

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 5. Marzo 1987

Bernal Valls, Jesús

Teniente Fiscal de la Audiencia Territorial de Oviedo. Profesor Asociado de Derecho Penal

DEBER DE DECLARAR Y DERECHO AL SILENCIO EN LA PRUEBA TESTIFICAL DEL PROCESO PENAL: SUMARIAS CONSIDERACIONES SOBRE SU PROBLEMÁTICA ACTUAL

Estudios

Serie: *Penal*

VOCES: PROCEDIMIENTO PENAL. DEBER DE COLABORACION. PRUEBA TESTIFICAL. DERECHOS FUNDAMENTALES. PROTECCION JURISDICCIONAL. SECRETO PROFESIONAL. SECRETOS OFICIALES. SECRETO DE CONFESION. ABOGADOS. PERIODISTAS.

ÍNDICE

TEXTO

I

Es un hecho evidente el significativo valor que la prueba testifical tiene en el proceso penal. Constituye la fuente de conocimiento más importante de muchas y muy graves infracciones penales (1). De la relevancia de este medio de prueba es muestra la preocupación de la doctrina y de la legislación por establecer normas eficaces de desarrollo del testimonio y, especialmente, por ordenar condiciones o requisitos que garanticen su adecuado empleo en el proceso penal.

El testimonio humano como instrumento para el conocimiento de la realidad -que es, como se sabe, premisa inexcusable de una sentencia justa no descansa, según se dijo, en la presunción de veracidad de todo testimonio, sino en la necesidad imperiosa del tal medio de prueba, por lo general básica en el proceso penal.

La presunción de veracidad del testimonio, sin embargo, está contradicha por experiencias científicas reiteradas, aportadas por la Psicología del testimonio. No obstante, y frente al desolador panorama que tales experiencias descubren, se yergue el peso de la necesidad de ese medio de prueba, y la convicción,

formada en la práctica diaria del enjuiciamiento, de que en no pocas ocasiones el testigo sincero acierta con lo esencial de los hechos que tuvieron ocasión de conocer en el pasado. De esta suerte, se hace posible admitir el testimonio como medio de prueba si bien con las cautelas y condicionamientos que permiten asegurar, en lo posible, su credibilidad y fiabilidad.

En nuestro sistema procesal penal, la ley considera determinadas garantías que reduce a ciertas mínimas medidas: la conminación de sanciones penales para el caso de la falsedad de la declaración; la consideración del testimonio como un deber legal de colaboración con la justicia; la imposición de mencionar las eventuales vinculaciones personales, familiares o profesionales del testigo respecto a personas o intereses objeto del proceso, y, en suma, las previsiones acerca del modo y forma en que se ha de llevar a cabo la práctica de la declaración.

En último término, se confía en la capacidad de las partes y del propio juez o Tribunal para dirigir la prueba de manera que pueda identificarse, en el contexto de las declaraciones aquella verdad que el proceso persigue. Confianza, sin embargo, un tanto ilusoria si se advierte la escasa utilización de las técnicas psicológicas de valoración del testimonio y de la, por lo general, incompleta formación psicológica de las partes del proceso así como de jueces y Magistrados (2).

Entre las técnicas legislativas que inciden en los valores procesales del testimonio se encuentra la disciplina del secreto estructurada ya como el derecho o facultad de excusar el deber de prestar declaración, ya como prohibición dirigida al Juez de requerir testimonio. El secreto constituye así un límite subjetivo del deber de testificar (3), pero al mismo tiempo el reconocimiento paladino que el legislador hace acerca del papel que desempeñan determinadas situaciones en la veracidad de la prueba: Pues quien se halla, moral y legalmente, vinculado a una obligación de secreto, no podría producir una declaración ajustada a la verdad si con ello se significase la revelación de hechos o datos a cuya reserva atiende el compromiso del sigilo.

II

La normativa que disciplina el secreto en la LECr resulta ser demasiado simplista, tímida en cuanto a los supuestos e hipótesis que admite, y, de modo especial, incompleta al estar ausente, como observó ya Aguilera de Paz (4), una previsión sobre las consecuencias de la declaración impuesta a persona con derecho al ejercicio de la facultad de exención de la declaración. La regulación legal, en cambio, no merece reproches por el mero hecho de su antigüedad, sobre todo si se advierte que no desentona de los principios liberales de la ley en que se enmarca y que responde, en parte, a la tutela de intereses legítimos sin incidencia grave, o al menos corregible, en el derecho de defensa.

La disciplina legal precisa, sin embargo, tanto de una reforma como de una reinterpretación que la sitúe plenamente en el ordenamiento jurídico constitucional donde el derecho al secreto también tiene su reconocimiento; es en este marco constitucional donde han de insertarse las reglas procesales relativas al secreto, al objeto de establecer un perfil constitucional del secreto en el marco del deber de declarar y del derecho fundamental a la tutela jurídica, valores ambos entre los que se mueve necesariamente la regulación procesal.

