ese momento sólo es imputado, se origina fuera del proceso, sin capacidad de control y, por tanto, sin posibilidad de reparación por el órgano jurisdiccional que investiga o enjuicia. Es cierto que quien lo sufre no está obligado a aceptar resignadamente el daño derivado de ese tratamiento informativo poco respetuoso con el derecho a la presunción de inocencia. De hecho, cuenta a su alcance con procedimientos jurídicos de protección del honor y la propia intimidad que podrían, en su caso, restañar el daño causado. Es en ese estricto ámbito del ejercicio de acciones para reivindicar los derechos constitucionales a que se refiere el art. 18.1 de la CE, donde puede obtenerse la reparación de la ofensa sufrida. La petición de que sea ahora, en el proceso penal, mediante la individualización de la pena, carece de respaldo en el actual estado de nuestra jurisprudencia”*.

*efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar*¹⁰³.

Del mismo modo, en la práctica forense, cualquier tipo de información, de datos, de declaraciones de implicados o de interesados en la cuestión litigiosa, realizadas a través de los medios de comunicación, así como, en su caso, las opiniones, ideas o valoraciones transmitidas por los mismos cauces mediáticos, hacen que se vaya generando un clima de opinión en el ciudadano que el relato del hecho venga ya presentado, a modo de prejuicio, como un factor que puede incidir, también, en la preservación de los derechos fundamentales de los intervinientes en el proceso, de modo particular, en los derechos y garantías del art. 24 CE. No faltan casos en la realidad, ya juzgados o aún pendientes de vista oral¹⁰⁴, en el que una mayoría social tiene ya una valoración¹⁰⁵ sobre el posible resultado del proceso. Tal riesgo se incrementa, a mi modo de ver, en los procesos seguidos ante el Tribunal del Jurado, pues aquellos estados de opinión pueden generar un prejuicio de posible influencia en la valoración y decisión final de sus miembros.

El Tribunal Supremo también suscita esta reflexión en algunos de sus pronunciamientos cuando destaca que *“no falta razón al recurrente cuando reacciona frente a un tratamiento mediático en el que la culpabilidad se da ya por declarada, sobre todo, a partir de una información construida mediante filtraciones debidamente dosificadas, que vulneran el secreto formal de las actuaciones. La garantía que ofrece el principio de publicidad deja paso así a un equívoco principio de publicación, en el que todo se difunde, desde el momento mismo del inicio de las investigaciones, sin que el acusado pueda defender su inocencia*¹⁰⁶.

Y, con cierto tono amargo, el Alto Tribunal también destaca que *“[s]in embargo, hasta tanto surjan soluciones normativas que ajusten la publicidad del proceso a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y de esta misma Sala, no cabe otra opción que analizar, en cada caso, si el juicio de autoría proclamado en la instancia ha tenido como fundamento el material probatorio generado en el plenario o, por el contrario, la percepción colectiva, anticipada e inducida por los medios de comunicación*¹⁰⁷.

En tales casos, lo procedente, desde la perspectiva del Tribunal que, bien en trámite de apelación, bien en el de Casación, haya de revisar jurisdiccionalmente el veredicto del Jurado, deberá atender a la motivación proporcionada por el Tribunal popular sobre las pruebas practicadas en el juicio y, sobre todo, si se recoge en el citado veredicto de culpabilidad una detallada exposición de los elementos de convicción que, de modo natural, lógico y congruente, haya conducido a aquella decisión. En tal caso, habrá que descartar, por falta de acreditación, que el juicio paralelo mediático construido en torno al supuesto de autos, ha podido afectar a la imparcialidad de los juzgadores y a la presunción de inocencia del acusado. Como señala el Tribunal Supremo, *“[l]o decisivo, al fin y al cabo, es el alcance de la motivación exteriorizada por el Jurado y su conexión con los elementos de convicción ofrecidos por las distintas fuentes de prueba*¹⁰⁸.

¹⁰³ STC 136/1999, de 20 de julio. FJ. 8. Esta sentencia se hace eco de lo que destacó la STEDH de 29 de agosto de 1997, caso Worm contra Austria.

¹⁰⁴ El caso Diana Quer puede responder a este arquetipo.

¹⁰⁵ Un caso emblemático en este sentido fue el del proceso abierto contra Dolores Vázquez, que permaneció en prisión provisional durante diecisiete meses por haber sido inculpada de la muerte violenta de una joven, Rocío Waninkoff, hasta el punto de que el Tribunal del Jurado la declaró culpable de un delito de asesinato y la Audiencia Provincial de Málaga la condenó a 15 años de prisión, veredicto que posteriormente fue anulado por sentencia de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 1 de febrero de 2002, por falta de motivación, y ordenó repetir el juicio, lo que fue confirmado en casación, por virtud de la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 279/2003, de 12 de marzo. Sin embargo, el segundo juicio no llegó a celebrarse porque la causa fue sobreesida por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Fuengirola que, a raíz del descubrimiento de una muestra de ADN, que se halló en el cadáver de otra chica fallecida violentamente y que coincidía con la dubitada que, en su día, fue localizada también en el cadáver de Rocío, se detuvo a otra persona que reconoció haber cometido el crimen, por lo que Dolores Vázquez fue finalmente exculpada de los hechos.

¹⁰⁶ STS núm. 587/2014, de 18 de julio, FJ 6 (Caso José Bretón). El caso fue objeto de especial seguimiento por los medios de comunicación puesto que se trató del horrible crimen de sus dos hijos de corta edad cometido por su padre, que fue condenado por doble delito de asesinato y secuestro. En el mismo sentido, la STS 1394/2009, de 25 de enero de 2010, a la que se remite, precisamente, la anterior.

¹⁰⁷ STS 587/2014, de 18 de julio, FJ 6, acabada de citar.

¹⁰⁸ STS 587/2014, de 18 de julio, FJ 6, acabada de citar.

En definitiva, pues, la Jurisprudencia, aborda esta problemática desde una perspectiva eminentemente práctica. Según el Alto Tribunal, en la medida en que se alegue la eventual vulneración de los derechos a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia, por la incidencia que los juicios paralelos mediáticos hayan podido tener sobre la decisión final del Tribunal en un determinado sentido, será preciso que la parte que lo alegue acredite de alguna manera la posible repercusión que el estado de opinión pública suscitado por los medios de comunicación haya podido tener en el ánimo del Tribunal, y tal forma de prueba puede deducirse de la motivación del veredicto de los jurados. En caso contrario, se entiende que aquel no ha afectado a la decisión del órgano judicial correspondiente¹⁰⁹.

¹⁰⁹ STS núm. 854/2010, de 29 de septiembre, FJ 4. (Caso Fago). Señala el Tribunal que *“de la lectura de la sentencia se deriva que el Tribunal de manera objetiva e imparcial fue valorando toda la actividad probatoria, de cargo y de descargo, dando razón de las decisiones valorativas adoptadas que arribaron a la conclusión condenatoria”*. Esta sentencia recoge una afirmación categórica: *“[c]omo afirmación, declarar que la justicia paralela no es justicia”*.

Injurias y calumnias dirigidas contra autoridades y funcionarios. Injurias a instituciones del Estado. Ultrajes a España y a sus comunidades autónomas

María de los Ángeles Sánchez Conde

Fiscal de Sala Jefe de la Fiscalía ante el Tribunal Constitucional

Resumen

Los distintos delitos objeto de estudio utilizan para tipificar las conductas punibles términos idénticos o análogos, sin embargo, el extremo de atacarse en cada uno de ellos bienes jurídicos protegidos distintos y referirse a sujetos pasivos también distintos trae como consecuencia un dispar margen de actuación de las libertades de expresión e información y en último extremo considerar los comportamientos exentos de responsabilidad penal.

El tema es muy extenso y atractivo y ha dado lugar a una pluralidad de estudios y aproximaciones doctrinales y jurisprudenciales que imposibilitan su exposición pormenorizada, por ello el análisis se centra en examinar las modulaciones que los distintos sujetos pasivos y bienes jurídicos protegidos comportan en la protección de los derechos en juego.

En primer lugar, si la condición de funcionario público o de autoridad entraña peculiaridades que, ya por su misma relevancia pública o por razones de política criminal que conlleven la necesidad de depuración de sus responsabilidades, determinan que la protección de su derecho al honor se reduzca, o, en sentido contrario, se restrinja el ámbito de las posibilidades de crítica, en razón a esa misma condición de funcionario alejado de la contienda política.

También se deja constancia de las especialidades que comporta dicha condición de funcionario o autoridad en cuanto a los requisitos de procedibilidad.

Las injurias a instituciones del Estado y ultrajes a España y a sus Comunidades Autónomas se dirigen contra instituciones jurídico-públicas o símbolos, que no son titulares del derecho al honor, que, por ello, no actúa como contrapeso a la libertad de información y sobre todo a la de expresión, lo que comporta que las posibilidades expresivas y de crítica, encuentren mayor amparo constitucional, y que por ello mismo, la interpretación de las conductas típicas deba hacerse de modo más restrictivo.

Sumario

RESUMEN. BREVE RECORDATORIO DE LA PROTECCIÓN PENAL DEL DERECHO AL HONOR. 1. Carácter preferente de las libertades de expresión e información frente al honor. 2. Concurrencia del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información. 2.1. Libertad de expresión: requisitos para considerar legítimo su ejercicio 2.2. Libertad de información: criterios para su ejercicio legítimo. 3. El delito de injurias. 3.1. Tipicidad. 3.2. Injurias consistentes en imputación de hechos y las que consisten en juicios de valor. 3.3. Tipo subjetivo del delito y antijuricidad. 4. Delito de calumnia. 5. Relevancia de la exceptio veritatis. 6. Breve alusión a los requisitos de procedibilidad. INJURIAS A INSTITUCIONES DEL ESTADO. 1. Conducta típica. 2. Bien jurídico protegido. 3. Relación de las conductas típicas con las libertades de información y expresión. ULTRAJES A ESPAÑA Y A SUS COMUNIDADES AUTÓNOMAS. 1. Conducta típica. 2. Bien jurídico protegido. 3. Relación con la libertad de expresión.

Breve recordatorio de la protección penal del derecho al honor¹

1. Carácter preferente de las libertades de expresión e información frente al honor

La actual regulación de los delitos de injuria y calumnia sigue en sus líneas maestras la diseñada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que no supuso más que la adaptación de los tipos penales a las interpretaciones jurisprudenciales, que, de los delitos contra el honor, se venían realizando por el Tribunal Constitucional.

El legislador de 1995 introdujo en los tipos penales la doctrina constitucional que se había ocupado de resolver los conflictos entre el honor y las libertades de expresión e información, poniendo en relación dichas libertades con los elementos del tipo de las injurias y las calumnias.

No es necesario insistir en que la relación entre las libertades de expresión e información y el derecho al honor siempre han sido conflictivas, al estar inmersos intereses colectivos de un lado –las libertades de expresión e información– e intereses individuales –el derecho al honor– todos ellos legítimos, como derechos fundamentales, en sentido estricto, que son, siendo preciso lograr un equilibrio entre dichos valores enfrentados.

Partiré de un somero recordatorio de la doctrina del Tribunal Constitucional, para después realizar su traslación al ámbito penal, bien con carácter general, bien en lo relativo a las autoridades y funcionarios como sujetos pasivos de los tipos penales, dicha doctrina ha sido de nuevo aplicada en la reciente STC 24/2019. En cuyo fundamento jurídico 3 rubricado *consideraciones previas*, se vuelve a insistir en la consolidada doctrina constitucional referida a que cuando se alega que la conducta por la que se sigue el proceso penal constituye, a su vez, ejercicio legítimo de un derecho fundamental, el órgano judicial debe examinar, como cuestión, previa a la aplicación del pertinente tipo penal a los hechos declarados probados, si estos no han de encuadrarse dentro de ese ejercicio legítimo, pues, en estos casos, el ejercicio legítimo del derecho fundamental opera como causa excluyente de la antijuricidad de esa conducta.

Aunque el Tribunal Constitucional viene reiterando que la solución de los conflictos entre el honor y las libertades de expresión e información debe someterse por los jueces y tribunales a una ponderación de intereses, no cabe desconocer que las libertades consagradas en el artículo 20 de la Constitución Española (en adelante CE) contribuyen al mantenimiento y formación de una opinión pública libre, sin la cual no puede existir un sistema democrático.

2. Concurrencia del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información

Es doctrina constitucional consolidada la de que el juez ordinario, como cuestión previa a cualquier análisis de tipicidad de la conducta del autor, debe examinar si los hechos constituyen un ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información, que impidiera que la acción penal prosperase, a pesar de que los hechos pudieran encuadrarse en el tipo contra el honor (SSTC 15/2004, 127/2004, 76/2007...).

Para llevar a cabo esta indagación, se hace necesaria la identificación de la concreta libertad ejercitada, pues ambas son distintas y también son diversos los elementos que les otorgan el carácter preferente sobre el derecho al honor, al presentar cada una de ellas un diferente objeto de protección.

Las ideas, opiniones, juicios de valor son el objeto protegido por la libertad de expresión y los hechos son el objeto protegido por la libertad de información, cuyo ejercicio exige cumplir con

¹ Injurias, calumnias y libertad de expresión e información. Elementos de Interacción. JOSE MUÑOZ LORENTE. La Ley Penal nº 28. Sección Estudios. Junio 2006. Editorial LA LEY.

el requisito de la veracidad, únicamente predicable de los hechos, al ser susceptibles de prueba y nunca de las opiniones, que, por su naturaleza abstracta, no se prestan a una demostración de exactitud, lo que determina que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o la diligencia en su averiguación que condicionan, en cambio, la legitimidad del derecho de información, por expreso mandato constitucional, que ha añadido al termino información en el texto del artículo 20.1 d) CE, el adjetivo veraz, lo que impide confundirlos indiscriminadamente.

