



T.S.J.ILLES BALEARS SALA CIV/PE
PALMA DE MALLORCA
SENTENCIA: 00009/2020

-

PLAÇA DES MERCAT 12
Teléfono: 971 721062
Correo electrónico:
Equipo/usuario: TOD
Modelo: N85860
N.I.G.: 07040 31 2 2018 0000012

Ref^a.- PA PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000001 /2019

SOBRE: PREVARICACIÓN JUDICIAL, CONTRA LA INVOLABILIDAD DEL DOMICILIO, CONTRA EL EJERCICIO DE OTROS DERECHOS CÍVICOS Y DE INTERCEPTACIÓN ILEGAL DE TELECOMUNICACIONES

Excmo. Sr. Presidente
Antonio José Terrasa García
Ilmos. Srs. Magsitrados
Carlos Gómez Martínez
Pedro José Barceló Obrador

SENTENCIA NÚM 9/2020

En Palma, a doce de marzo de dos mil veinte.

Vista ante esta Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia en juicio oral y público la presente causa instruida por delito de prevaricación, contra la inviolabilidad del domicilio, contra el ejercicio de otros derechos cívicos y de interceptación ilegal de telecomunicaciones, contra D. Miguel Jesús Florit Mulet,

cuyas demás circunstancias personales constan en autos, representado por la Procuradora D^a. Esperanza Nadal Salom y defendido por el Abogado D. José Zaforteza Fortuny, siendo partes querellantes las entidades EDITORA BALEAR S.A., AGENCIA EFE, y D. José Francisco Mestre García representados por la Procuradora Joana Socias Reynes y bajo asistencia letrada de D. Nicolás González Cuellar Serrano; la entidad EUROPA PRESS DELEGACIONES S.A. y D^a. Blanca Pou Schmidt representados por la misma Procuradora y asistidos por el Abogado D. Javier Crespo Bonachera, actuando en calidad de Acción Popular la entidad ASOCIACIÓN DE MEDIOS DE LA INFORMACIÓN (AMI) representada por la anterior Procuradora, bajo dirección letrada de D. Tomás Martínez Peña.

Asimismo, son parte el Ministerio Fiscal, representado por el Excmo. Sr. Fiscal Jefe D. Bartomeu Barceló y la Abogacía del Estado, representada por la Ilma. Sra. María Dolores Ripoll Martínez de Bedoya, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado Carlos Gómez Martínez.

ANTECEDENTES PROCEDIMENTALES

PRIMERO. Al inicio del acto del juicio oral se abrió un turno previo para el planteamiento de cuestiones procesales y aportación de nuevos medios probatorios en aplicación de lo previsto en el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Dada la palabra a las partes, el Ministerio Fiscal hizo constar su protesta por la composición del tribunal dado que, a su entender, concurre en sus miembros la causa de abstención y recusación del artículo 219-11^a de la Ley Orgánica del Poder Judicial por haber intervenido en una fase anterior del presente proceso.

La Abogacía del Estado alegó como cuestión previa la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva por la falta de concreción con la que la acusación particular, ejercitada por don Francisco Mestre García, habría formulado su acción de responsabilidad civil al no indicar dato alguno con base en el cual dicha parte fija la

cantidad de 30.000 € que reclama en concepto de indemnización, lo que le habría impedido articular adecuadamente su defensa.

Tras haberse pronunciado los letrados de las partes sobre esta cuestión, el tribunal acordó resolverla en sentencia.

Tanto el Ministerio Fiscal como la Abogacía del Estado aportaron nueva prueba documental que el tribunal acordó que quedara unida a las actuaciones.

Todas las acusaciones renunciaron a la testifical del legal representante de la Agencia Efe; y la acusación ejercitada por don Francisco Mestre García, Editora Balear S.A y Agencia Efe, con el acuerdo de la de la Asociación de Medios de la Información, renunció a la testifical de doña Antonia Roca Casas.

Practicado el cuadro probatorio propuesto por las partes, se sustanció el trámite de conclusiones en el que todas las partes elevaron las provisionales a definitivas.

Tanto la acusación ejercitada por don José Francisco Mestre García, Editora Balear S.A., doña Blanca Pou Schmidt, Europa Press Delegaciones S.A. y Agencia Efe S.A.U. S.M.E., como la acusación popular ejercitada por la Asociación de Medios de la Información solicitaron la imposición al acusado de las siguientes penas: 1) Por el delito consumado continuado de prevaricación judicial del artículo 446.3º del Código Penal, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de veinte años y multa de veinticuatro meses, con cuota diaria de 40 euros y aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago del artículo 53 del Código Penal; 2) Por dos delitos consumados contra la inviolabilidad del domicilio previsto en el artículo 534.1.1º y 2º del Código Penal, por cada uno de ellos, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años, con multa de doce meses, con cuota diaria de 40 euros y aplicación de la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago del artículo 53 del Código Penal; 3) Por el delito consumado continuado contra el ejercicio de otros derechos cívicos -derecho al secreto profesional periodístico y derecho a la

intimidación-, previsto en el artículo 542 del Código Penal, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro años; y 4) Por el delito consumado continuado de interceptación ilegal de telecomunicaciones, previsto en el artículo 536 del Código Penal, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis años.

La acusación ejercitada por don José Francisco Mestre García, Editora Balear S.A., doña Blanca Pou Schmidt, Europa Press Delegaciones S.A. y Agencia Efe S.A.U. S.M.E solicitó, además, la condena del acusado a abonar a don José Francisco Mestre García la suma de 30.000 como indemnización por la responsabilidad civil derivada de los delitos, de cuyo abono sería responsable subsidiario el Estado.

Tanto la defensa como el Ministerio Fiscal solicitaron la libre absolución del acusado.

Evacuados los informes en apoyo de las respectivas pretensiones, se concedió la última palabra al acusado que renunció a su uso, declarándose el juicio visto para sentencia.

CUESTION PREVIA

Para la Abogacía del Estado se ha producido vulneración de su derecho a la tutela judicial (artículo 24.1 de la Constitución) por la indeterminación con la que la acusación particular ejercitada por don José Francisco Mestre García ha reclamado la indemnización.

El tribunal entiende que no se ha producido la invocada lesión del derecho a la tutela judicial de la Abogacía del Estado puesto que en el escrito de acusación se establecen con suficiente precisión los hechos causantes del daño que se reclama (la adopción de una serie de decisiones judiciales que se consideran constitutivas de

delito) y el perjuicio que éstos habrían producido al Sr. Mestre, consistentes daños a la salud, profesionales y morales.

Es cierto que no se indican en el escrito de acusación las bases con arreglo a las cuales el perjuicio se cuantifica, pero no podemos olvidar que el daño moral consiste, según la jurisprudencia, en «un sufrimiento o padecimiento psíquico, que se considera concurre en diversas situaciones como el impacto o sufrimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra (como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre), ansiedad, angustia, incertidumbre, impacto, quebranto y otras situaciones similares» (STS, Sala 1ª, nº 245/2019 de 25 de abril de 2019) y que, por tanto, su cálculo solo puede ser estimativo; y que respecto a los otros daños -a la salud y profesionales- la falta de concreción y de acreditación inicial podrán dar lugar, en su caso, a la desestimación de la pretensión, sin vulneración alguna al derecho de la parte demandada.

En efecto, si la existencia del daño o su cuantificación no se prueban, ni inicialmente mediante la correspondiente aportación de datos y la correspondiente documentación, ni en el curso del proceso, dicha falta de acreditación de estos hechos, por ser constitutivos de la pretensión actora, producirá como efecto la desestimación de la acción indemnizatoria (artículo 217. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), lo que no entrañaría lesión alguna a los derechos de la parte frente quien se reclaman, parte que, al contrario, se vería beneficiada por las normas sobre el reparto de la carga de la prueba en el proceso civil, que son las que rigen en el ejercicio de la acción de responsabilidad civil derivada del delito.

En definitiva, la Abogacía del Estado confunde la eventual falta de fundamentación de la pretensión indemnizatoria con la vulneración de su derecho a la tutela judicial. Dicha parte procesal ha tenido la oportunidad procesal, tanto de negar la existencia de daños, como de impugnar la cuantía de la indemnización, entre otras cosas, por su inconcreción y falta de la debida acreditación lo que, por otro lado, ha hecho en el mismo acto del juicio oral, por lo que no se ha producido indefensión ni vulneración alguna de su derecho a la tutela judicial.

HECHOS PROBADOS

Don Miguel Florit Mulet, mayor de edad y sin antecedentes penales, era magistrado a cargo de la instrucción de las diligencias previas 1002/2018 del Juzgado de Instrucción número 12 de Palma, incoadas para la investigación de un delito de descubrimiento y relevación de secretos por funcionario público que se habría cometido por filtración a la prensa de documentos que formaban parte de la causa denominada *caso Cursach*, inicialmente un informe económico del Grupo de Blanqueo de la Policía Nacional de 28 de junio de 2018 y un informe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada de 3 de julio de 2018, aunque a lo largo de la investigación se pudo precisar que se habían producido filtraciones de otros documentos y de otros datos cubiertos por el carácter reservado o secreto de las actuaciones sumariales.

El Sr. Florit actuaba en sustitución ordinaria por haber sido admitida la recusación del anterior instructor.

En el curso de dichas diligencias se produjeron los siguientes hechos:

a) Mediante escrito de 12 de septiembre de 2018, el inspector número CP 78.808 de la Policía Nacional solicitó del juez que recabase de distintas operadoras de telefonía «los listados de llamadas emitidas y recibidas así como los posicionamientos de los teléfonos y resto de datos asociados» de los terminales de los que eran usuarios don José Francisco Mestre García (desde el 15 de junio de 2018 hasta la fecha del auto) y doña Blanca Pou Schmidt (desde el 1 de enero de 2018 hasta la fecha de la resolución); así como del teléfono fijo de Europa Press (desde el 1 de enero de 2018 hasta la misma fecha).

En el oficio policial se aludía expresamente a la condición de periodistas de los titulares de los teléfonos y, además, se informaba de que se había llevado a cabo

una entrevista con doña Blanca Pou Schmidt en la que esta había manifestado no tener intención de revelar su fuente.

El 13 de septiembre de 2018 el fiscal informó favorablemente la petición de la policía por entender que se trataba de medidas de investigación no invasivas, proporcionadas y ponderadas para averiguar la realidad sobre un posible delito grave del artículo 417.1, párrafo segundo, del Código Penal.