La Constitución de 1978 no contempla expresamente la exigencia del deber de prestar declaración en el procedimiento judicial -si impuesto con decisión en la LECr-. Sin embargo, es posible encontrar en el texto constitucional referencias evidentes sobre su reconocimiento como obligación, bien es verdad que bajo la forma de un deber de aportación de medios de prueba. Así en el artículo 76.2, sobre las Comisiones

parlamentarias de investigación donde se impone el deber de comparecencia ante las mismas, por cierto aún sin sanción alguna; en el artículo 118 en que, con carácter general, se establece la obligación de prestar en el curso del proceso la colaboración requerida por jueces y Tribunales; y en el artículo 24.2 donde se señala que no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos, en los casos de secreto que describe.

También es posible encontrar una vinculación constitucional entre el deber de declarar y los derechos fundamentales a la plena defensa y a la tutela judicial efectiva. De la lectura del artículo 24 CE se desprende claramente que con la imposición del deber de declarar en el proceso penal se pretende, en última instancia, el facilitar un medio instrumental más para que alcancen plena efectividad aquellos derechos; pues la negativa a declarar o la ocultación de hechos equivalen o pueden equivaler, en la realidad de las cosas, a una efectiva denegación de la justicia.

El deber de declarar adquiere así relevancia constitucional en función del supremo interés de la justicia, al que también sirve. No en balde, la justicia significa un preeminente valor fundamental de nuestro ordenamiento jurídico (5).

En la legislación ordinaria procesal, el deber de declarar aparece expresado con carácter general en los artículos 410 a 412 y 702; se trata de un deber impuesto a todo ciudadano, del que sólo se exceptúan las personas mencionadas en el artículo 411, excepciones de carácter absoluto, y que sólo es dispensable en las hipótesis de los artículos 416 a 418. La importancia que tiene la adquisición de la verdad en el proceso penal explica que las exenciones del deber de declarar se valoren como facultades de abstención de la declaración, a diferencia de lo que sucede en el proceso civil en el que se consideran, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.457, 5º. Cc, causas de inhabilidad legal.

El derecho al secreto, como presupuesto o base que fundamenta la facultad de no prestar declaración, y por tanto como hipótesis oponible al deber de declarar, está igualmente reconocido en la Constitución, cuyo artículo 24.2, párrafo final, establece: «La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos». Pero la dimensión del secreto, como zona reservada, aparece implícita en otros preceptos. Así en el artículo 105 -secretos relativos a la seguridad y defensa del Estado- y en los artículos 18, 20.1 y 4 -secretos de la intimidad familiar y personal.

Una interpretación muy literal y aislada del artículo 24.2 podría conducir a estimar que sólo los secretos familiares y los secretos profesionales estarían constitucionalmente reconocidos como obstáculos admisibles respecto de la adquisición de los medios de prueba; e incluso que no serían admisibles fuera del ámbito del proceso penal.

No cabe pensar que la norma constitucional reduzca a límites tan angostos la tutela del secreto. Como señaló Moreno Catana, estamos ante una norma abierta que deja amplio margen al legislador ordinario en la regulación de los casos de exención del deber de declarar (6) cierto que la propia denominación de secretos *profesionales* ofrece un gran margen de flexibilidad, suficiente como para dar cabida a todas las situaciones que la experiencia y las enseñanzas del Derecho comparado aconsejan tratar como casos de «conciencia». Y más acertado es considerar, siguiendo a la doctrina constitucional del Tribunal Constitucional que lo decisivo es el respeto por el legislador ordinario del contenido esencial de los derechos fundamentales y que la regulación del secreto como límite del derecho fundamental a la tutela judicial encuentra justificación no en base a una norma aislada, sino en base al contexto de toda la regulación constitucional de los derechos fundamentales, de la que pueden extraerse otros límites y otras situaciones (7).

El reconocimiento de una dimensión constitucional del derecho al secreto en sus relaciones con el deber de declarar encierra importantes consecuencias; de entre las que destacamos aquí, como respuesta a la justificación constitucional de las normas procesales, las siguientes:

A) El secreto tiene sentido en una sociedad democrática y participativa como medio o instrumento para la observancia de derechos fundamentales. La tutela jurídica del secreto significa en algunos casos, como ha destacado el Tribunal Constitucional Federal alemán (8) la prohibición justificable del procedimiento mismo de la prueba, y responde a la finalidad de proteger, dentro de determinados límites, el mantenimiento del secreto incluso en los procesos penales.