Ante la invocación conjunta de ambas libertades, el Tribunal Constitucional se ve obligado a dilucidar cuál de ellas es la realmente invocada, decantándose por una y otra, en virtud del cual haya sido el objeto comunicado en la manifestación del demandante si una opinión o un hecho, lo que puede comportar enormes dificultades, porque es común que, en una misma manifestación, a la vez se entremezclen hechos y juicios de valor y opiniones, pues la expresión de ideas necesita apoyarse en hechos y la comunicación de hechos puede conllevar la emisión de elementos valorativos, solíéndose atender el Tribunal al elemento preponderante para, a partir de los criterios de él derivados, examinar si su ejercicio ha sido constitucionalmente legítimo.

2.1. Libertad de expresión: requisitos para considerar legítimo su ejercicio

La libertad de expresión tiene menos límites que la libertad de información, para considerar que concurre su ejercicio legítimo y prevalente sobre el honor.

Su objeto es la difusión de opiniones, ideas, juicios de valor, apreciaciones, que solo están sujetos al límite de que no se trate de expresiones formalmente injuriosas, o lo que es lo mismo, la libertad de expresión comprende el derecho a la crítica de la conducta de otro, aún cuando sea desabrida o ácida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige, siempre y cuando no se incurra en el insulto formal o en expresiones intrínsecamente vejatorias. Fuera del ámbito del ejercicio legítimo de la libertad de expresión se encuentran las frases y expresiones ultrajantes u ofensivas, pues el art. 20 a) CE no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería incompatible con la norma fundamental, al ser inconciliable, de modo radical, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE).

Dado el objeto del presente estudio, es preciso señalar que quienes ejercen funciones públicas, o resultan implicados en asuntos de relevancia pública, están obligados a soportar un cierto riesgo de que sus derechos fundamentales al honor, a la intimidad y a la propia imagen resulten afectados por opiniones o informaciones en general, aunque siempre aparecerán desprovistas del valor de causas de justificación las expresiones formalmente injuriosas, o que carezcan de interés público y, por tanto, resulten innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa.

Los denominados personajes públicos, categoría en la que deben incluirse las autoridades y funcionarios públicos, deben soportar, en su condición de tales, el que sus actuaciones en el ejercicio de sus cargos y funciones se vean sometidos al escrutinio de la opinión pública.

El personaje público deberá tolerar, en consecuencia, las críticas dirigidas a su labor, como tal, incluso cuando pueden ser especialmente molestas e hirientes, sin que puedan esgrimir frente a ello género alguno de inmunidad y privilegio.

Sin embargo, cuando en medio de un debate político, la crítica se dirija a un funcionario público, ajeno a dicha contienda y se refiera a la forma en que desempeña su función, no siempre la crítica estará amparada en la relevancia pública de la opinión emitida, y, desde luego, nunca lo podrá estar cuando esa opinión esté acompañada o, simplemente, consista en expresiones formalmente injuriosas e innecesarias para la crítica que se desea realizar (STC 148/2001).

Las actuaciones y resoluciones judiciales pueden ser objeto de pública crítica por los ciudadanos y la libertad para hacerlo tiene la firme garantía de lo dispuesto en el artículo 20.1 a) CE.

Esta crítica no dejará, en general, de ser legítima por su eventual aspereza de tono o lenguaje.

La libertad de palabra para la crítica y, en su caso, la censura pública de las resoluciones judiciales está sujeta a los mismos límites y condiciones que el resto de las personas que intervienen en los asuntos públicos, que quedan expuestas a inquisiciones y críticas especialmente intensas e incisivas y superiores a los que suelen resultar tolerables a los ciudadanos comunes, pero no se puede desconocer que los titulares de los órganos judiciales se encuentran, por lo que se refiere al ejercicio de su función, en una singular posición, respecto de otras autoridades públicas y, desde luego, de los actores políticos, entre otras razones porque el posible descrédito sin fundamento, que pudieran llegar a sufrir dañaría, esencialmente, no solo su honor personal, sino también, de modo irreparable, la confianza de todos en la justicia, que es condición basilar del Estado de Derecho (artículo 1.1 CE).

Además, a diferencia de otras autoridades, y, desde luego, de los actores políticos en general, el Juez, que como tal se expresa sólo a través de sus resoluciones, carece, por obvias razones de reserva, prudencia y contención, de la misma capacidad de réplica personal con la que aquellos cuentan para salir al paso de censuras al ejercicio de su función que estime injustas, falsas o atentatorias a su honor profesional (STC 65/2015).

2.2. Libertad de información: criterios para su ejercicio legítimo

La libertad de información se encuentra más limitada, en cuanto a su ejercicio legítimo y prevalente sobre el honor, pues el artículo 20.1d) CE exige que la información sea veraz. Además, por su carácter de contribuir a formar una opinión pública libre, se exige que se trate de información de interés público.

La veracidad no es idéntica a la verdad. La verdad consiste en la adecuación objetiva entre el hecho acaecido y el mensaje transmitido. El concepto de veracidad consiste en transmitir informaciones contrastadas, esto es, aquellas que la persona que las transmite, después de una diligente constatación, llegue a la conclusión de que son verdaderas, con independencia de que lo transmitido sea objetivamente verdadero o falso.

En cuanto al interés público de la información, se puede afirmar que serán de interés público las materias que no sean privadas, es decir, que no afecten a la privacidad o esfera íntima de la persona, y que se refieran al denominado debate político y a otras materias diferentes de la política que gozan de interés social o comunitario, porque afectan a la sociedad en su conjunto o a una parte de la misma, y son necesarias para el desarrollo y evolución de una sociedad civilizada y que, al igual que el debate político, contribuyen a hacer efectivo el valor fundamental del pluralismo, en sentido amplio (arte, ciencia, cultura, salud, economía) materias que pueden condicionar el desarrollo y progreso de la sociedad, tanto como lo puede hacer la política, y que también contribuyen al libre desarrollo de la personalidad individual.

3. El delito de injurias²

3.1. Tipicidad

Según el artículo 208 del Código Penal (CP en adelante) injuria es toda acción o expresión que lesiona la dignidad de otra persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Representa el género en los delitos contra el honor, siendo la calumnia la especie que comporta un ataque más específico contra el bien jurídico honor. Ambos delitos tienen similitud sustancial, especialmente las injurias que consisten en la imputación de hechos, pues también las calumnias suponen la imputación de hechos, pero con la particularidad del carácter delictivo de los mismos.

² ALEJANDRO DE PABLO SERRANO. Honor, injurias y calumnias. Los delitos contra el honor en el derecho histórico y en el derecho vigente español. Ediciones Universidad de Valladolid.

Dado que el tipo objetivo puede ser una acción (y omisión) o una expresión, puede hablarse de injurias reales o por acción o injurias de palabra o por expresión.

Las injurias de palabra o de expresión se puedan cometer mediante la formulación de juicios de valor o por imputaciones de hechos y pueden realizarse valiéndose de un lenguaje diverso al hablado a través, por ejemplo, de caricaturas, alegorías o emblemas.

Las injurias a través de acción se llevan a cabo mediante ciertos gestos o comportamientos que poseen, en sí mismos, un contenido ofensivo e injurioso.

Debe recordarse que sólo serán constitutivas de delito cuando por su naturaleza efectos o circunstancias sean tenidas en el concepto público como graves y que, tras la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre del Código Penal, ha desaparecido la falta de injurias (ahora delito leve) que solo se contempla en el párrafo segundo del artículo 208CP, para el supuesto del apartado 4 del artículo 173, esto es, cuando el ofendido es una de las personas referidas en el artículo 173.2 CP.

Los comportamientos omisivos las más de las veces sólo son muestras de mala educación.

Tanto las injurias reales como las de palabra deben lesionar la dignidad de la persona menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

El tipo objetivo de las injurias incluye estos elementos normativos o valorativos (fama y autoestima) que deben llenarse de contenido recurriendo a convenciones sociales y culturales y a cuyo conocimiento también debe alcanzar el dolo del autor de las expresiones o acciones ofensivas.

El contenido del derecho del honor es lábil y fluido, cambiante y, en definitiva, dependiente de las normas y valores sociales de cada momento (SSTC 185/89,223/92...) en él cabe hacer referencia al prestigio o reputación profesional pues, aunque no sea lo mismo desde la perspectiva de la protección constitucional el honor de la persona y su prestigio profesional, la difusión de hechos directamente relativos al desarrollo y ejercicio de la actividad profesional de una persona pueden ser constitutivos de una intromisión ilegítima de su derecho al honor cuando exceden de la libre crítica a la labor profesional, así como también, aquellas críticas que, pese a estar formalmente dirigidas a la actividad profesional de un individuo, constituyen en el fondo una descalificación personal, al repercutir directamente en su consideración y dignidad individual, poseyendo especial relieve aquellas infamias que pongan en duda o menosprecien su probidad o su ética en el desempeño de aquella actividad (STC 9/2007).

En la STC 133/2018, fundamento jurídico 4 se expone de manera sucinta la doctrina del Tribunal, sobre el derecho al honor, señalando su especial conexión con la dignidad humana, cualidad intrínseca al ser humano y, en última instancia, fundamento y núcleo irreductible del derecho al honor, cuya negación o desconocimiento sitúa por sí mismo fuera de la protección constitucional el ejercicio de otros derechos o libertades.

El honor, como objeto del derecho reconocido en el artículo 18.1 CE, es un concepto jurídico normativo cuya precisión depende de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento aunque se puede definir su contenido constitucional abstracto diciendo que ampara la buena reputación de una persona, protegiéndola frente a expresiones o mensajes que la hagan desmerecer en la consideración ajena al ir en su descrédito o menosprecio o que sean tenidas en el concepto público por afrentosas.

El derecho al honor protege también frente a aquellas críticas o informaciones acerca de la conducta profesional o laboral que puedan constituir un ataque a su honor profesional, incluso de especial gravedad pues la actividad profesional suele ser una de las formas destacadas de manifestación externa de la personalidad y de la relación del individuo con el resto de la colectividad, de forma que la descalificación injuriosa o innecesaria de ese comportamiento tiene

un especial e intenso efecto sobre dicha relación y sobre lo que los demás puedan pensar de esa persona, repercutiendo tanto en los resultados patrimoniales de su actividad como en la imagen personal que de ella se tenga.

También se refiere al honor profesional la sentencia STC 24/2019.

3.2. Las injurias consistentes en la imputación de hechos y las que consisten en juicios de valor

Las injurias consistentes en la imputación de hechos están previstas en el apartado tercero del artículo 208 CP que establece que no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio de la verdad.

Por lo tanto, en este supuesto, solo se castigarán cuando por su naturaleza, efectos y circunstancias sean tenidas en el concepto público por graves y se hayan realizado con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Por el contrario, las que consisten en la imputación de un juicio de valor sólo constituirán delito cuando sean tenidas en el concepto público por graves, atendidas la naturaleza, efectos y circunstancias.

En el primer supuesto su límite, según se expuso, es la libertad de información que recae sobre hechos, y en el segundo, la libertad de expresión que tiene por objeto juicios personales y subjetivos, creencias, pensamientos y opiniones.

Las injurias consistentes en la imputación de hechos disfrutan de la ventaja de su sometimiento a la prueba de la verdad, a fin de determinar si los hechos imputados eran verdaderos o falsos, esto supone la vinculación de las imputaciones de hechos a la *exceptio veritatis*.

Los juicios de valor, opiniones, pensamientos no pueden ser probados ni sometidos a la prueba de la verdad, viniendo su campo delimitado por la ausencia de expresiones indubitadamente injuriosas.

3.3. Tipo subjetivo del delito y antijuricidad

En cuanto al tipo subjetivo, el código se refiere al conocimiento de la falsedad y temerario desprecio hacia la verdad.

De forma mayoritaria se considera que el tipo subjetivo se colma con la presencia del dolo genérico. La tradicional exigencia de un *animus iniuriandi*, como dolo específico acorde con la consideración de las injurias como delito intencional ha desaparecido.

Se suele considerar que el dolo genérico puede presentarse bajo dos formas, dolo directo y dolo eventual referido el primero a cuando se actúe con conocimiento de la falsedad y el segundo cuando se haga con temerario desprecio hacia la verdad.

Por lo que se refiere a la antijuricidad, la principal causa de justificación en el ámbito de la injuria es el ejercicio legítimo de un derecho, artículo 20.7 CP, concretamente el derecho a la libertad de expresión e información y se resuelve dando entrada a la doctrina del Tribunal Constitucional, anteriormente expuesta.

4. Delito de calumnias

Aparece definido en el artículo 205 del CP como la imputación de un hecho delictivo, hecha con conocimiento de su falsedad a temerario desprecio hacia la verdad, y es la segunda figura delictiva para la protección del bien jurídico honor, integrantes ambas (injurias y calumnias) de la estructura binaria de los delitos contra el honor que caracteriza en la actualidad al Código Penal.

Como ya se reseñó, la calumnia es una modalidad agravada respecto de las injurias, al considerar que la agresión al bien jurídico honor es de la mayor gravedad, cuando se imputa un

delito con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad. Más allá, de esta particularidad, se observa una similitud sustancial entre las injurias, especialmente aquellas que consisten en la imputación de hechos y las calumnias.

5. La relevancia de la *exceptio veritatis*

El Código penal contempla la *exceptio veritatis* en los artículos 210 referido a las injurias y el artículo 207 referido a las calumnias.

El artículo 210 establece que: “el acusado de injurias quedará exento de responsabilidad probando la verdad de las imputaciones cuando estas se dirijan contra funcionarios públicos, sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos o referidos a la comisión de infracciones administrativas”. El precepto ha sido redactado conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo y la diferencia en relación a la redacción anterior es que se ha suprimido la referencia a la comisión de faltas.