Esa misma fecha, el juez dictó auto acordando las medidas solicitadas por la policía. El único fundamento legal que se menciona en la resolución es la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal cuyo artículo 11, se dice en el auto, permite la cesión de los datos a requerimiento, entre otras autoridades, del juez, en el ejercicio de las funciones que tiene atribuidas. El auto no hace referencia alguna al derecho de los periodistas al secreto profesional ya que el juez, confiado en el criterio del fiscal sobre la adecuación a derecho de la medida de investigación propuesta, no lo ponderó debidamente con el interés del Estado en la persecución del delito de revelación de secretos.

b) A través de escrito de 8 de octubre de 2018, el mismo inspector de policía solicitó del juez de instrucción la adopción de idéntica medida de investigación tecnológica, pero abarcando distinto período. Así, los datos del teléfono de don José Francisco Mestre García debían comprender desde octubre de 2017 hasta el 15 de junio de 2018 y los de doña Blanca Pou Schmidt y de Europa Press desde octubre de 2017 hasta el 1 de enero de 2018. En el oficio se informa al juez de que el periodista Sr. Mestre había manifestado, como anteriormente lo había hecho la periodista de Europa Press (doña Blanca Pou Schmidt), que no tenía intención de revelar sus fuentes.

El fiscal emitió informe el 17 de octubre de 2018 en los mismos términos que el de 13 de septiembre anterior.

Por auto de 17 de octubre de 2018 el juez accedió a autorizar las medidas de investigación tecnológica solicitadas. En el fundamento jurídico primero de la resolución de alude, de nuevo, a la Ley de Protección de Datos Personales en sentido idéntico al del auto anterior (de 13 de septiembre de 2018). Además, en su fundamento jurídico segundo se incluye una mención a los artículos 588 bis a y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y expresamente se indica que: «todavía no está identificado el autor o autores de la filtración efectuada y precisamente se persigue con estas medidas averiguar su identidad». El auto no hace referencia alguna al derecho de los periodistas al secreto profesional ya que el juez, confiado en el criterio del fiscal sobre la adecuación a derecho de la medida de investigación propuesta, no lo ponderó debidamente con el interés del Estado en la persecución del delito de revelación de secretos.

c) Por oficio de 27 de noviembre de 2018, el mismo inspector de policía número CP 78.808 dio cuenta al juez instructor del resultado del análisis de los listados de llamadas y solicitó, además, la intervención de los teléfonos de los policías investigados don Iván Bandera Marcos y don José Luis García Reguera, así como de la pareja de este, doña Antonia Vidal Company. El mismo oficio instaba la incorporación al proceso del listado de llamadas entrantes o salientes -datos de tráfico- del teléfono de la periodista doña Blanca Pou Schmidt durante un período anterior al examinado hasta el momento, desde enero de 2016 (o desde que se poseyesen datos) hasta el 30 de septiembre de 2017. El fiscal informó favorablemente las peticiones.

El 28 de noviembre de 2018 el juez instructor dictó auto habilitante para las medidas solicitadas. En sus fundamentos jurídicos, la resolución judicial se centra en las intervenciones telefónicas que acuerda, pero no hace referencia alguna a la medida de incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico de los móviles. El auto incluye una alusión al artículo 588 ter j de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, este sí referido a la incorporación al proceso de listados de llamadas entrantes y salientes, pero en la parte dispositiva, para indicar la forma y garantías con las que se llevaría a cabo la medida. El auto no hace referencia alguna al derecho de la periodista al

secreto profesional ya que el juez, confiado en el criterio del fiscal sobre la adecuación a derecho de la medida de investigación propuesta, no lo ponderó debidamente con el interés del Estado en la persecución del delito de revelación de secretos.

d) Mediante oficio de 10 de diciembre de 2018, de nuevo el mismo inspector de policía, solicitó del juez la intervención «para su posterior volcado y estudio» de los teléfonos móviles, *pen drives*, memorias externas o documentos de doña Blanca Pou Schmidt y de don José Francisco Mestre García.

El Ministerio Fiscal informó favorablemente la solicitud de la policía. En su escrito, fechado el 11 de diciembre de 2018, el fiscal da por buena la petición de la policía y la funda en el artículo 573 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que permite que se acuerde la intervención de libros y papeles de persona contra la que no se siga el proceso y en el artículo 574 de la misma ley procesal penal que establece la obligación del juez de ordenar recoger los instrumentos y efectos del delito. En el escrito del fiscal se señala también que la finalidad de la medida es «obtener evidencias de la divulgación de documentación policial y judicial».

El mismo día 11 de diciembre de 2018, el juez dictó auto en el que autorizaba las medidas solicitadas. En la parte dispositiva del auto se acordaba, en cambio, «la entrada y registro en los lugares que se dirá» para, a continuación, mencionar los dispositivos de almacenamiento masivo de información de los que fueran titulares los periodistas doña Blanca Pou Schmidt y don José Francisco Mestre García. Los fundamentos jurídicos de la resolución se extienden a los preceptos relativos a la entrada y registro en domicilio, al registro de libros y papeles y también al registro de dispositivos de almacenamiento masivo de información. El auto no hace referencia alguna al derecho de los periodistas al secreto profesional ya que el juez, confiado en el criterio del fiscal sobre la adecuación a derecho de la medida de investigación propuesta, no lo ponderó debidamente con el interés del Estado en la persecución del delito de revelación de secretos.

En cumplimiento de esta resolución, la letrada de la Administración de Justicia, los dos miembros de la policía judicial encargados de la investigación (Inspector nº 78.808 y funcionario CNP nº 106.024), acompañados por un funcionario que les prestaba apoyo informático (CNP nº 116.262) se personaron en la sede de Europa Press y accedieron al despacho en ese momento ocupado por doña Blanca Pou Schmidt y por la delegada de Europa Press doña Antonia López Cantero a la que instaron a salir de la dependencia. Una vez a solas con doña Blanca Pou Schmidt, los componentes de la comisión judicial le requirieron a la entrega de los dispositivos con exhibición de la parte dispositiva del auto. La Sra. Pou invocó su condición de periodista y su derecho a no revelar las fuentes y, finalmente, les hizo entrega de un móvil, un pen drive, dos torres informáticas marca Dell y diversa documentación en papel.

Tras ello, la letrada de la Administración de Justicia y los mismos funcionarios de policía, aunque en esta ocasión en sede judicial, requirieron a don José Francisco Mestre García al cumplimiento de lo acordado, ante lo cual el periodista entregó su móvil sin que conste que en ese momento hiciera invocación alguna de su derecho al secreto profesional y a la protección de sus fuentes. El Sr. Mestre manifestó a los agentes de la policía judicial actuantes que tenía material sobre el *caso Cursach* en su despacho del Diario de Mallorca y convino en entregárselo después de comer.

Por la tarde, los policías actuantes, no acompañados ya por la letrada de la Administración de Justicia, se personaron en la sede del Diario de Mallorca a cuyo hall de entrada accedieron. Los empleados de seguridad dieron aviso de su presencia a la dirección del periódico que se personó en ese momento, junto a otras personas, entre ellas el Sr. Mestre quien manifestó a los policías que no quería hacerles entrega de ningún material, ante lo cual el inspector 78.808 recriminó al Sr. Mestre que eso no era lo convenido y, junto a su compañero, dieron media vuelta abandonando el lugar.

Los efectos quedaron bajo custodia policial hasta que, al día siguiente, y siguiendo las órdenes del juez instructor, todo lo intervenido fue llevado al Juzgado de

instrucción número 12 de Palma en el que los objetos incautados quedaron bajo la custodia del letrado de la Administración de Justicia.

El 21 de diciembre de 2018, tras la detención y posterior puesta en libertad de dos policías del grupo de blanqueo como presuntos autores del delito de revelación de secretos investigado, el juez de instrucción acusado dictó auto en el que acordaba la devolución de los efectos intervenidos a los periodistas. En su resolución el juez argumentaba que había llevado a cabo una nueva ponderación «de los distintos derechos fundamentales en juego» y en su único fundamento jurídico alude a «los derechos de terceros en esta causa afectados por las intervenciones acordadas». Por otro lado, el instructor basa su decisión de devolver los móviles y demás efectos incautados en que en ese momento había recibido ya noticias que apuntaban en el sentido de «una mengua importante de la necesidad y eficacia de las medidas acordadas». El auto no hace referencia expresa al derecho de los periodistas al secreto profesional.

En comparecencia celebrada el 4 de enero de 2019, el letrado de la Administración de Justicia devolvió a los periodistas los móviles y demás dispositivos incautados sin que conste que se hubiera realizado el volcado y estudio de datos acordado en el auto de 11 de diciembre de 2018.

Finalmente, el 8 de enero de 2019 la policía remitió oficio al Juzgado de Instrucción nº 12 al que acompañaba los documentos intervenidos a la periodista doña Blanca Pou Schmidt, que le fueron devueltos en cumplimiento de lo acordado en providencia de 12 de enero de 2019.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. – *Justificación de la prueba*

La precedente declaración de hechos probados se sustenta en la prueba practicada en el acto del juicio oral, producida bajo los principios de inmediación, oralidad, concentración, publicidad, contradicción efectiva, igualdad de partes y asistencia letrada. Este Tribunal ha valorado la prueba con cumplimiento de las exigencias pautadas por el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

El testimonio de lo actuado en las diligencias previas 1002/2018 del Juzgado de Instrucción número 12 de Palma ha resultado esencial para establecer los hechos probados, dado que lo que se enjuicia es una actuación llevada a cabo mediante el dictado de las resoluciones judiciales mencionadas, las cuales constan, junto al resto de los actos procesales, con sus trámites antecedentes y consecuentes, debidamente documentadas en la mencionada causa penal.

Respecto del hecho de si, a pesar de la omisión de esta cuestión en los autos examinados, hubo efectiva ponderación o no del derecho fundamental de los periodistas al secreto profesional, el resultado de la prueba ha sido el siguiente:

(i) En su declaración en juicio el Sr. Florit manifestó haber hecho ponderación de este derecho fundamental antes de dictar las resoluciones a las que nos venimos refiriendo, pero no puede olvidarse que en fase de instrucción dicho encausado declaró, respecto de los listados de llamadas entrantes y salientes, que ni siquiera se planteó su posible colisión con el derecho al secreto profesional de los periodistas ya que, por el carácter poco invasivo de la medida, las fuentes no podían ser descubiertas. Y respecto a la intervención de dispositivos, preguntado sobre si realizó o no un juicio de ponderación contestó, en una ocasión, que: «La hubo, aunque no se escribió con la exquisitez con que hubiera podido hacerse»; y en otra ocasión respondió a la misma pregunta que «No sabría qué contestar».