B) El reconocimiento de un secreto oponible al deber de declarar expresa la idea emergente de un conflicto; en primera línea, un conflicto entre el deber de declarar y el deber, moral o jurídico, a la conservación del secreto. Y, más en el fondo, una tensión dialéctica entre dos intereses sociales: el interés social en el mantenimiento de una tutela judicial efectiva de derechos, que se pretende hacer efectiva en un proceso con todos los medios de prueba necesarios, y el interés social en la conservación y defensa -por medio del secreto - de otros derechos o valores.

De ahí que no se trate en realidad de un conflicto entre la justicia -valor superior del ordenamiento jurídico y prevalente - y otros intereses estatales o particulares de menor rango o valor. La tensión o conflicto se da entre el derecho a cuya tutela se encamina el proceso, y otro u otros derechos también protegidos por el ordenamiento. No es de extrañar que la disciplina del secreto venga a ser, en algunas de sus hipótesis -caso de los secretos oficiales -, una solución legislativa de un conflicto entre poderes del Estado; o de un conflicto entre derechos cuya solución se confía al particular que invoca el secreto. El problema está en sí el legislador ha ordenado correctamente el conflicto y ha dispuesto una solución que satisfaga, en criterios de justicia, a los derechos en colisión.

III

Tarea prioritaria es indagar sobre el significado del reconocimiento por el legislador de la realidad de un secreto o de la reserva en el curso del testimonio judicial. En definitiva importa determinar qué cosa sea el secreto protegible.

Afirmaba Quintano que pocas nociones habrá tan claras en su acepción, pero tan controvertidas y oscuras en lo jurídico como la noción de secreto (9). Conforme al Diccionario de la R. A., secreto es lo que se mantiene oculto y reservado, con lo que parece diferenciarse entre lo que es reservado o confidencial, respecto de determinadas personas, y lo que es verdaderamente secreto.

Sobre esta noción, el concepto jurídico de secreto viene a ser un concepto de relación, dado que sólo tiene sentido hablar del secreto como de algo que está sustraído a la cognoscibilidad ajena. Como señaló Crespi, el secreto desde el punto de vista jurídico, consiste no tanto en la limitación de su conocimiento a un determinado círculo de personas, cuanto en la exclusión de dicho conocimiento para determinadas personas (10).

Lo decisivo es que esa limitación del conocimiento ajeno está justificada por los intereses que están en juego. El secreto no es un objeto o valor que tenga entidad por sí mismo, sino por lo que vale, esto es, como medio o instrumento para la protección de otros bienes e intereses. En los llamados secretos privados, el interés protegido es la intimidad personal que es expresión de la libertad de la persona (11) y que a ella sólo pertenece originaria y privativamente, pero no al grupo social, según advierte Giorginni (12). En el secreto profesional objeto de tutela son esos roles de reserva y de sigilo que la sociedad conecta con determinadas actividades humanas y que asumiéndolos como necesarios y útiles, eleva a la categoría de

valores merecedores de reconocimiento y de protección. Y en los secretos denominados oficiales, lo son los intereses de la sociedad organizada como sociedad política e independiente.

La defensa de esos intereses que subyacen en el secreto implica, en relación con su ejercicio en el proceso penal, un levantamiento de un obstáculo para la adquisición procesal de la verdad objetiva, y por ende, una limitación para el derecho a la efectiva tutela judicial y a la plenitud de la defensa.

Pero conviene advertir sobre el sentido que tiene esa búsqueda de la verdad -de verdad material, frente a la verdad formal, de que habla de doctrina procesal - por el proceso penal. Y es que no existe un derecho a la verdad; o por expresarlo de otra forma, la verdad no es, en sí misma, un valor tutelado; tampoco podría serlo. La verdad es realidad, esto es, exigencia de que el proceso conozca de los hechos que han ocurrido en la realidad para que la decisión judicial que conceda la tutela jurídica descansa en un presupuesto indiscutible. Mas tampoco la exigencia del conocimiento de la realidad se presenta con caracteres absolutos, ya que está mediatizada por la legitimidad del procedimiento de acceso a dicho conocimiento. Al mandato constitucional de prohibición de medios o procedimientos contrarios a la dignidad humana, contesta el artículo 11.1 de la LOPJ de 1985 declarando ineficaces las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, con violación de los derechos o libertades fundamentales. La LECr expresa reiteradamente, como corresponde al espíritu humanitario y liberal de la época, la prohibición de todo apremio simplemente coactivo (13) o meramente debilitador de la libertad y conciencia (de donde puede derivarse una clara proscripción de técnicas de narcosis y de anulación o debilitamiento de la conciencia).