El artículo 207 referido a las calumnias establece que: “el acusado por delito de calumnia quedará exento de toda pena probando el hecho criminal que hubiera imputado”.

El debate sobre la prueba de la verdad o la *exceptio veritatis* en los delitos contra el honor es una de las cuestiones dogmáticas más controvertidas por la doctrina y la jurisprudencia, pues para unos autores opera como causa de atipicidad, para otros como causa de justificación y para otros como causa de exclusión de la pena.

Quienes la consideran como causa de atipicidad (Quintero Olivares) entienden que la falsedad del hecho imputado es un elemento del tipo del delito o un componente del tipo, de forma que si la imputación no es falsa y el acusado prueba la veracidad de su imputación queda exento de pena ya que el hecho es atípico, lo que sitúa a nuestro código en el modelo alemán que atribuye a la verdad relevancia de efectos penales en todo caso a diferencia del denominado modelo latino que cierra el paso a la prueba de la verdad en algún supuesto.

En esta concepción cualquier imputación de hechos, que fuera objetivamente verdadera sería impune porque faltaría el tipo objetivo, y cualquier imputación que fuera objetivamente falsa pero subjetivamente verdadera, por no haberse realizado con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, sería también impune porque faltaría el tipo subjetivo y sería un error de tipo vencible que degradaría la pena a la de delito imprudente modalidad que no existe para estos delitos, que quedarían impunes. Con tal planteamiento la *exceptio* opera en la tipicidad y la excluye.

Quienes la consideran como causa de justificación (Serrano Gómez) sostienen que, de imputarse un hecho con temerario desprecio hacia la verdad o con conocimiento de su falsedad, pero que durante el proceso se practica la prueba de la verdad y el hecho resulta verdadero, entonces la acción típica quedaría justificada, lo que arrojaría su consideración como causa de justificación.

Para otros (de Pablos Serrano) la prueba de la verdad opera como causa de exclusión de la pena, al no haber querido el legislador ignorar que el autor de las imputaciones debería quedar exento de la pena solo por la consideración de que, con ocasión de la lesión del honor, se han conocido hechos que la sociedad quiere castigar.

La restricción de la *exceptio veritatis* a determinadas imputaciones dirigidas contra funcionarios en los delitos de injurias, es ampliamente cuestionada, al ser considerada discriminatoria, aunque de todos modos, si se considera que la falsedad objetiva forma parte del tipo o es causa de justificación, ello se tornaría más difuso y, en todo caso, no cabe desdeñar que acreditada la realidad de los hechos, la demostración de la concurrencia inicial del elemento subjetivo del tipo sería complicada.

6. Breve referencia a los requisitos de procedibilidad^{3 4}

El artículo 215 del Código Penal se ocupa de los requisitos de procedibilidad, sus tres apartados se dedican respectivamente a la necesidad de querrela, a la licencia previa del juez o tribunal que conociere o hubiera conocido del juicio en el que, en su caso, se vertieron, y del perdón del ofendido.

La desaparición del desacato como figura autónoma, supuso una de las grandes modificaciones del Código Penal del 95, en el que los antiguos desacatos perdieron ese nombre y se convirtieron en delitos de injurias y calumnias, cuya única especialidad radicaba en su catalogación como infracciones semipúblicas, puesto que para su persecución bastaba la denuncia sin que fuera preceptiva la querrela, según dispuso el artículo 215.1 CP.

Como los delitos de desacato eran vistos como una protección especial y reforzada de las personas que ostentaban cargos públicos, la modificación fue recibida con aceptación aunque no dejaron de señalarse algunos problemas de persecución que podrían traducirse en impunidad cuando los ataques se dirigieran a colectivos públicos no específicamente protegidos en otros lugares del código y, además, en el caso de jueces, fiscales y magistrados la exigencia de denuncia podría comportar que se propiciase su comisión buscando la abstención y recusación de los mismos (artículo 219 Ley Orgánica del Poder Judicial) para apartarlos de determinadas causas.

La Ley Orgánica 15/2003, de 5 de noviembre, dio nueva redacción al precepto, optando el legislador por que se proceda de oficio, cuando la ofensa se dirija contra funcionarios públicos, o autoridad o agentes de los mismos sobre hechos concernientes al ejercicio de su cargo.

Se justifica en el reconocimiento del interés ciudadano hacia aquellos delitos en los que juega un papel destacado la condición pública del sujeto pasivo y consecuentemente resultarían también afectados tanto el buen nombre de la administración, como su buen funcionamiento, aunque⁵ un amplio sector doctrinal haya criticado dicha reforma y reclame la eliminación de la previsión, al entender, ante todo, que dicha persecución pública de las ofensas contra funcionarios supone una recuperación subrepticia e improcedente del delito de desacato que no puede ampararse en una innecesaria protección institucional de los funcionarios públicos.

Injurias a instituciones del Estado⁶

1. Conducta típica

El artículo 504 CP contempla en su número 1, las calumnias, injurias y amenazas al Gobierno de la Nación, al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal Supremo o al Consejo de Gobierno o al Tribunal Superior de Justicia de una Comunidad Autónoma.

En el párrafo segundo se contempla que, en los supuestos de calumnias e injurias, el culpable quede exento de la pena, si se dan las circunstancias previstas, respectivamente en los artículos 207 y 210 del CP.

En el párrafo tercero se contempla una agravante para los supuestos en que se emplee la fuerza violencia o intimidación para impedir a los miembros de dichos organismos asistir a sus respectivas reuniones.

³ Disposiciones generales. JOSE LUIS MANZANARES SAMANIEGO. La Ley 397/2016.

⁴ ANTONIO DEL MORAL GARCÍA. Delitos de Injuria y Calumnia: Algunas cuestiones sustantivas (Consejo General del Poder Judicial)

⁵ ALEJANDRO DE PABLO SERRANO. Honor, injurias y calumnias.

⁶ Código Penal doctrina y jurisprudencia. Tomo III. Dirección CÁNDIDO CONDE PUMPIDO FERREIRO. Editorial Trivium.

En el número 2 del artículo se contemplan las injurias o amenazas a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, previéndose para el supuesto de injurias, en su segundo párrafo la exención de pena, si se dan las circunstancias en el artículo 210 del CP.

Dado el objeto del presente estudio me circunscribiré a las injurias y calumnias a las Instituciones del Estado, prescindiendo de otros comportamientos que se alejan de su ámbito.

Es común entender que el precepto protege de alguna manera la dignidad institucional de determinados órganos del Estado y que, para su interpretación, debe partirse de los preceptos constitucionales, donde se reconocen y regulan institucionalmente los sujetos pasivos del delito, que son objeto de protección en el precepto. Concretamente en la Constitución se regulan dichos sujetos pasivos en los siguientes preceptos.

- a) Los artículos 97 y siguientes con relación al Gobierno de la Nación.
- b) El artículo 122.3 con relación al Consejo General del Poder Judicial.
- c) El artículo 152.1 con relación al Consejo de Gobierno de las Comunidades Autónomas.
- d) Los artículos 159.1 a 165 relativos al Tribunal Constitucional.

La acción en el tipo consiste en calumniar, injuriar o amenazar gravemente a los sujetos pasivos que en él se describen.

Los sujetos pasivos tienen un número cláusulas y la agravación de los tipos se produce como consecuencia de la especial dignidad de los sujetos pasivos protegidos.

Las acciones de injuriar y calumniar son similares a las de los tipos de injurias antes tratados, como también lo es la *exceptio veritatis*, por lo que me remito a lo ya analizado.

2. Bien jurídico protegido⁷

Aunque de manera breve, conviene recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la titularidad del derecho al honor por parte de las personas jurídicas.

No es pertinente olvidar que las personas jurídicas integran una categoría bastante heterogénea de manera que ya tempranamente el Tribunal en su STC 19/83 dejó sentado que la cuestión de la titularidad de sus derechos fundamentales no puede ser resuelta con carácter general en relación con todos los derechos (artículos 14 a 29 CE) sino que, en función del tipo de persona jurídica ante el cual nos encontremos, podríamos analizar si ésta tiene expresamente reconocido o no un derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional (SSTC 137/85 o STC 64/88) viene por ello condicionando la titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas a su contenido o esencia. El Tribunal Constitucional extiende la categorización como derechos fundamentales de las personas jurídicas a los derechos que sirvan instrumentalmente al cumplimiento de sus fines, aunque no tengan por objeto directo la protección de estos (STC 139/1995).

Por ello, y para concretar qué derechos fundamentales pueden ser reconocidos a las personas jurídicas, habrá que analizar derecho a derecho, cabiendo que en un mismo derecho haya aspectos que puedan ser propios de una persona jurídica y otros no.

Con respecto al derecho al honor, la doctrina mayoritaria ha considerado a los derechos de personalidad, como derechos únicamente predicables de las personas individualmente consideradas, estando muy dividida la doctrina en cuanto a que este derecho sea predicable de las personas jurídicas, aunque se defiende la titularidad de este derecho por parte de aquellas

⁷ El derecho a la reputación o buen nombre de los partidos políticos (Notas a la STC 79/2014, de 28 de mayo, LEYRE BURGUERA AMEAVE.

por considerar el honor como estima que una persona recibe de la sociedad en la que vive, lo que sin duda sería también atribuible a una persona jurídica (Espín Templado, Carrillo, Herrero Tejedor).

Esta postura parece mayoritaria aunque distinguiendo entre las personas jurídico-públicas y jurídico-privadas y además cuando se trata de personas jurídico-públicas, se diferencia si estas actúan en relaciones de Derecho Privado o en relaciones de Derecho Público, y se considera que ocupan la misma relación que los particulares cuando actúan en relaciones de Derecho privado, lo que comportaría que en estos supuestos se admita que tengan derecho al honor, y siempre reducido al aspecto objetivo, de buena reputación, estima social o fama.

En este sentido la STC 107/1988 estableció: “En el contexto de estos asuntos de relevancia pública, es preciso tener presente que el derecho al honor tiene en nuestra Constitución un significado personalista, en el sentido de que el honor es un valor referible a personas individualmente consideradas, lo cual hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o de clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son exactamente identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental, y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al derecho al honor de las personas públicas o de relevancia pública”.

3. Relación de las conductas típicas con las libertades de información y expresión⁸

La jurisprudencia constitucional –según se desprende de la anterior cita– otorga un nivel de protección frente a la libertad de expresión más débil, aún, del que corresponde atribuir a las personas públicas o de relevancia pública, lo que es tanto como decir que se amplían los límites de la crítica constitucionalmente tolerables cuando se trata de personas jurídicas públicas.

Ello trae su causa de que la protección del honor y la protección del prestigio de las instituciones recibe un distinto tratamiento en sede constitucional puesto que la protección del honor puede limitar las libertades de expresión e información pero no sucede así con el prestigio de las instituciones públicas ya que el artículo 20.4 CE reconoce como límite a las libertades de expresión e información “el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen, y especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, o la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia”.⁹

Esta exclusión de las instituciones en general del ámbito cerrado de los titulares del derecho al honor, no es óbice para reconocer el prestigio y respeto que merecen, en el buen entendimiento de la no identidad de ambos conceptos. Prestigio y respeto que trae su causa en el correcto funcionamiento de los servicios públicos que les corresponde desempeñar. Este sería el bien jurídico tutelable en el caso de que se les ofenda frontal y gravemente, mediante alusiones o descalificativos insultantes, sin olvidarse, que al propio tiempo y por tratarse de instituciones del Estado, el ejercicio de la libertad de expresión a través de la crítica política o institucional disfruta en este ámbito de un margen de actuación mucho más amplio que en otros contextos.

Lo que no impide, y así lo ha declarado la jurisprudencia, que cuando los miembros integrantes de estas instituciones sean perfectamente identificables como personas individualizadas, se admita la existencia de calumnias o injurias proferidas contra ellos, si en el marco de la crítica

⁸ El delito de ultrajes a España y a sus comunidades autónomas: ¿Protege algún bien jurídico-penal? DULCE MARÍA SANTANA VEGA. Cuadernos de Política Criminal Segunda Época. Núm. 99. Septiembre de 2009.

⁹ Otros atentados al “honor” de diferentes instituciones. CONCEPCIÓN CARMONA SALGADO. Libertad de expresión e información. Editorial ...

política o institucional se ha producido un exceso o una evidente desproporción que pueda perjudicarles directamente en su honor. (Auto de 20 de enero de 2005 de la Audiencia Provincial de Vizcaya. Sentencia de la Audiencia de Santander de 24 de mayo de 2005).

Ultrajes a España y a sus comunidades autónomas

1. Conducta típica¹⁰

Establece el vigente artículo 543 CP que: “Las ofensas o ultrajes de palabra, por escrito o de hecho de España, a sus Comunidades Autónomas o a sus símbolos o emblemas efectuados con publicidad se castigarán (...)”

La conducta típica consiste en ofender o ultrajar, acciones que se presentan como alternativas o diversas, lo que determina que haya autores que sostienen la existencia de una diferenciación entre ellas, considerando que los ultrajes abarcarían las ofensas más graves o contundentes, lo que determinaría que se considerase el término ofensa como un concepto más amplio, aunque es común considerar que la duplicidad y disyunción de términos es redundante, teniendo ofensas y ultrajes acepciones afines y siendo por tanto sinónimos.

La acción típica sería ultrajar que equivale a injuriar, como así lo define el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, pero dotándolo siempre de un sentido de gravedad, dado que no admite la liviandad que, si se ha contemplado tradicionalmente en las injurias, aunque de forma muy escasa en la actualidad, según se ha reseñado. Además, no se incluyen en este delito los supuestos de infracción de la normativa prevista sobre ubicación de banderas (no colocarlas por ejemplo).

Tampoco se suelen considerar típicas las meras faltas de respeto, como no bajar la cabeza ante las banderas o no ponerse de pie a su paso por estimar que las ofensas y ultrajes implican conductas positivas de hacer no bastando la mera omisión.