(ii) El Fiscal Sr. Carrau, que informó favorablemente todas las medidas de investigación, ha declarado en juicio que en las múltiples reuniones que se celebraron sobre el tema, previas al dictado del auto de 13 de septiembre de 2018, no se abordó la cuestión del secreto de las comunicaciones y dijo no recordar si en

dichas reuniones estaba presente el Sr. Florit o no. Con relación al auto de 11 de diciembre de 2018, el de incautación de los móviles, el fiscal manifestó no recordar haber comentado nada con el juez en fechas inmediatamente anteriores sobre la toma en consideración del derecho al secreto profesional de los periodistas.

(iii) El inspector nº 78.808 ha testificado en el acto del juicio oral que antes del auto de 11 de diciembre de 2018 participó en numerosas reuniones con juez y fiscal en las que se trató el tema del secreto profesional de los periodistas habiendo manifestado el Sr. Florit que iba a estudiarlo y que, bajo su punto de vista, el delito investigado era muy grave.

Es cierto que, en una de las resoluciones judiciales examinadas, la de 17 de octubre de 2018, se contiene la siguiente mención: «todavía no está identificado el autor o autores de la filtración efectuada y precisamente se persigue con estas medidas averiguar su identidad», pero el acusado se limita aquí a hacer mención del propósito de las diligencias de investigación acordadas, sin valoración ni ponderación alguna.

El resultado de estas pruebas -interrogatorio del acusado puesto en relación con su declaración sumarial, testifical del fiscal Sr. Carrau y testifical del inspector 78.808, unido a la ausencia de mención al derecho profesional de los periodistas en las resoluciones examinadas-, llevan a este tribunal la conclusión de que el magistrado acusado, confiado en el criterio del fiscal sobre la adecuación a derecho de la medida de investigación propuesta, no ponderó debidamente el principio de tutela de las fuentes de información periodística con el interés del Estado en la persecución del delito de revelación de secretos, hasta que, advertido por la repercusión mediática que levantó la medida de incautación de los móviles, intentó una rectificación.

Para la acreditación de lo acaecido durante la ejecución de lo acordado en el auto de 11 de diciembre de 2018 han sido especialmente relevantes las testificales. Así, tanto los periodistas querellantes, como las representaciones legales de las

empresas para las que trabajan (que, además, en las personas que comparecieron como testigos, estuvieron presentes en el desarrollo de parte de los hechos), como los policías que llevaron a cabo la intervención (78.808, 106.024 y 116.262), como la letrada de la Administración de Justicia firmante del acta de incautación de los móviles, ofrecen un relato esencialmente coincidente de los episodios que tuvieron lugar al intentarse la ejecución material de la resolución judicial. La concordancia se extiende al hecho de la invocación de su derecho por parte de la Sra. Pou Schmidt, reconocida en sus testificales por el inspector 78.080, funcionario CNP 106.024 e incluso por el funcionario de apoyo informático CNP 116.262.

Existe una cierta discrepancia entre los testigos sobre si el periodista Sr. Mestre había accedido o no a hacer entrega del material sobre el *caso Cursach* que tenía en su poder en la sede del Diario de Mallorca. Sin embargo, este tribunal considera que dicho acuerdo sí existió por cuanto la propia directora del periódico doña María Ferrer declaró en juicio que, al llegar a las oficinas del Diario de Mallorca y comprobar la oposición a la entrega del referido material, los agentes de la policía judicial reprocharon al Sr. Mestre que eso no era lo convenido. Por otro lado, es lógico pensar que, si los policías hubieran creído que la entrega no iba a ser voluntaria, hubieran comparecido con la letrada de la Administración de Justicia, tal como había ocurrido por la mañana.

SEGUNDO. – *El derecho al secreto profesional de los periodistas y sus límites*

El derecho al secreto profesional de los periodistas, reconocido por el artículo 20.1.d) de la Constitución y huérfano de desarrollo legislativo en España, tiene como titulares a «las personas físicas y jurídicas que se dedican de modo habitual o profesional a recolectar información y difundirla entre el público a través de cualquier medio de comunicación de masas». Así se define al *periodista* en la Recomendación No. (2000) 7, de 8 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el derecho al secreto profesional de los periodistas.

La importancia de la función que desarrollan los profesionales de la información para la configuración de una opinión pública libre y, por tanto, para el pluralismo político - uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento jurídico, según el artículo 1.1 de la Constitución-, ha determinado que en nuestro país se configurase el secreto periodístico como derecho fundamental, lo que supone reconocerle un grado de protección superior a aquel del que goza en algunos de los Estados Miembros de la Unión Europea y del Consejo de Europa. Sin embargo, a pesar del tiempo transcurrido desde la promulgación de la Constitución, no se ha aprobado todavía una ley que lo regule.

La tutela privilegiada del derecho al secreto de los periodistas se debe a que, aunque su titular sea individual, esto es, cada uno de los profesionales de la información, sus beneficiarios son la totalidad de los ciudadanos. La protección de las fuentes de información no sirve solo al interés particular de cada uno de los periodistas, sino que tiene una importante dimensión colectiva por cuanto afecta al derecho de toda la ciudadanía a recibir información, derecho que también se recoge en el mismo artículo 20.1.d) de la Constitución: «Se reconocen y protegen los derechos: [...] d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades». La proximidad en la literalidad del texto, su inclusión en el mismo apartado, es, por sí sola, ilustrativa de la estrecha relación y de la cercanía sistémica y axiológica entre ambos derechos fundamentales: la libertad de información y el secreto profesional de los periodistas.

El Tribunal Constitucional, ya en su antigua sentencia de 6/1981, de 16 de marzo, señalaba que:

«El art. 20 de la C.E. garantiza el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual serían formas hueras las instituciones representativas, se falsearía el principio de legitimidad democrática y no habría ni sociedad libre ni, en consecuencia, soberanía popular [...] La preservación de la comunicación pública libre exige tanto la garantía de ciertos derechos

fundamentales como una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y a las personas que profesionalmente los sirven».

Y es que, en efecto, aun cuando no existiera su reconocimiento constitucional expreso, el derecho al secreto profesional se hubiera podido deducir del artículo 20.1 d) de la Constitución Española de manera similar a como lo ha venido haciendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha derivado el derecho al secreto profesional de los periodistas del artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, precepto que consagra la libertad de expresión, dentro de la que incluye las libertades de opinión y de recibir o informaciones o ideas, pero sin alusión expresa a la protección de las fuentes de los periodistas. Es en ese sentido de vinculación entre libertad de información y secreto profesional de los periodistas que la Recomendación No. R (2000) 7, de 8 de marzo, del Comité de Ministros del Consejo de Europa señala que «el derecho a la libertad de expresión e información constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y una de las condiciones básicas para el progreso y desarrollo de cada individuo».

Ahora bien, el derecho al secreto profesional de los periodistas no puede ser absoluto ya que en las sociedades democráticas su aplicación puede verse limitada o condicionada por la concurrencia de otro derecho también fundamental o de un interés legítimo relevante. En terminología de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los EEUU en desarrollo de la primera enmienda de su Constitución, el derecho a no revelar las fuentes no es un *privilegio absoluto (absolute privilege)*, sino un *privilegio cualificado (qualified privilege)*; o, como ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la protección de las fuentes periodísticas goza de una fuerte, aunque no absoluta ni ilimitada, protección (*Godwin c. Reino Unido*, 27 de mayo de 1996).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sentado jurisprudencia con relación a la extensión del derecho al secreto profesional de los periodistas, a la protección de

sus fuentes de información en los siguientes extremos que resultan de relevancia para el caso de autos, a saber:

(i) El secreto profesional del periodista se extiende a todo el material utilizado o creado por el periodista que indiciariamente pudiera conducir a la identificación de la fuente como notas, grabaciones y documentos, (SSTEDH *Roemen y Schmit c. Luxemburgo*, de 25 de febrero de 2003, *Ernst y otros c. Bélgica*, de 15 de julio de 2003, *Tillack c. Bélgica*, de 27 de noviembre de 2007, o *Sanoma II c. Países Bajos*, de 14 de septiembre de 2010). En concreto, la sentencia *Nagla c. Latvia*, de 16 de julio de 2013, se refiere expresamente a los ordenadores portátiles, memorias externas, tarjetas de memoria o discos duros, en definitiva, los nuevos soportes de información y almacenamiento.

(ii) Los límites del secreto profesional, han de ser objeto de interpretación restrictiva o, como señala la sentencia *Stoll c. Suiza I*, de 25 de abril de 2006, «Las excepciones a la libertad de expresión [de los periodistas, puesto que esa era la profesión del demandante] deben ser estrictamente construidas».

(iii) En la ya citada sentencia *Nagla c. Latvia*, de 16 de julio de 2013 (como anteriormente hiciera en *Röemen y Schmit c. Luxemburgo*, de 25 de febrero de 2003), el Tribunal pone de manifiesto que los registros o intervenciones de la policía y aún los ordenados por la autoridad judicial, cuando van dirigidos a desvelar la identidad de las fuentes de información de los periodistas «constituyen un acto más grave que el propio requerimiento judicial al periodista para que lo haga». Por ello el tribunal señala que las limitaciones a la confidencialidad de las fuentes periodísticas reclaman el mayor cuidado en el escrutinio por el Tribunal acerca de la consideración de si las circunstancias que motivan las diligencias de registro son «razonables y suficientes» para justificar la limitación del derecho al secreto profesional.

(iv) En la sentencia *Fressoz y Roire c. Francia* de 21 de enero de 1999 el Tribunal Europeo de Derechos Humanos sienta la doctrina de que la posible vulneración por

parte de funcionarios públicos de la obligación de mantener el secreto no significa que los periodistas que publiquen los datos provenientes de dichos funcionarios no ejercitasen correctamente la libertad de información. La conducta del informador se habría de valorar conforme a otros criterios (el interés público de la noticia, su veracidad, etc.), sin que en ningún caso el periodista haya de asumir responsabilidad alguna por no identificar a quienes hubieran filtrado la información. La posible responsabilidad del periodista por un eventual ejercicio inadecuado de la libertad de información contrario a derechos de terceros nada tendría que ver con la protección de sus fuentes.