Considerados los derechos tutelados indirectamente por la técnica del derecho al secreto, la normativa procesal que contempla esas situaciones, aunque se presenta como una forma de mediatización de la prueba, con incidencia en la tutela judicial, aparece, en principio, fundamentada. Y de modo especial, y ello es una característica de nuestro sistema, si se advierte que está contemplada, como se ha dicho, desde el punto de vista de una mera facultad o derecho y no como una prohibición de la declaración. Es como si la ley estuviese votando, en el fondo, por la primacía del conocimiento de la verdad en el proceso. Ni la declaración voluntariamente asumida deja entonces de surtir efectos probatorios, aunque con ello se vulnerase el secreto, ni, de contrario, podría estimarse ilícita la conducta de quien elige el descubrimiento del secreto en aquella vía judicial. Lo censurable, en cambio, es que la ley haya emitido la posibilidad de someter a control, jurisdiccional o de otro tipo, el uso de la facultad de abstención.

IV

Expuestas estas consideraciones generales, es preciso examinar las situaciones particulares, únicas a las que hace referencia la ley procesal.

a) Los secretos familiares

Los secretos familiares constituyen una de las manifestaciones del derecho a la intimidad (14). A la intimidad personal y familiar, consideradas como derechos fundamentales, se refieren los artículos 18.1 y 4 de la CE.

La dimensión constitucional del secreto de familia, en su expresión de zona inmune o reservada a la investigación procesal se expresa, igualmente, en el artículo 24.2, ya citado, mediante la referencia a los casos en que «por razón de parentesco» no se estará obligado a declarar.

Los artículos 416 y 418 de la LECr se refieren a estos secretos familiares. Conforme al artículo 416,

están dispensados de la obligación de declarar: 1º. Los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los laterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes naturales a que se refiere el número 3 del artículo 261... El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado, pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, consignándose la contestación que diere a esta advertencia. El artículo 418 establece que ningún testigo podrá ser obligado a declarar acerca de una pregunta cuya contestación pueda perjudicar material o moralmente, y de una manera directa e importante, ya a la persona, ya a la fortuna de alguno de los parientes a que se refiere el artículo 416. Exceptúa el caso en que el delito revista suma gravedad por atentar a la seguridad del Estado, a la tranquilidad pública o a la sagrada persona del Rey o de su sucesor.

Estos preceptos, contenidos en la normativa sobre el sumario, son aplicables igualmente al juicio oral (artículo 707 LECr) y en todo tipo de procedimientos penales.

La justificación de este secreto familiar, reconocido ya en el Derecho romano, ha sido vista siempre en relación con la tutela de la familia. Según Aguilera de Paz, obligar al pariente del acusado es contrario a los sentimientos de piedad natural y a la propia naturaleza humana (15). Para Grevi, su fundamento se encuentra en la protección de la institución familiar y en sus valores de unidad y fidelidad recíprocos (16). La consideración de que el reconocimiento de ese secreto familiar en el proceso refleja una medida legislativa de profilaxis de la prueba testifical (17) no empaña la visión de su justificación en la línea señalada. Pues, en definitiva, la ley ha venido a admitir la fuerza de los sentimientos de efecto nacidos en el seno de la familia, y de entidad suficiente para enervar cualquier clase de obligación para con los demás (18).

Visto que el secreto familiar hunde sus raíces en la tutela de la familia y de su intimidad, es fácil comprender cómo la norma procesal armoniza, en este punto, con las normas constitucionales: con el artículo 39, que proclama como uno de los principios rectores de la política social y económica la protección social, económica y jurídica de la familia; y con los ya citados artículos 18 y 24. En el conflicto entre el derecho a la tutela jurídica mediante el proceso, y la protección de la intimidad, ambos en igualdad de consideración, la ley opta por conferir a la decisión del testigo la elección entre uno y otro.

Legitimado constitucionalmente el secreto familiar, la cuestión es establecer el ámbito y los límites en que tal secreto será operativo. Y para ello examinaremos los extremos siguientes:

A) El artículo 416 de la LECr concibe el secreto familiar como un supuesto de exención del deber de declarar; la norma contempla aquí una mera facultad cuyo ejercicio depende de la sola voluntad del testigo - pariente; por ello, si se opta por la declaración, y dado que la ley no lo prohíbe, se estará en presencia de un verdadero testimonio que, como prueba, podrá servir para la formación de la convicción judicial (19). Pero ¿qué sucede si el testigo declara ignorando que podía abstenerse y sin que hubiera sido expresamente advertido de un derecho a no declarar?