Las formas de comisión del delito son de palabra o mediante expresiones orales, por escrito, esto es mediante artículos periodísticos, ensayos, panfletos, carteles, caricaturas y de hecho, modalidad en la que se incluirían acciones como quemar, pisotear, escupir, desgarrar o destruir una bandera o emblema.

Las tres citadas formas de comisión han de ser realizadas con publicidad esto es, los ultrajes para ser típicos han de trascender a una multiplicidad de personas, superando, en todo caso el ámbito de la intimidad.

El objeto material de las ofensas o los ultrajes han de ser, la persona jurídico-institucional de España, esto es, la institución u organización soberana de la comunidad nacional o Estado español, la persona jurídico institucional de cualquiera de sus Comunidades Autónomas, los símbolos del Estado y de las Comunidades Autónomas, y por último, los emblemas que aquél y de éstas.

Por símbolo, según el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua debe entenderse “la representación sensorialmente perceptible de una realidad, en virtud de rasgos que se asocien con ésta por una convención socialmente aceptada”. Por ello, como símbolos se incluyen no sólo la bandera, el escudo o emblemas, signos visuales, sino que también habría que incluir el himno símbolo auditivo de España, y de las Comunidades Autónomas que lo tengan establecido normativamente, aunque algún autor entiende que ello es una interpretación extensiva no asumible (Conde-Pumpido) también lo considero incluido la jurisprudencia STS 28-4-89, sentencia de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa de 23-1-2002.

¹⁰ El delito de ultrajes a España y a sus comunidades autónomas. ¿Protege algún bien jurídico-penal? DULCE MARÍA SANTANA VEGA.

Se suele entender que el término emblema, es un término que resulta redundante dado que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua lo define como jeroglífico, símbolo o empresa que representa alguna figura y al pie de la cual se escribe algún verso o lema que declara el concepto o realidad que encierra. Cualquier cosa que es representación simbólica de otra.

Estamos ante una ley penal en blanco tácita o por remisión de elementos normativos, por lo que habrá que acudir a las correspondientes disposiciones extrapenales que regulan los símbolos a los que alude el delito.

En consecuencia, estos símbolos o emblemas han de tener reconocimiento legal o normativo, y su uso ser oficial y público. Así habrá que acudir a las disposiciones estatales y autonómicas que los regulan.

Entre las primeras el artículo 4 CE, la Ley 39/1981, de 28 de octubre por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas y enseñas, la Ley 33/1981, de 5 de octubre, que describe el Escudo de España, el RD 1560/1997, de 10 de octubre por el que se regula el Himno Nacional, como sentencias del Tribunal Constitucional suelen citarse la STC 94/1985, de 29 de julio sobre los Escudos de las Comunidades Autónomas y las SSTC 118/1992 y 119/1992 (protección penal de las banderas de las Comunidades Autónomas) y la STC 31/2010 sobre símbolos nacionales de Cataluña. Las banderas autonómicas por lo general están reguladas en sus Estatutos de Autonomía.

Ello comporta que para la mayoría de los autores solo se incluyen los símbolos constitucionales y no los preconstitucionales (Jorge Navarro Massip, Dulce M^a Santana Vega).

Aunque está extendida la opinión de que lo que realmente importa es la representatividad no siendo exigibles todos los requisitos legales (Abel Tellez Aguilera).

El Tribunal Supremo entiende que se incluye no solo la bandera oficial que ondea en un edificio público, sino cualquier representación de ella de acuerdo a la estructuración, colores y franjas señaladas en la Constitución y sea cualquiera el lugar donde ondee (STS 31-10-80).

También la Audiencia Provincial de Valencia 24-3-99 que señala que una tela que presenta esas características (dos franjas rojas separadas por otra amarilla) es un símbolo de España.

Es común considerar que en el caso en que concurra ofensa a varios objetos materiales solo cabrá apreciar un único delito de ultrajes, no solo por la existencia de una única acción jurídico-penal, sino también por que el menoscabo de varios objetos materiales resulta abarcado por una única intención de ultrajar sin perjuicio de la ponderación de la pena.

La quema de banderas se ha considerado típica en la STS 15-3-89, sentencia de Audiencia Provincial de Gerona de 29 de julio de 2005 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 24 de marzo de 1999.

En cuanto al tipo subjetivo solo admite la comisión dolosa por dolo directo excluyéndose la comisión por dolo eventual y la imprudencia.

En la STS de 28 de abril de 1989 no se admitió la existencia de este delito en un caso en que se procedió a la devolución de la bandera española al Ministerio del Interior, acordada por el Pleno del Ayuntamiento alegando no ser su presencia deseable, por estimar no concurrente el *animus iniuriandi*.

2. Bien jurídico protegido

En común considerar, como ya se expuso anteriormente que ni los entes colectivos ni los símbolos o emblemas tienen dignidad en sí mismos, por lo que el concepto de honor no es aplicable a los mismos.

Por ello, al hablar del bien jurídico protegido se puede aludir al prestigio de las instituciones, al orden público y la paz social, a los sentimientos colectivos, no faltando quien niegue la existencia de un bien jurídico penal en el delito de ultraje.

En otras ocasiones se acude a que la nación y los objetos que la simbolizan tienen un marcado componente afectivo por lo que se trataría de una ofensa mediata, esto es, nos afecta una ofensa que no va dirigida directamente contra nosotros sino contra instituciones y símbolos con los que nos sentimos estrechamente vinculados.

Incluso algún autor (Tellez Aguilera¹¹) acude al honor personal de los que están inmersos en una colectividad, que no tiene en sí misma honor, pero los ataques dirigidos a ésta trascienden a las personas que la integran.

3. Relación con la libertad de expresión

La doctrina es unánime en considerar que la libertad de expresión aporta un criterio restrictivo de la tipicidad de la conducta y puede suponer la concurrencia de una causa de justificación desde la perspectiva del artículo 20. nº 7 del Código Penal.

La manifestación de ideas contrarias a la unidad o identidad de España o a sus comunidades autónomas o los símbolos o emblemas de ambos resulta perfectamente lícita en nuestro sistema constitucional y es común recordar que la libertad de expresión para ser limitada, tiene que tener base en un derecho fundamental o libertad pública del Título I de la Constitución, por lo que en este delito su campo de actuación es aún más amplio.

¹¹ Los Ultrajes a España: Visión crítica de un delito. Criminología (CEGAL). ABEL TELLEZ AGUILERA.

Discursos discriminatorios (Art. 510). Apología y negación del genocidio. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de las víctimas

Julián Sánchez Melgar

Magistrado de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo. Ex Fiscal General del Estado.
Doctor en Derecho

Resumen

Se analiza en el presente trabajo los tipos de discurso de odio, la apología y negación del genocidio y el enaltecimiento del terrorismo y humillación de víctimas con especial referencia a la doctrina jurisprudencial e incidiendo en el tratamiento de los posibles conflictos con la libertad de expresión. Al momento de agotarse el plazo de presentación del presente artículo se ha publicado la Circular 7/2019, de 14 de mayo sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP, por lo que la misma no es objeto de análisis en el trabajo presentado.

Sumario

1. Introducción 2. Elementos característicos 3. Definición de los delitos de odio 4. El Código Penal y el discurso del odio 5. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de víctimas 6. El enaltecimiento 6.1 STS 4/2017, de 18 de enero: el caso del rapero 6.2 No es posible la continuidad delictiva 6.3 STS 47/2019, de 4 de febrero: el caso del enaltecimiento del yihadismo 7. Diferencias entre los dos apartados del art. 578 del Código Penal 8. Riesgo de comisión delictiva 9. Elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo 10. STS 185/2019, de 2 de abril: la objetivación del riesgo 11. El nuevo art. 510 del Código Penal 12. Estructura del tipo 13. El odio, como sentimiento humano, no puede sancionarse penalmente 14. Tratados internacionales 15. El texto más específico: la DM 2008/913/JAI 16. Convenio inter-institucional firmado el 21 de septiembre de 2015 17. Bien jurídico protegido 18. La frontera con la libertad de expresión: ponderación 19. Riesgo de objetivación de conductas hostiles para terceros o para la colectividad 20. Jurisprudencia constitucional 21. Naturaleza: Delitos de peligro abstracto 22. Elemento subjetivo del delito: el dolo 23. Causas de exclusión del dolo: el ánimo jocosos 24. Aspectos relacionados con el error de tipo y el error de prohibición 25. Carácter colectivo del sujeto pasivo 26. Estudio del tipo delictivo 26.1. Art. 510.1.a) CP: fomentar, promover o incitar públicamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia 26.2 Art. 510.1.b) CP: producción, elaboración, posesión y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia 26.3 El delito del art. 510.1.c) CP: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad 26.4 Art. 510.2.a) CP: humillar, menospreciar o desacreditar la dignidad de las personas 26.5 El delito del art. 510.2.b) CP: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio 26.6 El tipo agravado del art. 510.3 CP: la difusión mediática 26.7 El tipo agravado del art. 510.4 CP: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor 26.8 El borrado del mensaje del odio y su destrucción o inutilización, dispuesto en el art. 510.6 CP y la posible adopción de medidas cautelares y de aseguramiento 27. Responsabilidad penal de las personas jurídicas.

1. Introducción

La realidad nos muestra que en todo delito el autor pretende conseguir una finalidad, esto es, que toda acción delictiva tiene un móvil. Y tal móvil puede ser muy variado: lucrativo, pasional, celos, venganza, etc.

No ocurre lo propio en los delitos de los que nos ocupamos en este trabajo, que giran todos ellos en torno al discurso del odio. Porque precisamente en estos delitos, el autor selecciona a sus destinatarios o víctimas por una conexión que descansa en su raza, color, etnia o nación, o algún componente personal, lo que le hace actuar, por ejemplo, a causa de su homofobia o xenofobia, incluso contra componentes físicos, como su discapacidad física o psíquica, o por razones de género.

En suma, el elemento que caracteriza a los delitos de odio es el ánimo subjetivo que conduce al autor a la comisión del hecho, con agresividad verbal o material. El ánimo consiste en la animadversión hacia la persona, o hacia colectivos, que unificados por el color de su piel, por su origen, su etnia, su religión, su discapacidad, su ideología, su orientación o su identidad sexual, o por su condición de víctimas conforman una aparente unidad que permite configurar una serie de tipos de personas. Además, estos delitos se conforman sobre una acusada circunstancialidad de la tipología, lo que obliga a interpretar la calificación jurídica de los hechos en función de la realidad social del tiempo en el que ha de aplicarse la norma. Por otra parte, desde la tipicidad objetiva, las expresiones y actos han de tener una gravedad suficiente para lesionar la dignidad de las personas y los colectivos contra los que se actúa.

Pero no se trata solamente de un discurso, ni de un pensamiento; lo preocupante en el discurso del odio es que se legitiman las vías violentas como solución de los conflictos. Y aquí es donde se justifica la intervención del derecho penal.

En definitiva, lo que es objeto de castigo en los delitos de odio, no puede ser la expresión de una idea, sino cuando se haga de modo que incorporen una provocación a la violencia, infringiendo los valores constitucionales como la dignidad humana o la no discriminación por causa de nacimiento, origen racial, sexo o religión, o por cualquier otra circunstancia de carácter personal o social, a los que se refieren los artículos 10 y 14 de la Constitución española.

Veremos ejemplos de autores de estos hechos, que se han expresado así:

«La próxima visita, será con dinamita».

Este tipo de comportamientos objetivan el riesgo, y es ahí donde debe ponerse el acento de la tipicidad.

2. Elementos característicos

Señala la STS 47/2019, de 4 de febrero, que la necesaria ponderación de los valores en juego, libertad de expresión y agresión a través de expresiones generadoras de odio, ha de realizarse a partir de la constatación de los siguientes elementos: a) en primer lugar, el autor debe seleccionar a sus víctimas por motivos de intolerancia, y dentro de los colectivos vulnerables a los que alude la norma, exigencia que también juega respecto de las víctimas de delitos terroristas; b) en segundo lugar, la conducta no sólo atemoriza a la persona destinataria del mensaje, sino a todo el colectivo al cual pertenece, creando sentimientos de lesión de la dignidad, de inseguridad y de amenaza; c) las expresiones realizadas deben agredir, también, a las normas básicas de convivencia basadas en el respeto y la tolerancia, de manera que toda la sociedad se vea concernida por la expresión de las ideas que contrarían abiertamente los mensajes de tolerancia que el ordenamiento jurídico, como instrumento de control social, expone a la ciudadanía que los hace propios; d) además, debe tratarse de mensajes que merezcan una calificación de graves y serios para la incitación a la comisión de actos terroristas (en el caso del art. 579 CP), o la generación del sentimiento de odio, aptitud y seriedad para conformar un sentimiento lesivo a la dignidad; e) el ánimo que persigue el autor es el de agredir, lo que permitiría excluir, con carácter muy excepcional, las manifestaciones pretendidamente hilarantes.

Se ha dicho¹, que las legislaciones estatales vienen prestando una atención creciente en los últi-

¹ Discurso del odio, problemas en la delimitación del bien jurídico y en la nueva configuración del tipo penal. Alejandro Luís DE PABLO SERRANO y Patricia TAPIA BALLESTEROS. Diario La Ley, N° 8911, Sección Doctrina, 30 de Enero de 2017, Editorial Wolters Kluwer.

mos años al problema del discurso del odio. La exasperación de los sentimientos de pertenencia del ser humano a diferentes grupos o identidades, junto a la radicalización y vulgarización del lenguaje político y, finalmente, la generalización del uso de las redes sociales en internet, son algunas de las explicaciones de la amenaza del lenguaje del odio.

El Tribunal Supremo ha declarado² que el tipo debe completarse con el riesgo de mantener esa especie de comportamientos que puede provocar peligro para la colectividad social, «dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad».