TERCERO. – *El tipo objetivo del delito de prevaricación: la injusticia de la resolución*

El tipo objetivo del delito de prevaricación judicial se contiene en el concepto «resolución injusta» que se utiliza tanto en el artículo 446 (prevaricación dolosa) como en el 447 (prevaricación imprudente) del Código Penal aunque cualificada, en este último caso, por el adverbio «manifiestamente».

La injusticia de la resolución constituye un elemento normativo específico del tipo objetivo necesitado de valoración judicial. La doctrina lo analiza con referencia a tres teorías, llamadas subjetiva, objetiva y de los deberes. Así, con arreglo a la teoría subjetiva, la injusticia de la decisión radica en que el juez resuelve contra lo que le indica su convicción o su conciencia, con independencia de que la resolución sea o no adecuada al derecho positivo.

Para la teoría objetiva, por el contrario, el concepto de injusticia es objetivo e independiente de las concepciones particulares del juez o magistrado, de modo que la injusticia de la resolución solo puede determinarse desde la perspectiva de la legalidad y de ello resulta que es injusta la resolución judicial que es abiertamente contraria al ordenamiento jurídico.

Finalmente, se ha defendido, como una evolución de la teoría objetiva, la teoría llamada de los deberes, que toma en consideración la obligación del juez de buscar

la interpretación de la norma adecuada a cada situación, para aplicarla al caso en cuestión según el espíritu y la finalidad de la ley, dado que en ello consiste la jurisdicción.

En general, la doctrina, superando la teoría puramente objetiva y ateniéndose a la llamada teoría de los deberes, considera la injusticia constitutiva del delito de prevaricación judicial como la contradicción objetiva al ordenamiento jurídico que no puede explicarse mediante una interpretación razonable o cuando el criterio adoptado es abiertamente contrario a cualquiera de las posibles interpretaciones del derecho aplicable.

La sentencia del Tribunal Supremo 554/2018, de 14 de noviembre, recoge la doctrina sentada por la Sala 2ª en los siguientes términos:

«El elemento del tipo objetivo consistente en la injusticia de la resolución no se aprecia cuando se produce una mera contradicción con el derecho. Por el contrario, la jurisprudencia, [...] ha venido insistiendo en que la injusticia requerida por el artículo 446 del Código vigente exige una absoluta colisión de la actuación judicial con la norma aplicada en el caso, de tal forma que la decisión cuestionada no pueda ser explicada mediante ninguna interpretación razonable efectuada con los métodos usualmente admitidos en Derecho. Igualmente, [...] la determinación de tal injusticia no radica en que el autor la estime como tal, sino que en clave estrictamente objetiva la misma merezca tal calificación cuando la resolución no se encuentra dentro de las opiniones que pueden ser jurídicamente defendibles. Y según se decía en la STS nº 102/2009, FJ 5º, la teoría objetiva [...] es complementada por la teoría de la infracción del deber que salva las críticas a la formulación objetiva respecto de las normas de contenido impreciso. En estos supuestos y en los de decisiones sobre facultades discrecionales se afirma la posibilidad de decisión prevaricadora cuando el juez excede el contenido de la autorización, cuando el juez decide motivado por consideraciones ajenas al ordenamiento jurídico, o cuando el juez se aparte del método previsto en el ordenamiento».

CUARTO. – La injusticia de las resoluciones objeto de la presente causa

Las resoluciones dictadas por el Sr. Florit, hoy enjuiciadas, adolecen del grave defecto de que en su fundamentación o motivación no se pondera la concurrencia del derecho fundamental al secreto profesional de los periodistas titulares de los teléfonos y dispositivos cuyos datos de tráfico se recababa y cuya intervención se acordaba.

En su informe final, la defensa del acusado ha manifestado que el tema de la motivación de las resoluciones, su insuficiencia o su ausencia, no había sido aducido por la acusación ni se había debatido en la presente causa. Lo cierto es, sin embargo, que en los escritos de acusación, se invoca la falta la ponderación, en las resoluciones examinadas, entre el interés público en la persecución del delito de revelación de secretos y el derecho al secreto profesional de los periodistas, y esa ponderación solo podía hacerse en la motivación. Por tanto, cuando se menciona la falta de ponderación entre principios, derechos o bienes jurídicos en conflicto se está aludiendo, también, aunque no únicamente, ni en un mismo plano, a un defecto de motivación.

Pero, con independencia de su defectuosa motivación -admitida en su informe final por la propia defensa-, las resoluciones objeto de las presentes actuaciones resultan injustas porque en ellas se persigue la identificación de las fuentes de los periodistas, con medidas de injerencia más o menos invasivas, para la investigación de las filtraciones de unas actuaciones sumariales secretas o reservadas, con olvido de que, como se viene diciendo,

los periodistas son titulares del derecho a no revelar sus fuentes y dicho derecho, considerado en nuestro ordenamiento jurídico como fundamental, presenta la singularidad de que sus beneficiarios no son exclusivamente los periodistas individuales sino toda la sociedad, dado que, en definitiva, se trata de una expresión del derecho a la libre información, garantía del pluralismo en una sociedad democrática. Esa *posición especial* de la libertad de información entre los derechos

fundamentales se resalta por el Tribunal Constitucional (STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4), en los siguientes términos: « [...] la libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho 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». Por ello, el derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes, solo puede ceder frente a otros derechos o principios en casos excepcionales después de un estricto escrutinio. Tal como señala el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la jurisprudencia más arriba citada.

Pues bien, basta la lectura de los autos objeto de las presentes actuaciones para comprobar que en ellos ni siquiera se menciona el derecho al secreto profesional de los periodistas, ni explícita ni implícitamente. Solo si estuviéramos examinando dichas resoluciones desde el punto de vista de su validez o nulidad, para lo que no somos competentes, podríamos declarar su nulidad por falta de motivación, pero aquí estamos operando con una categoría distinta, la de la *injusticia* de las resoluciones que es el parámetro que se utiliza en el tipo objetivo en el delito de prevaricación.

En orden a valorar la *injusticia* de la resolución, lo que ha de hacer este tribunal es ponerse, en la medida de lo posible, en lugar del juez, para, tomando en cuenta los elementos de hecho y de derecho que estaban a su disposición, determinar si el contenido de las resoluciones que dictó era claramente contrario al ordenamiento jurídico o no. Pues bien, valorando los autos dictados por el juez, este tribunal considera que dichas resoluciones son injustas, porque su contenido nunca debió ser el que fue, porque la persecución de un delito de revelación de secretos no constituye justificación para medidas que suponen la identificación de las fuentes de información periodísticas. Para llegar a esta conclusión no puede dejar de tomarse en consideración, como elemento de derecho (artículo 10.2 de la Constitución), la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que se ha citado al principio de esta resolución cuyo estudio revela que en ningún caso se ha

considerado justificado el levantamiento del secreto periodístico para la investigación de unas filtraciones.

En efecto, el caso paradigmático en el que ha de operar la protección de las fuentes es, precisamente, el de la persecución pública de un delito de revelación de secretos. En estos supuestos no se da un conflicto entre un interés público – la investigación de un delito- y un interés privado de los periodistas – la confidencialidad de las fuentes. Más bien, ambos son intereses públicos, uno titularidad del Estado en el ejercicio de su derecho a castigar, y el otro concebido en beneficio de la sociedad como garantía de la democracia. Si no es en esta situación en la que ha de operar el derecho al secreto profesional del periodista, no se entrevé en qué otras circunstancias pudiera hacerlo. El resultado de la ponderación podría quizás ser distinto si el objeto de la investigación fuese otro que no tuviese directamente por objeto la revelación de secretos, sino un bien jurídico superior como, por ejemplo, la vida de las personas. Si, ante una investigación policial o judicial sobre revelación de secretos, se hace ceder el derecho del o de la periodista a mantener la confidencialidad de sus fuentes, se vacía de contenido dicho derecho y queda menoscabada la democracia.

Distintas alegaciones se han articulado por parte, tanto del Ministerio Fiscal como de la defensa, contra la consideración como injustas de las resoluciones dictadas por el Sr. Florit, autos del Juzgado de Instrucción número 12 de Palma, de 13 de septiembre, 17 de octubre, 28 de noviembre y 11 de diciembre de 2018, objeto de la presente causa, a tales argumentos nos referiremos a continuación, para desestimarlos.

QUINTO. – *Distinción entre la recurribilidad, la nulidad y la injusticia de la resolución*

Una de las cuestiones que latan en el presente caso y que se han debatido en el juicio oral es la de si cabe entender que una resolución es injusta, a los efectos de integrar el tipo objetivo del delito de prevaricación, cuando puede interponerse contra ella recurso y cuando puede ser anulada, entre otros motivos, por insuficiencia o

falta de motivación. En efecto, tanto el Ministerio Fiscal como la defensa del acusado han sostenido en su informe que las resoluciones objeto de la presente causa eran recurribles y, por tanto, no podían ser injustas; o que eran nulas por su defectuosa motivación, y esa pérdida de validez, era el único efecto que el ordenamiento jurídico podía establecer para ellas y que, consecuentemente, tampoco podían ser consideradas como injustas a los efectos de un eventual delito de prevaricación.

Por ello se hace necesario poner de manifiesto la diferencia entre esas tres categorías aplicadas a una resolución judicial: injusticia, recurribilidad y nulidad, pues este tribunal entiende que se trata de conceptos independientes y que operan en ámbitos distintos.

Así, si se diese por buena la hipótesis de que al ser la resolución recurrible no puede ser considerada injusta, se estaría excluyendo de la posibilidad de cometer delito de prevaricación a todos aquellos jueces que no integran un órgano que decide en última instancia o se estaría limitando el tipo objetivo a una clase de resolución judicial: aquella que no es susceptible de recurso. Pero se trata de una conclusión que esta Sala considera rechazable ya que, de admitirse, un juez de lo penal podría dictar sentencia injusta por condenar en ella, a sabiendas, a un inocente, sin otro efecto que la posibilidad de ser revocada su decisión en el recurso de apelación que la parte pudiera interponer. Es obvio que la sentencia sería susceptible de ser recurrida en apelación, pero ello no excluye, sin más, que pueda ser, también, prevaricadora.