En el Código procesal penal italiano esta hipótesis está especialmente prevista (20). No así en nuestro sistema, lo que no es obstáculo para que se llegue a idéntica solución: la nulidad del testimonio determinante de la pérdida de su condición de medio de prueba legalmente adquirido. La línea argumental a seguir para llegar a esta conclusión arranca del significado que, en base a lo dispuesto en el artículo 24 CE, tiene el concepto de proceso legal y de los medios de prueba legales; sigue por el valor decisivo que, conforme al artículo 416 de la LECr, tiene la advertencia previa a la declaración del derecho de no declarar (el juez estará obligado a consignar en acta la respuesta, señala el precepto), y la vulneración del derecho a la intimidad familiar que subsigue de la infracción de esa norma procesal. En apoyo de esta interpretación puede utilizarse la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 13-11-1985.

B) La ley reconoce con la máxima amplitud ese secreto familiar. Se extiende a todos los hechos, íntimos o no, reservados o de conocimiento público, que conciernan al pariente inculcado. No es tanto la guarda

del hecho secreto o reservado, a lo que la ley atiende, cuanto a la defensa de los valores de fidelidad familiar.

Lo peculiar de nuestro ordenamiento es el alcance que tiene este secreto respecto del contenido de la declaración voluntariamente asumida. En la doctrina italiana es opinión generalizada que la dispensa de la ley es una exención del deber de declarar, por lo que si el testigo acepta voluntariamente prestar el testimonio estará obligado, como los demás testigos, a los deberes de autenticidad, sinceridad y veracidad. La consecuencia, por demás lógica, es que incurrirá en responsabilidad penal por falso testimonio (21).

Una postura radicalmente contraria, en cuanto a las consecuencias penales de la falsa declaración, aceptado el testimonio por el pariente, es mantenida entre nosotros por Córdoba Roda; para quien, aunque se declare falsamente, no habrá lugar a sanción penal por darse una causa de no exigibilidad de otra conducta (22). La tesis va, evidentemente, demasiado lejos. Es posible, en nuestra opinión, una solución intermedia, a lo que da pie el texto del artículo 416 de la LECr. Pues en su literalidad se dice que la advertencia va encaminada a advertir que «no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas ... ». Quiere decirse con ello que la ley le permite no declarar acerca de hechos que puedan perjudicar al inculpado, y que le faculta para referir su declaración sólo en cuanto a los hechos que puedan favorecerle. En consecuencia, si el testigo se decide por la declaración, la exigencia del deber de veracidad solamente se proyecta sobre lo que declara, no sobre lo que oculta o calla porque perjudique a su pariente. Entender que, en cualquier caso, como insiste Córdoba Roda, no habrá responsabilidad penal es conceder luz verde para la mentira y la falsedad con detrimento de la tutela judicial de los derechos de la víctima del delito; y sin razón de peso que lo justifique, pues la defensa del interés familiar se satisface con el derecho a la abstención o con el derecho a ocultar lo que perjudica.

A diferencia de lo previsto en otros ordenamientos (23) la facultad de abstención de la declaración no tiene límite alguno por razón de la materia u objeto del proceso. Como señalaron las sentencias de 5-2-1892 y 23-4-1897 no hay excepción alguna. Ni siquiera en aquellos procesos penales que versan sobre delitos cometidos en el círculo familiar o en los que la acción penal se ha iniciado por denuncia del perjudicado (delitos contra la honestidad, por ejemplo). Incluso cuando se ha declarado en el sumario, pero no quiere hacerse la declaración en el juicio oral. Ello se basa en que, en nuestro sistema, es la voluntad del familiar, y no la ley quien tiene la última palabra.

C) La dispensa del deber de declaración está limitada, subjetivamente, en base a una determinada relación de parentesco entre el testigo y el procesado. En esta vinculación parental dos son los extremos a considerar: qué se entiende por procesado y qué clase de relación familiar le liga con el testigo.

El término procesado requiere una interpretación extensiva: a ella obliga, de una parte, la conexión del secreto familiar con la defensa del pariente en el proceso penal; de otra, la existencia de procedimientos penales -de creación posterior a la LECr- que desconocen el procesamiento. En consecuencia, procesado es, simplemente, la persona contra la que se formula o puede formularse una imputación de hechos delictivos. Esa condición se tiene, en el ámbito del precepto del artículo 416 que examinamos, desde el momento mismo en que resulta denunciado. Tal es el sentido que, en base al artículo 118 de la LECr, posibilita el derecho de defensa de manera más adecuada.

Respecto de la clase de parentesco, aparece limitado a la línea recta, a la colateral de hermanos de doble o único vínculo, y al cónyuge; también, por expresa remisión al artículo 261, 3º, a los hijos naturales respecto de sus progenitores. La lista de parientes es claramente reducida. Según Aguilera de Paz, han de entenderse incluidos los ascendientes y descendientes por afinidad (24). Y ahora, en virtud de la equiparación en cuanto a derechos y deberes ordenada por el artículo 108 del Cc, al parentesco que nace de la adopción.