Del propio modo, y conforme a los postulados del Tribunal Constitucional, que han propiciado la reforma legal de la que nos vamos a ocupar, también se incorporan al catálogo del discurso del odio como delito, la negación o trivialización flagrante del holocausto.

Y antes de iniciar con su estudio, debemos poner la atención sobre lo que con todo acierto se incorpora al Código Penal, y que es sustancial: de nada vale una condena por delito de odio, si sus proclamas –con el riesgo inherente a tal discurso– continúan en la red al alcance de cualquiera. De modo que la redacción del apartado 6 del art. 510 del Código Penal, lo que pretende conseguir es la eliminación de los servidores informáticos de aquellos contenidos delictivos, de manera que queden borrados y fuera del alcance (recuperación) por un usuario de Internet, y en fase de instrucción, se pueda acordar el bloqueo de acceso o la interrupción de la prestación del servicio, como medida cautelar.

3. Definición de los delitos de odio

La Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) define los delitos de odio como: “toda infracción penal, incluidas las infracciones contra las personas y la propiedad, cuando la víctima, el lugar o el objetivo de la infracción son seleccionados a causa de su conexión, relación, afiliación, apoyo o pertenencia real o percibida pertenencia a un grupo que pueda estar basado en la raza, origen nacional o étnico, el idioma, el color, la religión, la edad, la minusvalía física o mental, la orientación sexual u otros factores similares, ya sean reales o supuestos”.

El término discurso del odio tiene su origen en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, a su vez lo tomó de las resoluciones del Consejo de Europa. Los Estados han configurado tipos penales expresivos del discurso del odio. En realidad, no hay una figura típica del discurso del odio, sino que se trata de diversos tipos penales que recogen figuras de agresión a sujetos individuales o colectivos, especialmente vulnerables, a través de distintos vehículos de comunicación. El origen legal se encuentra en la Recomendación (97) 20 del Comité de ministros del Consejo de Europa, de octubre de 1997, que “insta a los Estados a actuar contra todas formas de expresión que propaguen, inciten o promuevan el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo u otras formas de odio basadas en la intolerancia que se manifiesta a través del nacionalismo agresivo, el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las medidas y los inmigrantes o personas de origen inmigrante”. Esta recomendación tiene su origen en la interpretación del artículo 10 del Convenio Europeo de derechos humanos, de 1950 que, en su apartado primero, declara que toda persona tiene derecho a la libertad de expresión, matizando en su apartado segundo que el ejercicio de la libertad entraña deberes y responsabilidades, y podrá ser sometida ciertas condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial, la seguridad pública, la defensa del orden, en la protección de la reputación o de los derechos ajenos.

² STS 47/2019, de 4 de febrero.

4. El Código Penal y el discurso del odio

La tipificación del delito de odio como tal, no tiene lugar hasta su acuñación en el art. 510 del Código Penal. El ordenamiento español se ha hecho eco de esta modalidad agresiva a la convivencia y recoge en varios artículos, modalidades enmarcadas en el conjunto de lo que puede denominarse discurso del odio. De modo que, junto al art. 510 del Código penal, como arquetipo del discurso del odio, se encuentra el artículo 578, como delito de enaltecimiento y el de menosprecio o humillación a las víctimas; el art. 579, con un contenido que amenaza a la ejecución de delitos de terrorismo al exigir la incitación a la comisión de delitos de terrorismo; el artículo 607, en su redacción anterior a 2015, cuando acogía la provocación, incitación al delito de genocidio, y anteriormente, la negación al holocausto; así como otras manifestaciones en las cuales aparece, de alguna forma, concernida la libertad de expresión y ataque a instituciones.

Y en la agravante cuarta del art. 22 del Código Penal.

5. Enaltecimiento del terrorismo y humillación de víctimas

Con todo, el encuentro penal con la noción del delito de odio, se produce en el año 2000, mediante LO 7/2000, de 22 de diciembre, con entrada en vigor a partir del 24-12-2000, por la que se introducen en España por vez primera los delitos de enaltecimiento del terrorismo y la humillación de las víctimas. Sin embargo, la redacción actual procede de la LO 2/2015, de 30 de marzo, con entrada en vigor a partir del 1-7-2015.

Es conveniente el estudio de estas figuras, primeramente por la similitud con el discurso del odio, del que nos vamos a ocupar, y, en segundo lugar, porque muchas de las disposiciones de ese nuevo precepto, se contienen también en la reforma del art. 510 del Código Penal, como formas complementarias del delito de odio.

El precepto, contenido en el art. 578 del Código Penal, en su redacción actual, castiga el enaltecimiento o la justificación pública de los delitos comprendidos en los artículos 572 a 577 o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares³. También se introduce un subtipo agravado⁴ cuando la conducta delictiva se lleve a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información. Y otra elevación más en circunstancias que puedan originar temor a la sociedad⁵.

Y del propio modo que en el discurso del odio, se permite el borrado de los contenidos para que no continúen lesionando el bien jurídico protegido, y como protección a las víctimas⁶.

³ Se castigará con la pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a dieciocho meses. El juez también podrá acordar en la sentencia, durante el período de tiempo que él mismo señale, alguna o algunas de las prohibiciones previstas en el artículo 57.

⁴ 2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo mediante la difusión de servicios o contenidos accesibles al público a través de medios de comunicación, internet, o por medio de servicios de comunicaciones electrónicas o mediante el uso de tecnologías de la información.

⁵ 3. Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar gravemente la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor a la sociedad o parte de ella se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

⁶ 4. El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos o cualquier otro soporte por medio del que se hubiera cometido el delito. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación se acordará la retirada de los contenidos.

Si los hechos se hubieran cometido a través de servicios o contenidos accesibles a través de internet o de servicios de comunicaciones electrónicas, el juez o tribunal podrá ordenar la retirada de los contenidos o servicios ilícitos. Subsidiariamente, podrá ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento que retiren los contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda que supri-

Algunos casos sobre la humillación como discurso de odio, podemos encontrarlos en la STS 623/2016, de 13 de julio⁷. Se trataba en este caso de una cuenta de twitter creada en la red con la denominación *Madame guillotine*, en donde se reflejaban expresiones atentatorias a la dignidad y de burla pública frente al atentado con muerte de un conocido dirigente político y con la amputación de sus piernas en el caso de una víctima de ETA.

En esta resolución judicial se enfatiza que no se trata de criminalizar opiniones discrepantes sino combatir actuaciones dirigidas a la promoción pública de quienes ocasionan un grave quebranto en el régimen de libertades y daño en la paz de la comunidad con sus actos criminales, atentando contra el sistema democrático establecido.

La STS 846/2015, de 30 de diciembre declara que la humillación o desprecio a las víctimas, afecta directamente, a su honor y, en definitiva, a su dignidad (arts. 18.1 y 10 CE), perpetuando su victimización que es como actualizarla o renovada a través de esa conducta. Así, “enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo”. Justificar quiere decir que se hace aparecer como acciones legítimas.

En suma, no puede la libertad ideológica o de expresión ofrecer cobijo a la exteriorización de expresiones que encierran un injustificable desprecio hacia las víctimas del terrorismo, hasta conllevar su humillación.

Quiere con ello decirse que no se trata de penalizar el chiste de mal gusto, sino que una de las facetas de la humillación consiste precisamente en la burla, que no está recreada en este caso con chistes macabros con un sujeto pasivo indeterminado, sino más bien concreto y referido a unas personas a quien se identifica con su nombre y apellidos.

El Tribunal Supremo lleva a cabo en esta sentencia unas reflexiones relativas a la proporcionalidad de la pena, destacando que el mensaje de la desestimación del recurso interpuesto por la acusada condenada en la instancia no es tanto la pena de privación de libertad con que el legislador amenaza estas conductas, cuanto la proscripción de este tipo de acciones en desprecio, deshonor, descrédito, burla y afrenta de aquellas personas que han sufrido el zarpazo del terrorismo y castigadas con una pena proporcionada tanto al desvalor de la conducta como a las condiciones personales de la persona infractora, en el caso de autos, una joven estudiante en el momento de cometer estas acciones.

Si comenzamos el estudio del discurso del odio, con la glosa del enaltecimiento de los autores de crímenes terroristas y la humillación de las víctimas, es porque estos comportamientos son el germen de aquellos delitos de odio⁸. De tal manera que, veremos, estas expresiones, enaltecimiento y humillación, también van a ser utilizadas por el legislador en el art. 510 del Código Penal.

6. El enaltecimiento

El Tribunal Supremo ha tratado en diversas resoluciones⁹ del enaltecimiento del terrorismo como una fórmula delictiva alojada en el art. 578 del Código Penal.

man los enlaces que apunten a ellos y a los proveedores de servicios de comunicaciones electrónicas que impidan el acceso a los contenidos o servicios ilícitos siempre que concurra alguno de los siguientes supuestos:

- a) Cuando la medida resulte proporcionada a la gravedad de los hechos y a la relevancia de la información y necesaria para evitar su difusión.
- b) Cuando se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a los que se refieren los apartados anteriores.

⁶ Las medidas previstas en el apartado anterior podrán también ser acordadas por el juez instructor con carácter cautelar durante la instrucción de la causa.

⁷ Con las siguientes frases: «¿Cómo monta (nombre de víctima del terrorismo que perdió las piernas en un atentado) a caballo? Con velcro»; “El humor negro mola, pero el summum son los de (mismo nombre de víctima). Son la bomba”; ¿En qué se parece (nombre de otra víctima del terrorismo) a un delfín? En el agujero de la nuca». Y así otros muchos más.

⁸ Pueden verse al respecto, la STS 984/2016, de 15 de diciembre y la STS 180/2012, de 14 de marzo, con cita de otras muchas anteriores como las 597/2010, de 2 de junio; 299/2011, de 25 de abril; y 523/2011, de 30 de mayo.

⁹ STS 706/2017, de 27 de octubre: difusión de una imagen de un miembro de ETA donde aparece junto al lema “Adiós con honor”, y seguidamente la frase “Tu dignidad nuestro modelo”. STS 221/2017, de 29 de marzo: publicación de un vídeo en el que se observa a un grupo de hombres disparando con armas de fuego, añadiendo como comentario que “Vamos muhaidines garrote a estos putos con uniforme (...) Glorifico a todos los mártires!!!”.

Veamos algunas sentencias.

6.1. STS 4/2017, de 18 de enero: el caso del rapero

Se trata de la condena a un conocido rapero, que alcanzó mucha notoriedad pública. En tal Sentencia se declara que la interpretación de un precepto como el art. 578 del CP no está exenta de dificultades. De una parte, porque no faltan autorizados juristas que estiman que el delito de enaltecimiento del terrorismo o de desprecio y humillación a las víctimas representa la negación de los principios que han de informar el sistema penal. De otra, porque la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución “-discurso del odio-” con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable.

De ahí la importancia de no convertir la libertad de expresión –y los límites que ésta tolera y ampara– en el único parámetro valorativo para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto abarcada por el art. 578 del CP. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal. El significado de principios como el carácter fragmentario del derecho penal o su consideración como “ultima ratio”, avalan la necesidad de reservar la sanción penal para las acciones más graves. No todo mensaje inaceptable o que ocasiona el normal rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo.

Otro hecho complica, todavía más si cabe, nuestro análisis. Y es que la extensión actual de las nuevas tecnologías al servicio de la comunicación intensifica de forma exponencial el daño de afirmaciones o mensajes que, en otro momento, podían haber limitado sus perniciosos efectos a un reducido y seleccionado grupo de destinatarios. Quien hoy incita a la violencia en una red social sabe que su mensaje se incorpora a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad. Además, carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario, éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión. Los modelos comunicativos clásicos implicaban una limitación en los efectos nocivos de todo delito que hoy, sin embargo, está ausente. Este dato, ligado al inevitable recorrido transnacional de esos mensajes, ha de ser tenido en cuenta en el momento de ponderar el impacto de los enunciados y mensajes que han de ser sometidos a valoración jurídico-penal.

La Sentencia comentada se expresa de esta forma: *«Esta Sala no puede identificarse con una interpretación del art. 578 del CP que para su aplicación exija la valoración de un dictamen pericial sobre la etiqueta que el autor reivindica para su propia obra artística. Entre otras razones, porque esos complementos explicativos no se incluyen en el mensaje de burla. Éste llega a la víctima en su integridad, sin matices aclaratorios de la verdadera intención del autor que los suscribe. La memoria de su propia tragedia no adquiere otra tonalidad cuando el dictamen pericial concluye que ha sido expresado con sátira o que es fruto de la crítica ácida. Afirmaciones como las difundidas en la red por A. alimentan el discurso del odio, legitiman el terrorismo como fórmula de solución de los conflictos sociales y, lo que es más importante, obligan a la víctima al recuerdo de la lacerante vivencia de la amenaza, el secuestro o el asesinato de un familiar cercano».*

6.2. No es posible la continuidad delictiva

Desde un plano estrictamente técnico, se declara que no es posible en este delito la continuidad delictiva, aun reclamada por el Fiscal, pues ni cada una de las expresiones delictivas integra

un delito autónomo ni su conjunto puede recibir el tratamiento que el art. 74 del CP dispensa al delito continuado. El propósito es el mismo y las distintas frases no son sino secuencias naturales –cronológicamente no coincidentes– de idéntico discurso.

6.3. STS 47/2019, de 4 de febrero: el caso del enaltecimiento del yihadismo

En esta Sentencia se mantiene la argumentación condenatoria de la Sala de Apelación de la Audiencia Nacional, en tanto que las expresiones que se propagan por las redes sociales, a cargo de los mensajes elaborados por los acusados, se referían claramente a alabar el Estado Islámico, por ejemplo, «*el Estado Islámico se instaurará gracias a la sangre de los muyahidín sinceros*», apareciendo los correspondientes logotipos que se describen en la resultancia fáctica de la Sentencia de instancia. De igual forma, la potencialidad de riesgo que rezuman tales mensajes, se encuentra fuera de toda duda¹⁰.