Por estas razones entendemos que no pueden ser tomadas en cuenta las alegaciones sobre si se interpuso recurso o no contra los autos dictados por el acusado, objeto de la presente causa y que carece de relevancia la cuestión de si dichas resoluciones eran recurribles vía artículo 334 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal -difícil al no haberse notificado a los periodistas la fundamentación jurídica del auto que acuerda la incautación de los móviles e imposible en el caso de los autos sobre incorporación al proceso de datos de tráfico de los teléfonos por haber permanecido ocultos a los interesados-, o vía apelación que pueda eventualmente

interponerse si los querellantes llegan a ver reconocido su derecho a personarse en la causa seguida por revelación de secretos en la que los autos se dictaron.

Lo mismo ocurre con la nulidad que, no lo olvidemos, ha de hacerse valer mediante los recursos (artículo 240.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Se trata de una categoría distinta de la injusticia. Es muy probable que una resolución judicial prevaricadora por injusta sea también nula, pero una resolución nula no tiene por qué ser prevaricadora.

En definitiva, el argumento que utiliza la jurisprudencia cuando señala que, desde el punto de vista objetivo, la injusticia de la resolución «supone un plus respecto de la mera ilegalidad que puede ser corregible vía recurso» (entre otras, STS nº 228/2015, de 21 de abril), no opera en sentido inverso, es decir, no es cierto que una resolución por el hecho de ser recurrible no pueda ser injusta a los efectos de su calificación como prevaricadora.

SEXTO. - *El carácter más o menos invasivo de la incorporación al proceso del listado de llamadas entrantes y salientes*

Otro de los argumentos defensivos utilizados a lo largo del proceso, en este caso con relación a los autos acordando la incorporación al proceso del listado de llamadas entrantes y salientes de los periodistas, ha sido el de que esta era una medida mínimamente invasiva de la intimidad.

Respecto de esta cuestión conviene hacer las siguientes precisiones:

a) Se ha alegado que la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2013 entiende que recabar el listado de llamadas entrantes y salientes constituye una injerencia de menor intensidad que puede acordarse incluso por providencia.

Pero lo cierto es que el punto 5.1 de la mencionada circular concluye que:

«Pese a esa cierta relajación en los requisitos, los Sres. Fiscales velarán porque también se acuerde por medio de auto la entrega de los listados de las llamadas, por ser lo más correcto procesalmente. Si, no obstante, la resolución reviste la forma de providencia, esta circunstancia aislada no deberá entenderse por sí como causante de nulidad.

Puede pues concluirse con que tras fluctuaciones jurisprudenciales se ha asentado el criterio que establece que la relación de llamadas emitidas o recibidas por un terminal telefónico es materia que afecta al derecho que garantiza el art. 18.3 CE, siendo necesario a tales efectos, a falta de consentimiento de los sujetos comunicantes, la autorización judicial correspondiente otorgada en el curso de una investigación de carácter penal. Tal autorización será también necesaria para acceder al registro de llamadas entrantes y salientes grabadas en un teléfono móvil (por todas, SSTS 142/2012, de 2 de julio nº 707/2009, de 22 de junio y 230/2007, de 5 de noviembre; STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido)».

b) Con posterioridad a la mencionada circular de la Fiscalía General, se promulgó la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y regulación de las medidas de investigación tecnológica que se refiere expresamente a la incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados imponiendo para esta medida, como para todas las demás contempladas en la misma norma, la obligatoriedad de la autorización judicial mediante auto habilitante motivado. Esta nueva regulación, no lo olvidemos, se hallaba plenamente vigente cuando se dictaron las resoluciones objeto de las presentes actuaciones.

c) Lo esencial en el presente proceso no es si la incorporación de los datos contenidos en el listado de llamadas entrantes y salientes es medida que afecte al derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), al derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones (art. 18.3 CE) o al derecho a la protección de datos (art. 18.4 CE), sino si mediante el dictado de las resoluciones judiciales de autos se afectó

injustamente o no el derecho al secreto profesional de los periodistas (artículo 20.1 d. de la CE). En consecuencia, lo concluyente no es la mayor o menor intensidad de la injerencia que suponía la medida acordada, sino si esta resultaba apta o no para la identificación de las fuentes, que es lo que protege el derecho al secreto profesional de los periodistas.

Es lógico pensar que mediante el cruzado de datos de llamadas entrantes y salientes se pudieran emparejar comunicaciones o conversaciones entre los policías que llevaban la investigación del *caso Cursach* y los periodistas y que, por tanto, pudieran quedar identificadas, con alta probabilidad, las fuentes de información. Fue este, precisamente, el resultado de las investigaciones policiales que finalmente permitió la imputación y detención de dos policías por revelación de secretos, según se indica expresamente en varios lugares del informe policial recapitulativo de 18 de diciembre de 2018.

Sostienen Ministerio Fiscal y defensa del acusado que las fuentes ya estaban identificadas, en concreto tanto el fiscal Sr, Carrau como el inspector 78.808 manifestó en juicio que tenían noticia de que las filtraciones provenían de los policías del grupo de blanqueo por dos circunstancias. La primera era que un compañero había oído decir al jefe de dicho grupo que procediera a filtrar el informe (se trataría del voluminoso informe económico sobre el grupo *Cursach* cuya filtración a la prensa llevó al juez Sr. Florit a iniciar la investigación por revelación de secretos). La segunda era que un compañero manifestó al inspector de policía que cuando se enteró de que estaba siendo investigado, el mismo jefe del grupo de blanqueo exclamó «Me vais a arruinar la vida» y se puso a llorar.

Se trataba, pues, de meras noticias de referencia que fueron completadas por los listados de llamadas entrantes y salientes que, cuando menos, habrían servido para dar consistencia a una inicial y débil identificación de las fuentes de información de los periodistas, por lo que difícilmente puede sostenerse que las medidas acordadas sobre los teléfonos móviles del Sr. Mestre y de la Sra. Pou no iban destinadas a dicha identificación.

En cualquier caso, procede traer aquí a colación la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Becker c. Noruega*, de 5 de octubre de 2017 que establece que el hecho de que ya se haya revelado una fuente no deja sin efecto el derecho del periodista a su secreto profesional. Si así fuese, se perdería una de las bases de la libertad de prensa que consiste en la seguridad de las fuentes que no podrán ser identificadas a través del periodista a quienes confían una información.

d) En el auto de 17 de octubre de 2018, en el que se acuerda dirigir mandamiento judicial a las operadoras de telefonía para que aportasen datos de tráfico relativos a los teléfonos de tres periodistas (doña Blanca Pou Schmidt, don Francisco Mestre García y doña Susana López Lamata) expresamente se hace constar (fundamento jurídico segundo *in fine*): «todavía no está identificado el autor o autores de la filtración efectuada y precisamente se persigue con estas medidas averiguar su identidad». Esta frase, por si sola, demuestra la falacia del argumento de que la incorporación al proceso del listado de llamadas entrantes y salientes no pretendía ni era funcional para la identificación de las fuentes de información.

SÉPTIMO. – *La finalidad del auto de 11 de diciembre de 2018*

Otra alegación exculpatoria, esta con relación al auto de 11 de diciembre de 2018, ha sido la de que la finalidad de la intervención de los dispositivos era únicamente la de hacerse con el cuerpo o con los efectos del delito, pero en ningún caso se pretendía la revelación de las fuentes.

Este argumento ha de ser rechazado, por las siguientes razones:

a) El auto de 11 de diciembre de 2018 acuerda la intervención de los teléfonos «para su posterior volcado y estudio», sin referencia alguna a límites en cuanto al contenido de los terminales, ni en los fundamentos jurídicos, ni en la parte dispositiva de los autos.

b) El informe del fiscal, en el que muestra su conformidad con el de la policía se indica lo se persigue es hacerse *con los instrumentos y efectos del delito*, con invocación del artículo 574 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero tanto si lo que pretendía el auto de 12 de diciembre de 2018 era probar unos hechos, como hacerse con el cuerpo o con los efectos del delito, lo que resulta relevante para la presente causa es que tanto una como otra solo podían conseguirse con vulneración del derecho al secreto profesional de los periodistas.

c) En el mencionado oficio de 11 de diciembre de 2018 también se incluye como finalidad de la medida propuesta la obtención de *evidencias*, término que necesariamente ha de hacer referencia a las pruebas de los hechos, lo que nos coloca en un ámbito distinto al de la mera ocupación material del cuerpo del delito que es lo que ha sugerido el Ministerio Fiscal en el acto del juicio.

OCTAVO. - *La falta de acceso al contenido de los dispositivos intervenidos*

También se ha alegado, como argumento que excluiría el carácter injusto de la resolución, que no llegó a accederse al contenido de los dispositivos intervenidos a los periodistas en el auto de 11 de diciembre de 2018.

Tal alegación carece de virtualidad para evitar la calificación como injusta de dicha resolución, por las siguientes razones:

a) La acción de la prevaricación se consuma con el dictado de la resolución injusta y, por tanto, el delito se predica siempre de la decisión judicial analizada en sí misma, con independencia del grado en que llegue a cumplimentarse. La prevaricación es un delito de resultado de lesión en el bien jurídico protegido, y no de resultado material y, por ello, y tal como señala la STS nº 79/2012, de 9 de febrero de 2012 «Se consuma con el dictado de una resolución que reúna las condiciones formales para ser ejecutada, pero no requiere su ejecución efectiva. Los resultados posteriores podrán dar lugar a valorar la comisión de otro delito».

b) En su declaración en el presente juicio, la periodista doña Blanca Pou manifestó que, en el acto de incautación de los dispositivos, los policías actuantes probaron el *número pin* que les facilitó y también la clave de acceso a una *caja de seguridad* con la que cuenta su móvil y que el agente estuvo mirando su contenido. Aunque se ignora qué información concreta conoció el agente de la autoridad, no parece haber duda de que su conducta, consistente en mirar el contenido del móvil, amparado por la resolución judicial, iba más allá del mundo de las ideas y traspasaba la línea que delimita el ámbito de exclusión protegido por el secreto profesional de la periodista.

c) Finalmente, no podemos olvidar que los autos de 13 de septiembre 17 de octubre y 28 de noviembre de 2018 sobre obtención de los datos de tráfico de los teléfonos sí fueron materialmente ejecutados y produjeron los efectos que les son propios.

NOVENO. – *La existencia en otros juzgados de autos semejantes a los que son objeto de la presente causa*

Finalmente, el Ministerio Fiscal ha opuesto, como argumento en contra de la injusticia de las resoluciones examinadas, la existencia de otros autos semejantes en otros órganos jurisdiccionales del país.