Otros casos más merecen ser considerados. En primer término, la relación, afectiva entre personas unidas en convivencia marital (el llamado matrimonio de hecho). Que en esta relación surgen, o pueden surgir, la misma comunidad de afectos y de intereses que en el matrimonio, parece ocioso consignarlo. Si hay, pues, razones de justicia material que aconsejan esta ampliación también pueden aducirse razones jurídicas que aluden a la aplicación analógica del artículo 11 del Cp. Más discutibles son las situaciones nacidas del acogimiento familiar, de la amistad íntima o de la relación amorosa que no se constituye en convivencia marital, y que en opinión del Magistrado Barrio Iglesias presentan con análoga significación. Ciertamente que la amistad y el afecto amoroso son realidades espirituales que dejan huella más honda incluso que el parentesco, y que el ordenamiento jurídico hace cumplido reconocimiento a esas situaciones en medidas que afectan al proceso (la amistad íntima como causa de recusación de jueces, o como tacha del testigo en el proceso civil, etcétera). Pero ¿dónde se pone el límite? La ley debe atender a que el testimonio no se desvalorice hasta el punto de convertir la prueba en un coto cada vez más limitado en perjuicio del conocimiento de la realidad que el juez precisa para la efectiva tutela judicial. El marco propio de tales situaciones será el del juicio de culpabilidad en el caso de eventuales falsedades testimoniales.

D) Una forma más limitada del secreto familiar, en cuanto que permite dejar incompleta parte de la declaración, es la prevista en el artículo 418 de LECr.

En dicho precepto se autoriza al testigo a no contestar cuando la respuesta puede causar un perjuicio a sí mismo o a su pariente, perjuicio tanto material como moral.

La norma favorece al testigo «avisado», puesto que aquí el juez no está obligado a advertir del derecho a no contestar la pregunta, lo que, por otra parte, es lógico habida cuenta que es el testigo quien puede valorar esa ulterior trascendencia.

Su justificación tampoco es dudosa; responde a la tutela de la intimidad y a la defensa de sus propios intereses. Si así no fuera, podría resultar preconstituida una prueba para su ulterior utilización en cualquier otro proceso.

De entre las varias cuestiones que pueden plantearse elegiremos las siguientes:

a) El problema de limitar el ámbito de esa exención. Ello será posible, en el plano abstracto, exigiendo que la pregunta cuya contestación se rehuse tenga cierta idoneidad para causar un perjuicio, idoneidad precisable en referencia a los valores personales y patrimoniales a cuya salvaguarda responde la excepción. En el plano positivo, la propia norma procesal cuida de imponer límites; bien exigiendo que el peligro tenga cierta gravedad y que esté causalmente relacionada la pregunta con el daño o perjuicio temido; bien negando la facultad cuando el proceso verse sobre determinados delitos (en este particular, la dicción legal habrá de ser referida a los delitos que hoy son equivalentes a los allí nominados).

b) La ley concede al testigo, sin control alguno, la decisión de contestar. Pero este criterio, que está en la intención del propio texto, ha sido corregido por vía de interpretación jurisprudencial. La Sentencia del Tribunal Supremo de 8-5-1936 estableció que la valoración de si se produjo la excusa en forma legal quedará a la conciencia y libre criterio del Tribunal. Con ello, el Tribunal Supremo valoró acertadamente, pues en última instancia la decisión de este conflicto de derechos debe ser controlable en la propia sede judicial en que se formuló la colisión.

b) Los secretos oficiales

Según el artículo 417, número 2, de la LECr, no podrán ser obligados a declarar «los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de

obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se le pida».

El precepto se refiere, pues, a dos hipótesis: a) el supuesto de hechos cubiertos por una norma que obliga a la reserva, y b) la existencia de una orden legítima para el declarante que le obliga a no revelar en su declaración determinados hechos.

Llama, en primer término, la atención no tanto la amplitud con que se reconoce la fuerza excusante de estos secretos -oponible al interés de la justicia en el descubrimiento de la verdad- cuanto la ausencia de todo control sobre la presencia de una verdadera razón en la alegación del secreto que formule el testigo. Porque, en la segunda de las hipótesis de secreto oficial, la decisión sobre la reserva o no de tales hechos, y por tanto, sobre la prestación de la declaración, viene a quedar residenciada en el superior jerárquico del testigo; y no sólo esto, sino que no se contempla la posibilidad de someter a control esa decisión del superior. De ahí que, como se ha señalado, el fundamento del derecho a negar el testimonio consiste, sin más, en la orden del superior.

¿Puede justificarse el precepto en un ordenamiento jurídico como el actual, que coloca en lugar preferente la tutela de los derechos fundamentales y que somete a control jurisdiccional la actuación de todos los poderes públicos?