7. Diferencias entre los dos apartados del art. 578 del Código Penal

De una parte, el enaltecimiento del terrorismo y, de otra, el menosprecio a las víctimas. En la jurisprudencia¹¹, se hace esta distinción señalando que la primera conducta requiere la creación de un riesgo, en tanto que la conducta referida al menosprecio las víctimas, no lo exige. En la Sentencia 826/2015, del 30 diciembre, tras realizar un detallado estudio de la tipicidad, y con cita de la Sentencia 656/2007, se incide en la diferencia entre los dos apartados del artículo 578, recordando que el menosprecio a las víctimas no requiere la puesta en peligro “toda vez que el término descrédito, disminución o pérdida de la de la reputación de las personas, el menosprecio, equivalente a poco aprecio, o la humillación, la adhesión al amor propio o a la dignidad de alguien, hace referencia a las acciones realizadas contra las víctimas de acciones terroristas o sus familiares que son especialmente perversas como es la injuria o la humillación a las víctimas, incrementando el padecimiento moral de ellas y sus familiares, y ahondando en la herida que abrió el atentado terrorista”, añadiendo que la justificación de la tipicidad de la conducta radica en la perplejidad e indignación que provoca en la sociedad¹².

8. Riesgo de comisión delictiva

Del conjunto normativo resulta que si bien los Estados miembros de la Unión Europea tienen un cierto margen de discrecionalidad en la definición de las infracciones, la ubicación en la tipología de los delitos de terrorismo requiere que la tipicidad describa conductas ilegales e intencionadas que generen un riesgo de comisión de una infracción terrorista, “riesgo que ha de ser entendido no concreto, sino de aptitud, de que puedan cometerse actos terroristas” y para ello deben tenerse en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje así como el contexto y la importancia y verosimilitud del riesgo (Directiva 2017/541). En el art. 579 CP, la tipicidad exige mayor concreción, en términos de idoneidad para incitar a la comisión de hechos terroristas.

Conclusión que deriva del considerando 10 de la Directiva: *Los delitos de provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población. Esta conducta debe tipificarse cuando conlleve el riesgo de que puedan cometerse actos terroristas. En cada caso concreto, al examinar si se ha*

¹⁰ Por ejemplo: «*Al Faluya, con la resistencia de los muyahidines y su lucha en el campo de batalla, será el cementerio de los nietos de los zoroastras*», o bien: «*Oh Allah, que dé la victoria a los muyahidines en Irak y Sham*». O finalmente: «*Mosul, cementerio de los rafidfes y de los herejes*».

¹¹ Sentencia 601/2017, de 11 julio.

¹² En el mismo sentido, la Sentencia 72/2018, de 25 enero, en la que se abordan las diferencias entre las distintas modalidades de discurso del odio, afirmando la no necesidad de la creación de un peligro contra los bienes jurídicos personales a consecuencia del discurso del odio cuando se trata de menosprecio a las víctimas.

materializado ese riesgo se deben tener en cuenta las circunstancias específicas del caso, como el autor y el destinatario del mensaje, así como el contexto en el que se haya cometido el acto. También deben considerarse la importancia y la verosimilitud del riesgo al aplicar la disposición sobre provocación pública de acuerdo con el Derecho nacional.

9. Elementos que conforman el delito de enaltecimiento o justificación del terrorismo

Se pueden señalar los siguientes¹³:

- 1º La existencia de unas acciones o palabras por las que se enaltece o justifica. Enaltecer equivale a ensalzar o hacer elogios, alabar las cualidades o méritos de alguien o de algo. Justificar quiere aquí decir que se hace aparecer como acciones lícitas y legítimas aquello que sólo es un comportamiento criminal.
- 2º El objeto de tal ensalzamiento o justificación puede ser alguno de estos dos:
 - a) Cualquiera de las conductas definidas como delitos de terrorismo de los arts. 572 a 577.
 - b) Cualquiera de las personas que hayan participado en la ejecución de tales comportamientos. Interesa decir aquí que no es necesario identificar a una o varias de tales personas. Puede cometerse también ensalzando a un colectivo de autores o copartícipes en esta clase de actos delictivos.
- 3º Tal acción de enaltecer o justificar ha de realizarse por cualquier medio de expresión pública o difusión, como puede ser periódico o un acto público con numerosa concurrencia y hoy día, dada la evolución tecnológica, a través de internet.

No obstante, el art. 578 CP, precisa el Tribunal Constitucional, en su sentencia 112/2016, de 20 de junio, solo “supone una legítima injerencia en el ámbito de la libertad de expresión de sus autores en la medida en que puedan ser consideradas como una manifestación del discurso del odio por propiciar o alentar, aunque sea de manera indirecta, una situación de riesgo para las personas o derechos de terceros o para el propio sistema de libertades.

De otra parte, la Directiva (UE) 2017/541, tipifica en su art. 5, la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo que conforme a su considerando 10, estos delitos “comprenden, entre otros, la apología y la justificación del terrorismo o la difusión de mensajes o imágenes, ya sea en línea o no, entre ellas las relacionadas con las víctimas del terrorismo, con objeto de obtener apoyo para causas terroristas o de intimidar gravemente a la población”.

10. STS 185/2019, de 2 de abril: la objetivación del riesgo

Los hechos probados dan cuenta de las expresiones tomadas en consideración¹⁴. Tales hechos fueron objeto de absolución para el autor de tales expresiones, por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, y posterior revocación con condena, por parte de la Sala de Apelaciones de la Audiencia Nacional. Finalmente, se desestimó el recurso de casación por el Tribunal Supremo, manteniendo la condena.

Al desestimar el recurso de la defensa, el Tribunal Supremo puso el acento en la objetivación del riesgo: «El tipo debe completarse con el riesgo que mantener ese tipo de comportamientos

¹³ Sentencia 354/2017, de 17 de mayo.

¹⁴ El 20 de junio de 2012, «1, 2, 3 maderos muertos arden bancos y banqueros, movimiento sanguinario y odio revolucionario!!!»
- El 9 de julio de 2012, «Ponte una capucha y apuñala al nazi que veas en tu calle haciendo apología de su lucha»
- El 10 de julio de 2012, «La próxima visita será con dinamita» #nocheminera #marchaminera
- El 13 de julio de 2012, «Y eso que dice la gente que somos los borrachos los más delincuentes y yo me levanto todos los días a ver si han matado a un policía!!!»

provoca para la colectividad social, dando lugar a que, por ellos mismos, o por otros sujetos, influenciados por ese mensaje, se originen actos que pongan en peligro valores esenciales del ser humano, como su vida, integridad física o su libertad. Es desde el punto de vista del riesgo, donde debe ponerse el acento de su tipicidad».

11. El nuevo art. 510 del Código Penal

Los delitos de odio se alojan en el nuevo art. 510 del Código Penal, tras la reforma llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo (BOE 77, 31 de marzo), que entró en vigor el 1 de julio de 2015.

Señala su Preámbulo, que la novedosa configuración de los denominados *delitos de odio* pretende: por un lado, introducir los criterios derivados de la STC 235/2007, de 7 de noviembre, sobre el delito de negación del genocidio (anteriormente regulado en el art. 607.2 primer inciso CP), que “limita su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías”, y, por otro, la transposición a nuestro ordenamiento jurídico de un instrumento clave en esta materia como es la Decisión Marco 2008/913/JAI, de 28 de noviembre, del Consejo de la Unión Europea, *relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones del racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal*, que significó un paso fundamental en el reconocimiento de los *delitos de odio* en el ámbito europeo, al establecer un objetivo común en la respuesta penal frente a este fenómeno, mediante “sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

12. Estructura del tipo

Los delitos de odio responden a una estructura de delitos compleja que tiene como finalidad reprimir aquellas conductas que atentan contra una serie de discursos, reclamados por la comunidad internacional, a través de diversos instrumentos internacionales, y que ofrecen complejidad en la interpretación de lo que deba entenderse como *discurso de odio*¹⁵.

13. El odio, como sentimiento humano, no puede sancionarse penalmente

Lo primero que tenemos que poner de manifiesto es que no puede sancionarse un sentimiento humano, como es el odio. La STS 4/2017, de 18 de enero, nos dice muy expresivamente que “entre el odio que incita a la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogible en la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo”.

En consecuencia, el discurso del odio es, desde luego, difícil de tipificar, y por supuesto, a menudo, de interpretar.

La doctrina ha señalado que la garantía de taxatividad obliga a una descripción precisa que en los delitos de discurso del odio es particularmente difícil de alcanzar: por una parte, un tipo penal casuístico sería farragoso y regalaría la impunidad a declaraciones odiosas inteligentemente formuladas; pero, por otra, un tipo penal amplio dejaría en manos de la interpretación judicial un instrumento peligroso de restricción de la libertad fundamental de expresión¹⁶.

Dicho con otras palabras, el delito incorporado al art. 510 del Código Penal, no puede consistir en penalizar un sentimiento, el odio, porque los sentimientos no son, por sí mismos, delictivos.

¹⁵ En la terminología anglosajona, “hate speech”.

¹⁶ Discurso del odio..., ob. Citada.

Se requiere algo más. Se necesita que tal discurso incite de forma objetiva a la realización o incitación de actos hostiles hacia el colectivo protegido, de forma que el bien jurídico protegido vaya más allá de un simple sentimiento de odio, por más que este sea reprochable.

La citada STS 4/2017, de 18 de enero, nos dice que «tampoco ayuda a la labor exegética la extendida invocación de los nocivos efectos del “discurso del odio” como razón justificadora de su punición. De nuevo hemos de apartarnos de la tentación de construir el juicio de tipicidad trazando una convencional y artificiosa línea entre el “discurso del odio” y la “ética del discurso”. El derecho penal no puede prohibir el odio, no puede castigar al ciudadano que odia. Por si fuera poco, el vocablo discurso, en su simple acepción gramatical, evoca un acto racional de comunicación cuya punición no debería hacerse depender del sentimiento que anima a quien lo pronuncia. Tampoco puede afirmarse un único significado a una locución «-discurso del odio-» cuyo contenido está directamente condicionado por la experiencia histórica de cada Estado. El discurso del odio puede analizarse en relación con problemas étnicos, religiosos, sexuales o ligados a la utilización del terrorismo como instrumento para la consecución de fines políticos. El legislador ha querido que el mensaje de odio que socava las bases de la convivencia y que humilla a las víctimas del terrorismo tenga un tratamiento específico en el art. 578, con una sistemática singularizada frente al tipo previsto en el art. 510 del mismo texto punitivo».

14. Tratados internacionales

La jurisprudencia¹⁷ destaca que son numerosos los Tratados Internacionales ratificados por España que, al amparo del artículo 10 de la Constitución, ha de guiar la interpretación de la tipicidad de los delitos de odio en sus variadas manifestaciones típicas. Junto a la Convención de Naciones Unidas para la prevención y sanción del delito de genocidio, de 9 de diciembre de 1948; la Convención de Naciones Unidas sobre eliminación de toda forma de discriminación racial de 22 diciembre de 1965; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 16 diciembre de 1966; el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 4 noviembre de 1950; la Recomendación (97) 20, de 20 octubre 1997 y la de 3 octubre de 2002, de política general acerca de la legislación nacional para luchar contra el racismo y la discriminación racial en la Comisión europea contra el racismo e intolerancia (ECRI); la recomendación 1805 (2007) de la Asamblea Parlamentaria del Consejo Europeo sobre blasfemia, insultos religiosos y discurso de odio contra personas por razón de su religión; la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 noviembre 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal; la Convención sobre cibercrimen, de 23 noviembre 2011; la Recomendación 7 de la Comisión europea contra el racismo y la intolerancia, de 13 diciembre del 2002, que identifica el discurso del odio, como expresiones que intencionadamente difundidos implican a) una incitación pública a la violencia y el odio; y b) a través de las cuales insultan y difaman públicamente a personas o grupo de personas por razón de su raza, color, lengua, religión, nacionalidad, su origen, nación o etnia; la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 mayo 2008, cuyo artículo 5 define la provocación pública a la comisión de un delito de terrorismo, disponiendo que la tipificación de las conductas requiere la creación de un riesgo para la comisión de un delito terrorista. Concretamente, la Convención del Consejo de Europa sobre prevención del terrorismo, de 16 de mayo de 2005 y la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de marzo de 2017, establece que en su punición los Estados miembros han de incorporar a su tipicidad una potencialidad de riesgo de que puedan cometerse actos terroristas.

15. El texto más específico: la DM 2008/913/JAI

Sin embargo, el texto más específicamente referido a esta materia es la DM 2008/913/JAI, ya citada. Conforme a lo dispuesto en su art. 1, el *discurso del odio* se integra por varias conductas

¹⁷ STS 47/2019, de 4 de febrero.

cuyo eje se centra en *“la incitación pública a la violencia o al odio dirigidos contra un grupo de personas o un miembro de tal grupo, definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico”*, incluyendo también las conductas de *“apología pública, negación o trivialización flagrante”* de crímenes contra la humanidad.

16. Convenio inter-institucional firmado el 21 de septiembre de 2015

El Consejo de Ministros del 4 de noviembre de 2011 aprobó la *“Estrategia integral contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia”*, que daría lugar al Convenio interinstitucional firmado el 21 de septiembre de 2015 por el Consejo General del Poder Judicial, la Fiscalía General del Estado, y diversos Ministerios, renovado por Acuerdo de 19 de septiembre de 2018, contra el racismo, la xenofobia, la LGTBIfobia y otras formas de intolerancia.