En primer lugar, ha de alentarse que dicha alegación es, por su propia naturaleza cuantitativa, inhábil para incidir en un parámetro puramente cualitativo cual es el de la *injusticia* de las resoluciones.

Pero es que, además, a juicio de este tribunal, la alegación no está suficientemente fundamentada. En efecto, el Ministerio Público aporta como base de su tesis, dos autos del Juzgado Central de Instrucción número 4, uno de fecha 2 de septiembre de 2014 y el otro de 22 de septiembre del mismo año en los que se acuerda la incorporación al proceso de datos de tráfico del teléfono de periodistas. Ambos contienen una motivación idéntica y, por tanto, estereotipada y en ninguno de sus

fundamentos se hace referencia al derecho al secreto profesional de los periodistas, por lo que se ignora si este fue ponderado o, simplemente, tomado en consideración. Los autos posteriores, uno del Juzgado de Instrucción nº 53 de Madrid, de 14 de septiembre de 2015, y otro de la Sección 29 de la Audiencia Provincial de Madrid de 30 de julio de 2016 rechazan declarar la nulidad de las medidas de investigación acordadas. Todas estas resoluciones hacen referencia a un solo caso de adopción de medidas de investigación tecnológica afectantes a periodistas. Además, se aporta un auto de 6 de noviembre de 2015, dictado por el Juzgado de Instrucción número 2 de Madrid en el que, de nuevo, se omite cualquier referencia al derecho fundamental del artículo 20.1.d) de la Constitución.

En cualquier caso, estos autos dictados por otros órganos jurisdiccionales tienen por objeto la incorporación al proceso del listado de llamadas entrantes y salientes y, por tanto, presentarían semejanzas con los autos objeto de las presentes actuaciones, de 13 de septiembre 17 de octubre y 28 de noviembre de 2018, pero no con el de 11 de diciembre de 2018.

Respecto a esta última resolución, resulta ilustrativo lo manifestado por el Fiscal Jefe de la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada al declarar como testigo en el presente juicio cuando, al responder a preguntas, tanto del Ministerio Fiscal como del letrado de Europa Press y de la Sra. Pou, manifestó que nunca la fiscalía que él dirige había solicitado una medida como la de incautación de los teléfonos móviles de los periodistas.

DÉCIMO. – *Análisis del tipo subjetivo*

El tipo subjetivo del delito de prevaricación admite las formas dolosa y culposa. El tipo doloso del artículo 446 del Código Penal consiste en tener la plena conciencia que la resolución que se dicta es injusta, lo que queda objetivado en la expresión *a sabiendas* con la que se designa la conciencia de dictar una resolución contraria a lo que por ley procede.

El dolo exige que el Juez conozca que su decisión es injusta y que la emite a sabiendas de su oposición a la ley con clara y consciente voluntad de contravenirla. La idea que preside la actuación del Juez no es entonces, como le obliga el juramento de su profesión (artículo 318 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) la de *administrar recta e imparcial justicia*, sino la preconcebida decisión de beneficiar a una parte o beneficiarse también el propio Juez o de promover a toda costa la averiguación de un hecho, lo que le coloca en una anómala posición y toma de postura respecto de la cuestión sometida a su juicio, de modo que erige su conciencia en medida de Ley, lo que le está constitucionalmente vedado por el artículo 117 del texto fundamental que, en su apartado 1, establece el sometimiento a la ley como contenido esencial del ejercicio de la potestad jurisdiccional. En definitiva, el juez que prevarica sustituye la voluntad de la ley por la voluntad propia.

La jurisprudencia ha equiparado el dolo a la conciencia de faltar a la justicia y a la legalidad, y ha exigido que el juez sepa y le conste que la resolución que dicta es injusta por contraria a la ley y que, no obstante, la dicte voluntaria y conscientemente, a sabiendas de su injusticia, es decir, con conciencia y voluntad del acto y con intención deliberada y plena conciencia de la ilegalidad. La STS 554/18, de 14 de noviembre, señala que:

« [...] el elemento subjetivo, plasmado en la expresión "a sabiendas", no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta [...] Basta con que el juez sepa que la resolución no es conforme a derecho y que a ella no llegaría empleando los métodos usuales de interpretación, sino solamente imponiendo su propia voluntad, su deseo o su criterio sobre la interpretación racional de la ley».

En el mismo sentido la STS 79/2012, de 9 de febrero establece que:

«En cuanto al elemento subjetivo, plasmado en la expresión "a sabiendas", no es otra cosa que la inclusión expresa del dolo, en el sentido de que el autor debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta. Es decir, debe ser consciente de la adopción de la resolución, de su sentido y de

sus consecuencias y de que todo ello no puede estar amparado en una interpretación razonable de la ley».

No es este el caso de autos en el que la dinámica de los hechos excluye el dolo. No se observa en el acusado una intención patentemente dirigida a vulnerar la ley - propia de la expresión *a sabiendas* utilizada en el tipo-, ni de dictar resolución en contra del derecho al secreto profesional de los periodistas, ni consta que el acusado buscara expresamente dictar resoluciones contrarias al ordenamiento jurídico que, por lo demás, ningún beneficio habían de reportarle. El delito doloso exige que el juez «tuviera que saber que estaba dictando una resolución injusta y consciente de ello decidió hacerlo» (STS 359/2002, de 26 de febrero), lo que no consta que se produjera en el caso de autos.

En este punto se hace necesario traer a colación la actuación del fiscal. En efecto, se hace preciso recordar que el fiscal informó favorablemente todas las medidas finalmente adoptadas por el juez, lo que pudo generar en este que actuaba, no lo olvidemos, como sustituto ordinario en el Juzgado de Instrucción número 12 sin exención de sus funciones ordinarias como titular del Juzgado número 6, la confianza de que lo solicitado se ajustaba a derecho. Como es sabido, el Ministerio Fiscal tiene encomendada en el artículo 124.1 de la Constitución la misión de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. En el caso enjuiciado, nada apuntaba en sentido contrario, cuando, además, la actuación del fiscal venía avalada por años de experiencia y, en concreto, por el gran prestigio del Sr. Carrau en la persecución de delitos complejos y de corrupción, todo lo cual hubo de contribuir a generar en el Juez al que informaba sobre una medida de investigación, la convicción de que la petición se ajustaba plenamente a derecho.

Todo lo anterior queda reforzado por el hecho de que las medidas de autos fueron consultadas con la Fiscalía Especial contra la Corrupción y la Criminalidad Organizada, lo que ha sido corroborado en juicio por las declaraciones del Fiscal Jefe de esa fiscalía especial.

Por otro lado, la conducta del juez encausado, posterior a la incautación de los dispositivos de los periodistas también excluye el dolo. En efecto, el instructor, pese a lo acordado en su auto de 11 de diciembre de 2018, no ordenó el volcado del contenido de los terminales incautados, sino que, al contrario, acordó que fuesen remitidos al Juzgado en donde permanecieron bajo custodia del letrado de la Administración de Justicia. Ello revela que, después de haberse hecho pública su decisión, el juez adquirió conciencia de la dimensión de las medidas acordadas y, lejos de mostrar una persistencia en su actuación, intentó rectificar, para lo cual suspendió el volcado del contenido de los móviles y demás dispositivos y, al cabo de unos días dictó resolución acordando su devolución.

Esta última resolución, de 21 de diciembre de 2018, posee una doble fundamentación expresa. Por un lado, «la mengua importante de la necesidad y eficacia de las medidas acordadas» que, según explicaciones dadas en el acto del juicio por el Sr. Florit, se derivaría del hecho de haber llegado a su conocimiento que los periodistas habían procedido, ya antes de la intervención de los móviles, al borrado de la remisión de los documentos filtrados por los policías imputados. Pero, por otro lado, en dicho auto de 21 de diciembre de 2018 se hace referencia, ahora sí, a la ponderación «de los distintos derechos fundamentales en juego», aunque sin referencia expresa al derecho al secreto profesional de los periodistas, a quienes, sin embargo, se les tiene en el mismo auto como terceros no investigados cuyos derechos han de ser tomados en consideración.

La primera de las referidas fundamentaciones jurídicas, esto es, la relativa a la disminución de la eficacia de las medidas de investigación tecnológica acordada, parece poseer carácter confirmatorio de la convicción del juez instructor sobre la adecuación al ordenamiento jurídico del auto de 11 de diciembre anterior. Para aclarar que ello no es así es obligado detenernos brevemente en los hechos anteriores al auto de 21 de diciembre de 2018.

En efecto, el magistrado acusado aduce que, tras dictar el auto acordando la intervención de los móviles y demás dispositivos de almacenamiento masivo de información, le fue remitido nuevo atestado policial que le habría convencido de la *mengua* de la eficacia de la medida de investigación. Ese oficio no puede ser otro que el de 18 de diciembre de 2018. En él figura la transcripción literal de la conversación telefónica mantenida el 14 de diciembre a las 09:03 horas entre el testigo protegido número 16 del *caso Cursach* y el policía Iván Bandera Marcos cuyo teléfono estaba intervenido, conversación que ha sido reproducida en el acto del juicio.

En el curso de la conversación el testigo protegido 16 dice: *Bien, estuve con... Kiko y con Matías Vallés ayer.* Iván Bandera contesta: *Si... ¿Qué tal? ¿Qué tal están?* El testigo protegido 16 responde: *Bien eh...si, ha tenido una repercusión tope. Me ha dicho que..., que se acuerdan, que no se olvidan de nada eh, que está todo bien y con José Luís también.* Acto seguido el testigo 16 pregunta a Iván quién es José Luis, a lo que Iván aclara que se trata de su jefe (José Luis García Reguera, policía investigado junto a Iván Bandera Marcos por las filtraciones) y pregunta: *¿Qué te dijo, que lo mío y lo de José Luis está todo bien, ¿no?* El testigo 16 responde: *Si...,* ante lo cual Iván manifiesta: *Pues de puta madre, perfecto, je je....*

Es esta, parece ser, la noticia a la que se refiere el Sr. Florit cuando aduce que tuvo conocimiento de que la medida acordada había perdido eficacia por cuanto en ella se pone de manifiesto el origen de las filtraciones. Sin embargo, este argumento no explica suficientemente la razón por la cual al día siguiente de la intervención de los móviles suspendió el volcado de datos que se había acordado en el auto de 11 de diciembre ya que la conversación parcialmente transcrita tuvo lugar el 14 de diciembre y no se dio cuenta de ella el juez hasta el siguiente día 18.