Sin duda es posible, desde la propia sistemática de la ley procesal, operar una interpretación restrictiva. El artículo 262 de la LECr impone a todo funcionario público -sin distinción de categorías - la obligación de poner en conocimiento de la Autoridad judicial o del Ministerio Fiscal los hechos delictivos que hayan conocido por razón del ejercicio de su función o cargo. Cuando el objeto del proceso penal sea, precisamente, el hecho que constituye materia reservada no será posible enervar la investigación judicial mediante la invocación del secreto. La propia noción de secreto, como obligación jurídica para determinadas personas, refuerza la idea expresada. El secreto, como señaló Pisapia, tiene como notas la de ser lícito, actual y efectivo (25). Los hechos delictivos nunca podrán ser materia de secreto, pues el aparato estatal no deberá ser el amparo de conductas delictivas. Por otra parte, la garantía de que la actuación de los órganos jurisdiccionales limitarán su derecho y obligación de conocimiento a lo indispensable para el ejercicio de la función jurisdiccional, está cubierta por los criterios de pertinencia y utilidad que rigen en la admisión de las pruebas (26).

Pero la problemática de los secretos oficiales surge en realidad cuando aparecen enfrentados dos deberes: el deber de colaborar con la justicia mediante la prestación de una declaración de la que han de formar parte hechos cubiertos por el secreto oficial, y el deber legal de mantener o conservar aquellos hechos. En este sentido, el problema adquiere una dimensión constitucional, pues se trata, en definitiva, de que el legislador opte por una solución del conflicto que considere cuál es el interés precedente. No debe olvidarse, como apuntó Pisani, que la cuestión, más que de un conflicto entre deberes, se traduce en un conflicto abstracto entre poderes del Estado (27).

Dentro de los sectores oficiales es preciso diferenciar dos categorías: a) los secretos de Estado, y b) los secretos de la función pública.

El denominado secreto de Estado viene referido a todo lo que concierne a la salvaguarda de los intereses del Estado, tanto en su personalidad interna como en su personalidad externa. Es éste un concepto amplio, que fue defendido por Antolisei, para el que la expresión alcanza, junto a los intereses internos y externos, los intereses políticos (28). Entre nosotros, se muestra Moreno Catana partidario de una concepción más restringida, según la cual son solamente los secretos relativos a la defensa y seguridad del Estado frente al Exterior (29). Aunque reconozcamos que en el fondo de la posición restrictiva subyace la triste experiencia histórica de la denominada «razón de Estado», fantasma siempre presto a reaparecer, hay que inclinarse en favor de la concepción amplia; pues hay necesidad de reserva basada en la seguridad y defensa del Estado también en relación con los asuntos internos. La necesaria restricción no debe operar

aquí en cuanto al concepto o contenido, sino respecto de los sistemas de control de los poderes públicos.

La existencia de estos secretos de Estado a cuya protección incluso atiende la legislación penal (30) su justificación en un Estado democrático apenas parece ofrecer dificultad. La necesaria transparencia que debe presidir la actuación del Estado. El Estado de Derecho ha de tener un techo de cristal -afirmaba Pisani (31) -, no es obstáculo para reconocer una zona de reserva respecto de determinados hechos cuyo conocimiento indiscriminado o su publicidad creen una situación de peligro o de daño para valores tan decisivos, como son la defensa y salvaguardia del Estado. El secreto valdría, pues, *ne quid res publica detrimenti capiat*.

En el sentido indicado, la realidad jurídica del secreto de Estado se proyectaría en una doble dimensión: en las relaciones entre los distintos poderes del Estado; y, en forma particular, en el campo del proceso penal, vetando el conocimiento de los hechos guardados con el secreto. Y en ambos casos como medio para garantizar su tutela de derechos e intereses legítimos del Estado.

El problema que el secreto plantea está relacionado con la indefinición del propio concepto de Secreto de Estado, y especialmente de una de sus modalidades: los secretos políticos. También con el establecimiento de un sistema de control respecto de su correcta utilización en el proceso penal. Y los riesgos que el reconocimiento de la eficacia del secreto en relación con el deber de declarar comporta son evidentes. Que se llegue a considerar secreto político o secreto de Estado los secretos del partido en el poder, e incluso los de las personalidades políticas, con el gravísimo peligro que ello supone para el control democrático sobre cualquier institución de poder, o que se parta de una hipertrofia de los valores del Estado considerándoles siempre valores preeminentes a los valores de la persona individual.