17. Bien jurídico protegido

El art. 510 CP encuentra su ubicación sistemática, dentro del Libro II del CP, en el Título XXI que lleva por rúbrica de los *“Delitos contra la Constitución”*, y más en concreto, en el Capítulo IV dedicado a los *“delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas”*, en cuya Sección Primera y bajo la denominación de los *“delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas garantizados por la Constitución”*.

Desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, el eje sobre el que pivota el precepto es la prohibición de la discriminación, como derecho autónomo derivado del derecho a la igualdad, reconocido en el art. 14 CE.

Desde mi punto de vista, el bien jurídico protegido es la dignidad de la persona, como valor que debe otorgarse a cualquier ser humano por el mero hecho de serlo.

La STS 47/2019, de 4 de febrero¹⁸, señala al respecto que el bien jurídico protegido por el tipo penal del art. 510 es la dignidad de la persona y colectivos de personas, a los que por su especial vulnerabilidad, el Código otorga una protección específica en el mencionado artículo.

En esta línea, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, señala que *“la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales”*.

De hecho, la dignidad humana –junto con *“los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás”*–, se constituye como el *“fundamento del orden político y de la paz social”* (art. 10.1 CE), como recuerda la STC 214/1991, de 11 de noviembre (FJ 8). En consecuencia, estos comportamientos delictivos deben ubicarse sistemáticamente entre las infracciones contra la Constitución (Título XXI del Libro II CP), como norma fundamental de convivencia.

Este carácter colectivo del sujeto pasivo ya se expresaba en la STC 214/1991, de 11 de noviembre, cuando afirmaba que *“el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”*.

¹⁸ El ámbito de protección constitucional de los delitos de odio aparece enmarcado por el contenido de los artículos 16 de la Constitución, que proclama el derecho fundamental a la libertad ideológica, religiosa y de culto; el artículo 20 que consagra la libertad de expresión; el artículo 10.1 de la Constitución que enuncia la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y los derechos que son el fundamento del orden político y la paz social.

18. La frontera con la libertad de expresión: ponderación

En aquellos casos en los que pueda estar en juego el ejercicio legítimo de las libertades, se debe examinar si los hechos exceden los márgenes del ejercicio de los derechos fundamentales que en ellos se protegen, ya que, de no llegar a esta conclusión, la acción no podría prosperar, puesto que las libertades del art. 20.1 CE operarían como causas excluyentes de la antijuridicidad de esa conducta¹⁹. Parece evidente que unos mismos hechos “no pueden ser (...) valorados como actos de ejercicio de un derecho fundamental y como conductas constitutivas de un delito”. Se impone, por tanto, un ineludible ejercicio de compensación valorativa que viene amparado por la propia normativa reguladora de estos derechos²⁰.

La Constitución no prohíbe las ideologías que se sitúan en los extremos del espectro político. Incluso aun podría decirse que tampoco prohíbe las ideas que por su extremismo, se sitúen fuera de ese amplio espectro político, por muy rechazables que puedan considerarse desde la perspectiva de los valores constitucionales. Lo que ocurre es que cuando se trata de conductas dotadas de una suficiente gravedad, el legislador puede limitar la intervención penal para aquellos hechos que supongan un resultado de lesión o la creación de un peligro, que aunque abstracto debe ser real, para la integridad de esos bienes jurídicos.

En parecidos términos se pronunció el Tribunal Constitucional, STC 235/2007, que señala que “el artículo 20.1 de la Constitución, ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten siempre que no supongan un menoscabo a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica entre todos los ciudadanos,”. O la Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1995, de 11 diciembre, “la libertad de expresión es válida no solamente para las informaciones o las ideas acogidas con favor o consideradas inofensivas o indiferentes, también para aquéllos que contrarían, chocan o inquietan al Estado o a una parte cualquiera de la población”, en referencia a la STDH *De Haes y Gijssels* c. Bélgica de 24 de febrero de 1997. También la Sentencia de esta Sala 4/2017, de 18 enero, en la que afirmábamos que la interpretación del artículo 578 CP. no está exenta de dificultades. De una parte, por la proliferación de tipos penales que convergen en la protección del denominado discurso de odio, enaltecimiento del terrorismo, vilipendio de las víctimas, provocación al genocidio, negación del holocausto (anterior a la reforma que lo suprimió), de los arts. 510, 578, 607 CP. De otra, por la necesidad ínsita de este tipo penal de ponderar el denominado discurso del odio con el alcance de la libertad de expresión, en ocasiones debiendo atender a una excesiva circunstancialidad, lo que dificulta determinar el alcance de lo intolerable. Es por eso que en esta Sentencia se aludía a la necesidad “de no convertir la libertad de expresión, y los límites que ésta tolera y ampara, en el único parámetro para discernir cuándo lo inaceptable se convierte en delictivo. No todo exceso verbal, ni todo mensaje que desborde la protección constitucional, pueden considerarse incluidos en la porción de injusto que abarca el artículo 578 del Código penal. Nuestro sistema jurídico ofrece otras formas de reparación de los excesos verbales que no pasa necesariamente por la incriminación penal... no todo mensaje inaceptable o que ocasiona rechazo de la inmensa mayoría de la ciudadanía ha de ser tratado como delictivo por el hecho de no hallar cobertura bajo la libertad de expresión. Entre el odio que incita la comisión de delitos, el odio que siembra la semilla del enfrentamiento y que erosiona los valores esenciales de la convivencia y el odio que se identifica con la animadversión o el resentimiento, existen matices que no pueden ser orillados por el juez penal con el argumento de que todo lo que no es acogido en que la libertad de expresión resulta intolerable y, por ello, necesariamente delictivo...”.

¹⁹ STS 752/2012, de 3 de octubre.

²⁰ La STS 646/2018, de 14 de diciembre, nos dice al efecto que con respecto a la colisión con tal derecho fundamental, la jurisprudencia de esta Sala y del Tribunal Constitucional es copiosa sobre su contenido esencial y las limitaciones al mismo. En el sentido indicado, hemos declarado que “el derecho a la libertad de expresión permite, inicialmente, no sólo asumir cualquier idea, y expresarla e, incluso, difundirla, siempre con los límites que imponga la convivencia respetuosa con los derechos de los demás. La restricción del derecho, y más aún cuando se recurre a la sanción penal, requiere de una justificación que sólo se encuentra, en palabras del Tribunal Constitucional, cuando colisiona con otros bienes jurídicos defendibles que se revelen acreedores de una mayor protección tras la necesaria y previa labor de ponderación. Y no sólo eso, sino que será preciso que las características de la colisión sean tales que justifiquen la intervención penal” (STS 259/2011, de 12 de abril).

19. Riesgo de objetivación de conductas hostiles para terceros o para la colectividad

Toda clave para interpretar el tipo penal del art. 510 del Código Penal reside en considerar que la conducta puede generar un riesgo de objetivación de conductas hostiles para terceros o para la colectividad. Sin esta clave interpretativa, es imposible deslindar la libertad de expresión del discurso del odio. Y en este sentido, la STC 235/2007, de 7 de noviembre, después de afirmar que la doctrina del TEDH define el *discurso del odio* como “aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular”, exige la presencia de, al menos, un “peligro potencial para los bienes jurídicos tutelados por la norma” o una “incitación indirecta a la comisión de delitos” o una “provocación de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia”, como elementos necesarios para considerar “constitucionalmente legítimo” castigar penalmente las conductas del *negacionismo* y de la difusión de ideas que justifiquen el genocidio, respectivamente.

20. Jurisprudencia constitucional

En la jurisprudencia del Tribunal Constitucional destacan, por su relevancia, tres Sentencias. La primera Sentencia la 285/2007, en la que el Tribunal Constitucional apartó del artículo 607 CP, la negación del holocausto. En esa Sentencia pondera esa tipicidad, la negación del holocausto, con el derecho fundamental a la libertad de expresión y señala la exigencia de que la descripción típica contenga conductas de suficiente gravedad al tiempo que exigió “la creación de un peligro, que aunque sea abstracto, debe ser real para la integridad de sus bienes jurídicos. Pero la expresión y difusión de ideas violentas no puede ser implicada con la violencia que permite su persecución”. El Alto Tribunal consideró que la mera transmisión de ideas no era suficiente para su persecución penal, requiriendo que la conducta represente un peligro cierto de generar un clima de violencia y hostilidad que puede concretarse en actos específicos de discriminación.

Otra sentencia, la 112/2016, referida a un delito de enaltecimiento del terrorismo en el que se realiza un homenaje a un terrorista y en la cual una persona que hace uso de la palabra que expuso diversas expresiones objeto de censura penal. El Tribunal Constitucional al denegar el amparo, destaca “si el acusado se hubiera limitado a pronunciar un discurso estrictamente político en defensa de la independencia del País Vasco y el socialismo, su conducta no sería reprochable, porque España es una democracia tolerante, no militante, es decir, no se exige la adhesión a los postulados constitucionales... sin embargo, el acusado al no hacer eso sino que, con ambigüedad calculada, emplea una expresión para escoger el camino más idóneo, el camino que más daño haga al Estado que conduzca este pueblo a un nuevo escenario democrático”.

21. Naturaleza: Delitos de peligro abstracto

Si los delitos, en general, son o de lesión o de peligro, en este caso se trata de delitos de peligro, esto es, y dentro de ellos, de los que se han venido considerando como norma penal de riesgo abstracto (STC 235/2007, de 7 de noviembre: Se trata, en definitiva, de un delito de peligro abstracto o hipotético, de forma que exprese la idoneidad de los hechos para generar una situación objetiva de discriminación, odio, violencia u hostilidad).

22. Elemento subjetivo del delito: el dolo

Estos delitos son todos ellos dolosos. En virtud de la cláusula del art. 12 del Código Penal, el legislador no ha previsto comportamiento imprudente alguno. No hay situaciones imaginables al respecto.

El dolo no requiere ánimo tendencial alguno. El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado en este sentido. La STS 72/2018, de 9 de febrero, señala que “tanto el delito de enaltecimiento como el

de incitación al odio, no requieren un dolo específico, siendo suficiente la concurrencia de un dolo básico que ha de ser constatado a partir del contenido de las expresiones vertidas. El dolo de estos delitos se rellena con la constatación de la voluntariedad del acto y la constatación de no tratarse de una situación incontrolada o una reacción momentánea, incluso emocional, ante una circunstancia que el sujeto no ha sido capaz de controlar”.

23. Causas de exclusión del dolo: el ánimo jocoso

A valorar caso por caso. En este sentido, la STEDH Dieudonné M’Bala M’Bala contra Francia, de 20 de octubre de 2015, en la que el alto Tribunal estima un abuso de derecho plantear por el demandante una vulneración de su libertad de expresión alegando haber actuado con la condición de artista con derecho a eximirse mediante la sátira, el humor y la provocación. El Tribunal señala que, al amparo de una representación humorística, el demandante ha invitado a uno de los negacionistas franceses más conocidos, condenado un año antes por cuestionamiento de crimen contra la humanidad, para honrarle y darle la palabra. El TEDH ve una demostración de odio y de antisemitismo, así como la puesta en entredicho del holocausto. No puede aceptar que la expresión de una ideología que va en contra de los valores fundamentales del Convenio, tal cual lo expresa su preámbulo, es decir la justicia y la paz, sea equiparada con un espectáculo, aun satírico o provocador, que entraría en el ámbito de la protección del artículo 10 del Convenio.

24. Aspectos relacionados con el error de tipo y el error de prohibición

Este aspecto relacionado con la culpabilidad, e incorporado al art. 14 del Código Penal, requiere algunas precisiones: a) en primer lugar, que cuando el discurso no sea oral, sino escrito, dada la forma de producirse los chats en los foros, ha de entenderse que existe cierta reflexión en su escritura; b) que debe primar en la construcción del dolo, la originalidad del mensaje, no el reenvío de contenidos, aunque también en éstos pueda considerarse la autoría, pero siempre con cautelas; c) junto a ello, se ha de tomar en consideración el carácter aislado o esporádico de la conducta, o su formulación reiterativa.

Con todo, el error de prohibición habrá de probarse, pues el discurso del odio está presente como delito en nuestras convicciones democráticas, y el de tipo, será de común alegación en combinación con la libertad de expresión, debiendo ser resuelto caso por caso.

25. Carácter colectivo del sujeto pasivo

Esta nota es diferenciadora de otros delitos, que tienen como sujetos pasivos a personas determinadas, mientras aquí, el sujeto pasivo es colectivo²¹.

Los colectivos a los que se refiere el artículo 510, al igual que los expresados en el art. 22.4^a CP, los consideramos como *numerus clausus*, no siendo posible su aplicación a otros distintos.

26. Estudio del tipo delictivo

Para estudiar la tipología del delito que se define en el art. 510 del Código Penal, hemos de recurrir a la interpretación de sus elementos, como en cualquier precepto penal, esto es, a los elementos descriptivos, normativos y valorativos.

Estudios de los diversos comportamientos delictivos:

²¹ Ya lo expresaba la STC 214/1991, de 11 de noviembre, cuando afirmaba que “el odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos. Por lo mismo, el derecho al honor de los miembros de un pueblo o etnia, en cuanto protege y expresa el sentimiento de la propia dignidad, resulta, sin duda, lesionado cuando se ofende y desprecia genéricamente a todo un pueblo o raza, cualesquiera que sean”.

26.1. Art. 510.1.a) CP: fomentar, promover o incitar públicamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia

El art. 510.1.a) CP sanciona a “quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

La acción consiste en “fomentar”, “promover” o “incitar” al “odio, hostilidad, discriminación o violencia”, siempre que se dirija contra un grupo, parte del mismo o alguno de sus integrantes, por los motivos discriminatorios expresados en la norma.

No se trata de una resolución manifestada de voluntad punible, al modo de la definida en el art. 18.1 CP. Aquí, el verbo típico ya no es “provocar”, sino “fomentar”, “promover” o “incitar”, lo que puede hacerse “directa o indirectamente” y, además, la conducta a la que se incita no necesariamente debe ser constitutiva de delito.