Por otro lado, no se había producido noticia alguna de idéntica naturaleza respecto de la otra periodista, Blanca Pou Schmidt, cuyo móvil y ordenadores se habían intervenido y se hallaban igualmente custodiados por el letrado de la administración de justicia del Juzgado de Instrucción número 12.

Todo ello lleva a la Sala a concluir que, en realidad, el auto de 21 de diciembre de 2018 es un intento de rectificación del de 11 de diciembre anterior de cuya verdadera dimensión y potencial vulneración del derecho al secreto profesional de los periodistas el juez se percató después, por la trascendencia mediática que el hecho tuvo. Pero lo que resulta de interés en este punto es que la resolución judicial es reveladora de la falta persistencia del magistrado en la intención de dictar una resolución injusta, de su voluntad de rectificar, lo que, en definitiva, corrobora la exclusión el dolo como elemento subjetivo del tipo de la prevaricación.

En conclusión, los hechos declarados probados permiten entender que el acusado incurrió en un error en el tipo al que se refiere el artículo 14 del Código Penal, que se formó un conocimiento equivocado o falso sobre el elemento *resolución injusta* descrito en el tipo delictivo de la prevaricación, que no llegó a pensar que sus resoluciones fuesen injustas y, como ha dicho la STS 392/2013 del 16 de junio, «el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que este requiere conocimiento de todos los elementos del tipo del injusto, es decir, el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico de los hechos constitutivos de la infracción».

Este tribunal llega así a la convicción de que el magistrado acusado actuó con grave imprudencia al no ponderar debidamente los derechos fundamentales y principios concurrentes, confiado en la postura del fiscal sobre la plena adecuación a derecho de las medidas de investigación por él propuestas, afectantes al derecho al secreto profesional de los periodistas, sin someter la solicitud de tales medidas al riguroso escrutinio que exigía la ponderación de los principios en conflicto.

DÉCIMOPRIMERO. – *Posibilidad procesal de pronunciarse este tribunal sobre la prevaricación imprudente*

Si nos hallásemos ante una prevaricación administrativa, hasta aquí llegaría la presente resolución puesto que el Código Penal no contempla la prevaricación imprudente de un funcionario, pero la responsabilidad penal del juez es de un mayor nivel de exigencia puesto que, para la prevaricación judicial, el ordenamiento jurídico penal sí prevé la forma imprudente.

En consecuencia, excluido el dolo, ha de plantearse la Sala si cabe analizar o no los hechos para su eventual calificación como prevaricación imprudente. Ello exige salvar el obstáculo procesal, al que se ha referido el letrado de la defensa en su informe final, de verificar si se da o no homogeneidad entre los hechos objeto de la acusación y los que pudieran ser objeto de la condena.

Para determinar si en el cambio de calificación jurídica de los hechos se da o no homogeneidad a efectos de una eventual vulneración del principio acusatorio, ni el Tribunal Constitucional ni el Tribunal Supremo utilizan criterios formales, ni sistemáticos ni sujetos al campo propio de la dogmática técnico-penal, sino que esencialmente acuden al criterio de proscripción de la indefensión: lo relevante es que el hecho que configure los tipos sea sustancialmente el mismo y que el acusado haya tenido ocasión de defenderse de todos los elementos, fácticos y normativos, que integran el tipo delictivo objeto de condena. Por ello, ha de acudirse a las particularidades del caso concreto teniendo en cuenta que «En ocasiones la modificación del título de condena puede que no suponga la introducción de nuevos elementos, pero altere la perspectiva inicial, cambiando la clave interpretativa de lo acontecido, mermando las posibilidades de defensa al no haber podido combatir plenamente los hechos desde esa nueva óptica» (STS de 29 de enero de 1997).

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha señalado que no cabe apreciar falta de homogeneidad en aquellos supuestos en los que se condena por un delito culposo cuando se había acusado por un delito doloso ya que en tal caso «existe entre ambas formas de imputar el resultado una homogeneidad básica que permite entender a un responsable sector doctrinal que la responsabilidad a título de dolo consume la que pudiera exigirse a título de culpa, y que, en consecuencia, la

acusación a título doloso contiene *a fortiori* la culposa» (STC nº 105/1983, de 23 de noviembre).

En el caso de autos, la condena por delito imprudente de prevaricación no podría, generar indefensión alguna puesto que los hechos sobre los que se basaría esta nueva calificación son los mismos de la acusación y los elementos fácticos y jurídicos del delito de prevaricación, en toda su amplitud, han sido objeto del presente juicio.

DÉCIMOSEGUNDO. – *El tipo objetivo de la prevaricación culposa*

El artículo 447 del Código Penal admite la prevaricación judicial imprudente cuando esta se cause por negligencia grave o por ignorancia inexcusable. Pero en este caso no es suficiente que la resolución sea *injusta*, sino que el tipo objetivo requiere mayor intensidad en la contrariedad a derecho de la decisión judicial al exigir que esta sea *manifiestamente injusta*, de modo que únicamente las resoluciones o sentencias en las que resulte patente, palmaria, evidente e indiscutible la injusticia o vulneración del ordenamiento jurídico pueden integrar, en el caso de la forma imprudente, el elemento objetivo del delito de prevaricación.

En su informe final, el letrado de Editora Balear S.A., de don José Francisco Mestre García y de la Agencia Efe ha invocado la jurisprudencia en la que se señala que el delito de prevaricación imprudente resulta de muy difícil comisión. Así, la jurisprudencia ha señalado que «Ciertamente, es difícil representarse un supuesto de prevaricación judicial imprudente, pues el hecho de dictar una resolución injusta por un funcionario tan cualificado como es el juez, deja poco espacio a un actuar negligente. Su ámbito de aplicación puede ser el de desatención grave de la oficina judicial causal a una actuación judicial manifiestamente injusta, lo que no es el caso de autos» (STS 228/15 de 21 de abril de 2015).

Pero dicha jurisprudencia no puede ser entendida, obviamente, en el sentido derogatorio del artículo 447 del Código Penal que está plenamente vigente. De

hecho, una reciente sentencia del TSJ de Madrid, de fecha 10 de junio de 2019, condena por prevaricación judicial imprudente.

Como venimos, diciendo, cuando se trata de una prevaricación imprudente el tipo objetivo exige que la resolución judicial no solamente sea injusta, sino *manifiestamente injusta*. Pues bien, la STS 359/2002 de 26 de febrero, define lo que haya de entenderse por resolución manifiestamente injusta en los siguientes términos:

« [...] el legislador ha decidido que cuando se trata de una prevaricación judicial por imprudencia grave no basta con que la resolución sea injusta, como sucede en la modalidad dolosa, sino que sea injusta con carácter manifiesto, lo que incide, más que en el elemento objetivo de la prevaricación, en el tipo subjetivo y particularmente en la necesidad de que el autor, con el conocimiento del contenido de la resolución, se haya representado -culpa con representación- la posibilidad de la realización del tipo, habiendo confiado injustificadamente, al mismo tiempo, en la adecuación a derecho de dicha resolución. La injusticia de la resolución no debe ofrecer ninguna duda y son, pues, los casos extremos de desatención de los deberes judiciales lo que ha querido resolver el legislador a través del artículo 447 del Código Penal , en los que el Juez no ha puesto el mínimo de diligencia en comprender algo que a los ojos de una persona con su formación no podía ofrecerle ninguna duda».

Tomando en consideración cuanto se acaba de exponer, este tribunal entiende que las resoluciones objeto del presente juicio, si bien son injustas, tal como hasta aquí se ha argumentado, no son *manifiestamente* injustas, y ello por las siguientes razones:

(i) Como antes de ha dicho, el derecho al secreto profesional de los periodistas carece en nuestro país de desarrollo legislativo. Ello no impide que vincule a todos los poderes públicos y que pueda impetrarse directamente su tutela ante los

tribunales (artículo 53.1 y 2 de la Constitución). Ahora bien, la falta de regulación legal de este derecho fundamental sí produce como efecto un mayor grado de incertidumbre en la fijación de sus límites. Efectivamente, la falta de regulación, la ausencia de lo que se llama una *ley escudo* (*Shield law*) protectora del secreto profesional de los periodistas, exige una modificación del tipo de razonamiento jurídico necesario para aplicar el derecho que no puede ser en este caso el de la subsunción, como ocurre cuando existen reglas, sino el de la ponderación, que es modelo de razonamiento más complejo que se aplica cuando existen principios que, como sucede con el de autos, operan en sentido contrario y que entran en conflicto. Si hubiera existido una ley que hubiera desarrollado el derecho al secreto profesional de los periodistas, se aplicarían reglas que vincularían la descripción de un supuesto a una solución normativa correlativa. Pero ante la ausencia de tales reglas, nos hallamos en un ámbito regido por principios, como el de protección del secreto profesional de los periodistas que se limita a establecer una solución normativa, es decir, que indica en este caso que las fuentes informativas han de ser preservadas, pero que no define los casos o los supuestos en los que tal solución normativa es aplicable.

Si existen reglas (normas de textura cerrada), el juez ha de acudir a la técnica de la subsunción. Su razonamiento se ha de centrar en determinar si el caso concreto de que se trata es subsumible o no en el caso genérico descrito y regulado. La solución es binaria, la norma resulta aplicable o no.

Por contra, cuando se trata de principios (normas de textura abierta), la técnica que el juez debe utilizar es la ponderación, el análisis comparativo entre los principios que entran en conflicto (*balancing*). La ponderación ofrece una dimensión valorativa y justificativa del derecho y es más compleja que la subsunción ya que la solución no es binaria (se aplica la norma o no se aplica) sino que la prevalencia de un principio no excluye ni excluye definitivamente al contrapuesto, simplemente lo relega a una posición de inferior entidad que le hace ceder, por su menor *pesaje*, frente al otro principio en colisión. La presencia latente y disminuida del principio que pierde en el juicio de ponderación hace que la solución que finalmente se adopta, dando

preponderancia al principio contrario, presente siempre un innegable grado de insatisfacción.

En el caso de autos, en el conflicto entre el derecho fundamental al secreto profesional de los periodistas y el interés público en la persecución de hechos que podían ser constitutivos de un delito de revelación de secretos del artículo 417.2 del Código Penal, debió prevalecer el primero y por eso las resoluciones en sentido contrario se consideran injustas. Pero el segundo de los mencionados principios, esto es, el interés del Estado en la persecución del delito existía, no quedaba definitivamente derrotado en la confrontación por lo que, desde el punto de vista de la *justicia* el resultado de la ponderación comportaba un grado de insatisfacción que permite entender que dicha resolución no sea considerada como *manifiestamente injusta*.