El tipo requiere que la conducta penada vaya dirigida «al odio, hostilidad, discriminación o violencia».

En efecto, el objeto de la incitación puede ser la discriminación, el odio o la violencia, a lo que se añadió por LO 1/2015, la “hostilidad”.

26.2. Art. 510.1.b) CP: producción, elaboración, posesión y/o difusión de soportes aptos para incitar al odio, hostilidad, discriminación o violencia

El art. 510.1.b) CP sanciona penalmente a quienes “produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad”.

En el primer apartado, se emplean los verbos producir y elaborar, que en realidad, contienen pocas diferencias. La difusión ya es más compleja, pues requiere la “facilitación del acceso a terceros”, la “distribución”, la “difusión” y la “venta”, incluida la misma “posesión con la finalidad de distribuir”.

Lo que se produce o se difunde es un soporte (de cualquier entidad, incluidos los escritos, naturalmente, y los audiovisuales o los medios digitales), pero su contenido ha de ser objetivamente idóneo para fomentar, promover o incitar, directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, parte del mismo o alguno de sus integrantes, por los motivos discriminatorios anteriormente descritos.

La penalidad es la misma que la del apartado anterior. El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica, argumentaba que el prelegislador, al prever una pena más leve para estos casos, estaba confiriendo “un trato penal más beneficioso a conductas que, incluso, denotan una mayor peligrosidad para el bien jurídico protegido, habida cuenta los medios a cuyo través se proyectan al exterior las conductas sancionadas”. Con posterioridad, el Consejo de Estado, en la misma dirección, entendió que “ha de notarse que algunas conductas del apartado 2.a parecen encajar con naturalidad en las previstas en el apartado 1.a (siempre del artículo 510), sin que se aprecien las razones que llevan a rebajar la penalidad”.

La jurisprudencia –destaca la Sentencia 259/2011, de 12 abril–, en el supuesto de un librero que albergaba y vendía libros de ideología nazi, y que aprovechaba los espacios de la librería para la difundir los elementos ideológicos propios de una ideología nazi, absolvió a los condenados en aplicación de la doctrina contenida Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2007, que antes se expresó. Se argumenta “que la tipicidad no resulta de la mera difusión, sino de la difusión en condiciones de crear un peligro real para el bien jurídico que se protege”.

Esta línea jurisprudencial viene exigiendo la concreción de riesgo como elemento necesario para punición de los delitos de odio más allá de la represión a la libertad de expresión, exigiendo que junto a esa transgresión, grave, un riesgo para el bien jurídico en el que se ubican los tipos penales.

26.3. El delito del art. 510.1.c) CP: negación, trivialización grave o enaltecimiento de crímenes contra la humanidad

El nuevo art. 510.1.c) del Código Penal castiga penalmente a quienes: “Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos”.

El Preámbulo de la LO 1/2015 expresa que la reforma es consecuencia, entre otras causas, de la STC 235/2007, de 7 noviembre, que declaró inconstitucional la modalidad del mero “negacionismo” y que, si bien admitió la constitucionalidad de la “justificación”, exigió que mediante esta conducta se generara, al menos, “una incitación indirecta” a la comisión de delitos contra el derecho de gentes o se provocare “de modo mediato a la discriminación, al odio o a la violencia”. Es por ello que el legislador ha introducido la necesaria condición para su punición: “cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación”.

La LO 1/2015 ha modificado de manera sustancial el art. 510 CP, tipificando en el nuevo art. 510.1.c) del Código Penal las conductas que con anterioridad a la reforma constituían el art. 607.2 CP. En la anterior redacción de este art. 607.2 CP, se establecía la sanción para “la difusión por cualquier medio de ideas o doctrinas” que “negaran” o “justificaran” el delito de genocidio, o “pretendieran” también “la rehabilitación de regímenes o instituciones que amparen prácticas generadoras de los mismos”, con una “pena de prisión de uno a dos años”.

El precepto exige realizar “públicamente” alguno de los siguientes comportamientos: “negar”, “trivializar gravemente” y “enaltecer”.

Tales conductas se refieren a los delitos de “genocidio” (art. 607 CP), de “lesa humanidad” (art. 607 bis) o “contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado” (arts. 608 a 614 bis), todos ellos tipificados consecutivamente en los Capítulos II, II bis y III del Título XXIV del Libro II del Código Penal, bajo la común denominación de “Delitos contra la Comunidad Internacional”.

26.4. Art. 510.2.a) CP: humillar, menospreciar o desacreditar la dignidad de las personas

El art. 510.2.a) del Código Penal señala: “Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación,

su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos”.

Desde mi punto de vista, este tipo engloba conductas que ya han sido tipificadas en los precedentes apartados del art. 510 del Código Penal, y que por consiguiente, no añade nada a la tipicidad. Ha de destacarse al respecto que estos comportamientos no estaban incluidos en la DM 2008/913/JAI.

Suelen ponerse de relieve los problemas concursales con el tipo definido en el art. 173 del Código Penal (delitos contra la integridad moral de las personas), problemas difícilmente resolubles salvo por vía de alternatividad. La única diferencia radica en que aquí se alojan algunos comportamientos que requieren un resultado, como es lesionar la dignidad de las personas o los grupos, y no simplemente ponerlos en peligro (abstracto).

Obsérvese que contiene dos conductas: la primera de ofensa a valores que producen el odio o la discriminación, lo que resulta de la expresión: “lesionar la dignidad” de determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, “mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito”. El segundo inciso recoge una fórmula similar a la prevista en el art. 510.1.b) CP, es decir, la fabricación o la puesta a disposición de terceros del material que sea “idóneo para lesionar la dignidad” de esos mismos grupos o personas.

La STS 656/2007, de 17 de julio, define el descrédito como la “disminución o pérdida de la reputación de las personas o del valor y estima de las cosas”; menosprecio como “equivalente a poco aprecio, poca estimación, desprecio o desdén”; y humillación como “herir el amor propio o dignidad de alguien, pasar por una situación en la que la dignidad de la persona sufra algún menoscabo”.

Suele mantenerse, que al tratarse de una infracción de resultado, los actos delictivos cometidos individualmente respecto de personas integradas en el colectivo serán castigados mediante las reglas generales previstas para el concurso medial, en el caso de que pueda apreciarse un menoscabo de algún otro bien jurídico protegido. Por ejemplo, en el caso de una agresión física por motivo discriminatorio o de odio, realizada en términos tales que no sólo afectara a la integridad física del agredido sino a su propia dignidad, la conducta podría ser sancionada como delito de odio en concurso con un delito o delito leve de lesiones, por aplicación de lo dispuesto en el art. 77, apartados 1 y 2 CP.

En el segundo inciso del art. 510.2.a) CP se castigan las conductas de “producción”, “elaboración”, “posesión con finalidad de poseer”, “facilitar a terceras personas el acceso”, “distribución”, “difusión” o “venta” de escritos o materiales que “por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito” de los grupos, partes o integrantes de los mismos”.

Esta infracción sí debe ser considerada como de peligro abstracto para la dignidad de las personas, ya que basta que el material sea “idóneo” para la lesión del bien jurídico protegido. Las conductas son idénticas a las recogidas en la letra b) del art. 510.1 CP, y vienen referidas a los mismos objetos materiales. La novedad es que los soportes han de representar una humillación, menosprecio o descrédito de carácter “grave”, elemento esencialmente valorativo que ha de ser ponderado en cada caso concreto, conforme a los criterios generales ya expuestos.

26.5. El delito del art. 510.2.b) CP: enaltecimiento o justificación de los delitos de odio

El art. 510.2.b) CP sanciona a “quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte

del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

La tipificación de estas conductas no es una exigencia de la DM 2008/913/JAI, que únicamente contempla la sanción de la apología de delitos concretos.

Nos remitimos a la definición de las conductas de enaltecimiento y justificación, que anteriormente hemos dejado apuntadas.

El párrafo segundo del art. 510.2.b) CP, tipifica un subtipo agravado con la expresión: “cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mencionados grupos”.

26.6. El tipo agravado del art. 510.3 CP: la difusión mediática

Dispone el art. 510.3 CP que: “Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas”.

Un medio de comunicación es un instrumento de difusión de ideas o noticias, que abarca tanto medios escritos como digitales, por cualquier vía.

Esta difusión aumenta el desvalor de la acción y multiplica los efectos del delito. Es muy gráfica la STS 4/2017, de 18 de enero, cuando afirma que el autor incorpora su mensaje “a las redes telemáticas con vocación de perpetuidad”, pero a su vez “carece de control sobre su zigzagueante difusión, pues desde que ese mensaje llega a manos de su destinatario éste puede multiplicar su impacto mediante sucesivos y renovados actos de transmisión (...), ligado al inevitable recorrido transnacional de estos mensajes”. Junto a lo anterior, y precisamente por ello, debe destacarse la mayor dificultad de estos supuestos para la investigación del delito y la identificación de los autores.

En algunos apartados del art. 510 CP ya se exige que la conducta sea realizada “públicamente” –apartados 1.a) y 1.c)- o “por cualquier medio de expresión pública o de difusión” –apartado. 2. b)-. Por lo tanto, se hace necesario diferenciar estos supuestos del previsto en el apartado 3 del art. 510 CP.

Por consiguiente, en el caso de llevar a cabo la comunicación ante un reducido número de personas (un mitin, por ejemplo, o una conferencia), no colmaría las exigencias típicas de este precepto (art. 510.3), que se refiere al uso de tecnologías o medios de la información o comunicación, que sean accesibles “a un elevado número de personas”. Con respecto al mensaje *retuitado* debe ser analizado casuísticamente. Téngase en consideración, de igual forma, que, a vez, quien *retuitea* puede modificar el mensaje.

No se exige la prueba sobre el número de personas haya leído efectivamente el mensaje, pero sí ha de acreditarse que un número indeterminado de personas haya tenido la posibilidad real de haber accedido al mensaje difundido masivamente.

La STS 72/2018, de 9 de febrero, afirmó que las expresiones vertidas “a través de la red social cuyos contenidos se encuentran en internet”, justifica la aplicación del art. 510.3 CP, ya que la

“fundamentación de la agravación radica en la proyección, buscada por el autor, del mensaje que se emite”²².

26.7 El tipo agravado del art. 510.4 CP: la alteración de la paz pública o la creación de un grave sentimiento de inseguridad o temor

El art. 510.4 CP agrava la pena “cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo”²³.

Obedece este precepto a lo dispuesto en el art. 1.4 DM 2008/913/JAI, si bien la misma se refiere a perturbaciones del “orden público”, concepto que no es sinónimo de alteración de la “paz pública”²⁴.

26.8 El borrado del mensaje del odio y su destrucción o inutilización, dispuesto en el art. 510.6 CP y la posible adopción de medidas cautelares y de aseguramiento

El art. 510.6 CP señala que: “El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo”.

Con este precepto el legislador pretende conseguir que la condena por un delito de odio no quede en “papel mojado”, si el contenido del mensaje sigue orbitando en la red. De nada serviría la condena si en palabras de la STS 4/2017, de 18 de enero, continua la zigzagueante difusión, mediante el impacto de sucesivos y renovados actos de transmisión (...), ligados al inevitable recorrido transnacional de estos mensajes. Se trata de medidas accesorias reguladas con carácter general en los arts. 127 y siguientes del CP.

Suele señalarse que cuando se trata de mensajes o contenidos de odio que se han difundido, no a través de un Portal Web, sino a través de las redes sociales como Twitter o Facebook, o bien están colgados, por ejemplo, en YouTube, la retirada de aquéllos no podrá realizarse a través de las medidas de interrupción del servicio o del bloqueo de acceso desde España. Será preciso requerir judicialmente a las mercantiles titulares para la retirada de los contenidos constitutivos de delito de odio.

Como toda medida cautelar, su adopción procederá mediante resolución motivada del Juez de Instrucción.

²² A efectos orientativos conviene precisar que los hechos fueron cometidos entre los meses de diciembre de 2015 y enero de 2016, a través de dos cuentas de la red social “Twitter”, en las que el autor contaba con una cantidad de seguidores “en torno a los dos mil, siendo alrededor de cinco millones el número de usuarios de dicha red social en España”.

²³ En cuyo caso “se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado”.

²⁴ La STS 987/2009, de 13 de octubre, se decía que “tanto la doctrina científica como la jurisprudencia de esta Sala distinguen entre orden público y paz pública, en el sentido de que aquel es el simple orden, en tanto que la paz pública, concepto más amplio se integraría por el conjunto de condiciones externas que permiten el normal desarrollo de la convivencia ciudadana, el orden de la comunidad y en definitiva la observancia de las reglas que facilitan esa convivencia –STS 1321/1999–, y por tanto permiten el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas –STS 1622/2001–.”

Más recientemente, la STS 294/2015, de 20 de mayo, si bien en el ámbito del delito de terrorismo, define la alteración de la paz pública como “aquella acción que pretende crear conmoción en una colectividad potencialmente abierta de personas, impidiendo o degradando la calidad de su vida civil y alterando gravemente su paz en tanto que sujeto colectivo”. En el mismo ámbito, la STS 175/2013, de 12 de marzo, la identifica con la “atemorización social”.

27. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

La reforma operada por LO 1/2015 incorpora al catálogo de delitos atribuibles a las personas jurídicas los delitos de odio y enaltecimiento y lo hace con la errata en el art. 510 bis de la referencia a los “dos artículos anteriores” en lugar de al “artículo anterior”, como subraya la Circular 1/2016, de 22 de enero, *sobre la responsabilidad de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015*.

En efecto, conforme al art. 510 bis CP “cuando de acuerdo con lo establecido en el art. 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del art. 510 del Código Penal”.