(ii) Un resultado contrario al que se ha considerado justo, es decir, una ponderación que hubiera dado prevalencia al interés del Estado en la investigación de las filtraciones periodísticas no hubiera sido insólito ni inusual en ordenamientos jurídicos con los que compartimos el mismo alto nivel de protección del derecho de los periodistas a no revelar sus fuentes.

Una muestra de ello lo encontramos en el caso Risen surgido en un contexto normativo semejante al nuestro (la primera enmienda de la Constitución de los EEUU protege el derecho a no revelar las fuentes, pero no se ha dictado una *ley escudo* que regule el secreto profesional de los periodistas). Un tribunal de apelación rechazó que el periodista Risen estuviese obligado a revelar si la persona que le había facilitado una información que afectaba a la CIA, era o no el ex agente Jeffrey Sterling. El tribunal dio la razón a Risen utilizando una argumentación que incluía una frase tan contundente como la que sigue: «Un juicio penal no es una entrada libre para que el gobierno saquee el libro de notas de un periodista». Sin embargo, esa sentencia fue revocada por el tribunal superior. En efecto, en su sentencia de 19 de julio de 2013 la Corte de Apelación del Cuarto Circuito de los Estados Unidos señala que:

«No hay ningún privilegio testifical derivado de la primera enmienda, absoluto o calificado, que proteja a un reportero de ser obligado a testificar por la Fiscalía o la defensa en procesos penales sobre conducta criminal que el reportero personalmente presencié o participó, aunque no haya demostración de mala fe, acoso u otro motivo no legítimo, a pesar de que el reportero prometiese confidencialidad a su fuente».

(ii) En un ámbito cultural y geográficamente más cercano, como es el europeo, ya se ha dicho que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace prevalecer en caso de filtraciones, el derecho de los periodistas a la confidencialidad de sus fuentes frente al interés del Estado en perseguir a los autores de filtraciones que son después publicadas. Pero al mismo tiempo, la mera existencia de dicha jurisprudencia revela que las resoluciones judiciales en las que se obliga al periodista a identificar sus fuentes no son inauditas ni del todo insólitas en ordenamientos jurídicos que comparten la misma base común en esta materia, en concreto el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos que consagra el derecho a la libre información del que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace derivar el derecho al secreto profesional de los periodistas. Así, a las sentencias de dicho tribunal más arriba citadas en la presente resolución cabe añadir las siguientes, más recientes:

- La sentencia *Voskuil c. Holanda*, de 22 de noviembre de 2007 tiene por objeto una resolución judicial que negaba al periodista su derecho a no revelar las fuentes de dos artículos que había escrito para un periódico, referentes a una investigación penal sobre tráfico de armas.

- La sentencia *Financial Times Ltd y otros c. el Reino Unido*, de 15 de diciembre de 2009 contempla un supuesto en el que un juez había ordenado a un periodista que revelase sus fuentes de una filtración a la prensa de datos sobre una OPA

- La sentencia *Sanoma Uitgevers B.V. c. Holanda* de 14 de septiembre de 2010 se refiere a dos fotografías utilizadas en un artículo sobre carreras de coche ilegales que una revista fue obligada por un juez a entregar a la policía para ser utilizadas en la investigación de un crimen.

- La sentencia *Telegraaf Media Nederland Landelijke Media B.V. y otros c. Holanda*, de 22 de noviembre de 2012 decide un caso de dos periodistas a los que el juez ordenó entregar documentos que podían identificar sus fuentes de información sobre poderes especiales del Estado. El tribunal consideró que la ley que había dado cobertura legal a dicha orden no garantizaba suficientemente el derecho de los periodistas a preservar sus fuentes.

- La sentencia *Becker c. Noruega*, de 5 de octubre de 2017 trata de una periodista que fue llamada a testificar en un juicio sobre manipulación del mercado promovido por una de sus fuentes de información que le había servido para la publicación en 2007 de un artículo sobre las dificultades financieras de la compañía de petróleo noruega (*Norwegian Oil Company*). La periodista consiguió la protección del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que estableció que el derecho de un periodista a mantener la confidencialidad de sus fuentes no puede ser dejado sin efecto por la conducta de la fuente o porque esta ya hubiera sido conocida.

Esta reseña de sentencias confirma lo que se decía en el fundamento jurídico segundo de la presente resolución, en el sentido de que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es unánime cuando establece la prevalencia del derecho del periodista a no revelar sus fuentes sobre el interés del Estado en la persecución de un delito cuando este consiste en la filtración de secretos, pero al mismo tiempo la mera existencia de tales sentencias evidencia que no es tan insólito ni extraordinario que la ponderación entre ambos principios por parte de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros arroje un resultado distinto.

(iii) La ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, regula por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las medidas de investigación tecnológica cuando estas suponen un acto de injerencia acordado en el seno de un proceso penal seguido para la investigación de un hecho punible exigiendo que satisfagan los principios de especialidad, idoneidad, excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad, y estableciendo que la concurrencia de estos principios ha de encontrarse suficientemente justificada en la resolución habilitante. Se trata de una regulación de nuevo cuño que todavía carece de desarrollo jurisprudencial consolidado y que presenta una notable complejidad, y ello es así hasta el punto de que no está claro en la nueva regulación si, dada la condición de terceros de los periodistas, cabía adoptar la medida de incorporación al proceso de los datos de tráfico de sus móviles. Esa duda aparece en tanto que el artículo 588 bis h) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a medidas de investigación «cuando afecten a terceras personas», mientras que el artículo 588 ter c) de la misma norma se refiere a intervención de terminales o medios de comunicación telemática *pertenecientes* a una tercera persona. El único supuesto reglado es este último y, por tanto, la posibilidad de «incorporación al proceso de datos electrónicos de tráfico o asociados» resulta ausente de regulación puesto que sobre esta situación no puede proyectarse ninguno de aquellos dos artículos, el primero porque se carece de disposición específica regulatoria en cuanto a la afectación de terceras personas y el segundo porque ninguno de los supuestos que contempla es de posible aplicación a la incorporación de datos electrónicos de datos, y, por tanto, no resulta clara la interpretación que pudo haberse hecho de los preceptos legales involucrados.

Puede citarse, además, que, en el seminario sobre la nueva regulación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de investigación tecnológica, celebrado en 2017 dentro del plan estatal de formación continuada de la Escuela Judicial se identificaron hasta un total de 53 cuestiones problemáticas o dudosas en la reforma que fueron debatidas en dicha sesión formativa, quedando un número importante de ellas abiertas y sin resolver.

Resulta significativo que en el acto del juicio el fiscal del caso todavía postulase que era aplicable a las aportaciones de listados de llamadas entrantes y salientes (datos de tráfico) acordadas en los autos de 13 de septiembre y 17 de octubre y 28 de noviembre de 2018, la Sentencia del Tribunal Constitucional 115/2013, de 9 de mayo, que daba por bueno el acceso policial a la agenda de contactos de un teléfono móvil sin autorización judicial cuando, en el momento de dictarse las mencionadas resoluciones, estaba plenamente vigente la ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre que regula las medidas de investigación tecnológica.

La complejidad de la materia se evidencia en la circunstancia de que los autos de 13 de septiembre 17 de octubre y 28 de noviembre de 2018, en los que se acuerda la cesión del listado de llamadas emitidas y recibidas, se siguen fundamentando en la Ley de Protección de Datos, cuando parece claro que nos hallamos ante un supuesto de petición de incorporación al proceso de datos electrónicos de datos y asociados expresamente regulada en el nuevo artículo 588 ter j de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Todo lo anterior nos lleva a la conclusión de que las resoluciones objeto de las presentes actuaciones son injustas, pero no *manifiestamente* injustas como exige el artículo 447 del Código Penal para la prevaricación culposa. Para que una resolución judicial sea considerada *manifiestamente injusta* es necesario que suponga una infracción del ordenamiento jurídico grosera, notoria, evidente, «no debe ofrecer ninguna duda [...]» y ha de tratarse de «un caso extremo de incumplimiento de deberes judiciales» (STS 359/2002, de 26 de febrero), utilizando como parámetro «los conocimientos de un juez de formación media» (STS 992/2013, de 20 de diciembre).

Pues bien, el carácter *manifiesto* de la injusticia de las resoluciones, requerido por el artículo 447 del Código Penal para que pueda darse la forma imprudente de la prevaricación judicial, no se da en el caso enjuiciado, tal como hemos venido sosteniendo, por la falta de ley reguladora del secreto profesional de los periodistas que abre un margen a la incertidumbre sobre el resultado de la ponderación de este

derecho fundamental cuando entra en conflicto con otros derechos fundamentales o principios, y por la ausencia de jurisprudencia consolidada sobre la nueva regulación de las medidas de investigación tecnológica acordadas en los autos dictados por el magistrado acusado.

Por todo ello procede concluir que la conducta enjuiciada es atípica, lo que comporta el dictado de un pronunciamiento absolutorio en vía penal, con la consecuente falta de competencia de este tribunal sobre la acción de responsabilidad civil ejercitada que queda, por ello, imprejuzgada.

DÉCIMOTERCERO. – Costas

Dado lo establecido en el artículo 240.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, no se imponen al acusado absuelto las costas del presente proceso.

FALLO

1º Se absuelve a don Miguel Jesús Florit Mulet de los delitos de prevaricación, contra la inviolabilidad del domicilio, contra el ejercicio de otros derechos cívicos y de interceptación ilegal de telecomunicaciones, que le atribuían las acusaciones particulares y popular.

2º No se hace pronunciamiento sobre las costas del presente proceso.

3º Notifíquese la presente Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente rollo de Sala, a las partes, instruyéndoles que contra la misma cabe **RECURSO DE CASACIÓN** ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que en su caso deberá prepararse ante esta Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, dentro de los **CINCO DIAS** siguientes al de la última notificación y que deberá contener los requisitos exigidos en el art. 855 de la L.E.Criminal.



La acusación popular que interponga recurso, conforme a la D.A. Decimoquinta de la L.O.P.J., para la admisión del recurso deberá acreditar la constitución, en la cuenta de depósitos y consignaciones de este órgano con el nº 0447 0000 74 0001 19, abierta en la Entidad Banco Santander un depósito de 50 euros si el recurso fuera de casación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo acordamos y firmamos.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.