Las soluciones que, al respecto, y con carácter general para el secreto oficial ha brindado la doctrina son variadas (32). De entre ellas destacaremos las siguientes: a) Frente a la alegación del secreto de Estado, el juez o Tribunal del proceso examinará el fundamento de la exención del deber de declarar alegada y decidirá con carácter vinculante; b) El Juez o Tribunal acudirá a las instancias supremas del Gobierno requiriendo la confirmación de la improcedencia de la revelación. Si se confirmase, el juez estaría obligado a cerrar el proceso penal caso de que no pueda dictar resolución que garantice la plenitud del derecho de defensa. También es discutida la amplitud con que se reconoce el secreto. En la legislación italiana se hace excepción al secreto en los procesos por traición, atentado a la Constitución o por delitos cometidos por los ministros en el ejercicio de sus funciones. Excepciones agudamente criticadas por la doctrina que no encuentra razón para desvirtuar la obligación del secreto en un proceso penal en el que están en juego los derechos y libertades de los individuos, y mantener el secreto cuando está en liza la razón de Estado (33).

¿Cuál es, en nuestro sistema, el tratamiento del secreto de Estado?

Advirtamos, por lo pronto, que el secreto de Estado está implícito en los términos del artículo 417, 2.º, de la LECr: «Secreto que, por razón del cargo, estuviere obligado a guardar el testigo». Y que no existe una, específica prohibición dirigida al juez del proceso de no recibir esta declaración. La decisión de prestar testimonio incumbe al obligado al secreto; no está obligado a hacerlo, pero sí lo hace su declaración no queda invalidada, a salvo su responsabilidad por la divulgación.

La LECr, parece venir referida a aquella clase de secretos cuya reserva viene impuesta por una disposición legal. Para Moreno Catana, se trataría de aquellos secretos que por afectar a la seguridad nacional o a la defensa están amparados por la legislación sobre secretos oficiales (34). Pero reducir el secreto de Estado a solas las materias y en las condiciones previstas en aquella legislación especial, parece excesivo. En este sentido podría decirse que en el propio Código penal se define como materia de prohibida revelación tanto la información clasificada, como la información legalmente clasificada y la información de interés militar (35); y que la amplia rúbrica «seguridad nacional» permite cobijar la clase de los secretos políticos, es decir aquellas materias que, en el legítimo uso de las potestades del artículo 97 de la Constitución, el

Gobierno considere de necesaria reserva en defensa de la seguridad del Estado.

Una justificación constitucional del secreto de Estado, oponible al deber de declarar, puede verse en el artículo 105, b), de la Constitución limitador del derecho general de acceso a archivos y registros por razones atinentes a la seguridad y defensa del Estado. Y en el ya citado artículo 97 que atribuye al Gobierno la política interior y exterior del Estado. En el ejercicio legítimo de esas funciones constitucionales, y cuando actúa en defensa de esos intereses, la Administración puede constituir el secreto.

Cuando tras el secreto de Estado aparecen estos intereses, implícitamente reconocidos en las normas constitucionales, el derecho al secreto se muestra como un límite, constitucionalmente admisible, frente al derecho de tutela judicial plena -y consiguientemente frente al deber de prestar declaración-. No se olvide, a este respecto, que no es preciso que tales límites vengan expresa y directamente contemplados en una norma constitucional; pues de acuerdo con la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional, los límites de todo derecho pueden estar determinados de manera indirecta y mediata (36).

Cuestión distinta es la relativa al control sobre el legítimo ejercicio de ese derecho al secreto (37). Que recordemos, aún no ha tenido ocasión el Tribunal Constitucional de pronunciarse sobre esta cuestión, aunque un recientísimo y sonado caso hubiera podido provocar la intervención del Alto Tribunal (38). En otro plano siempre sería posible la solución de resolver el proceso en sentido favorable al inculpado, atendiendo al contenido esencial del derecho a un proceso justo y en base a pruebas de cargo, que exige el artículo 24 de CE como elemento esencial para desvirtuar la inicial presunción de inocencia.

c) Los secretos de la función pública

Por su contenido, intensidad de protección e importancia de los secretos de Estado, antes analizados, se diferencian de los demás secretos oficiales, a los que convendría mejor la denominación de secretos de la función pública (39). Entre ambas especies se puede advertir una sustancial diferencia atendiendo al valor o interés a cuya tutela tiende el secreto. En tanto que la razón del secreto de Estado aparece relacionada con la salvaguarda de la seguridad y de la defensa del Estado, y en ella encuentra su justificación y sus límites, la instrumentalidad del secreto de la función pública viene referida a la tutela del quehacer propio de la Administración. Por esta razón la opinión mayoritaria ha fundamentado el secreto de la función pública en razones de eficacia y de oportunidad que imponen el sigilo de determinados actos (40) en la garantía del normal funcionamiento de la Administración pública (41) bien que esta garantía se subordine a la sola voluntad del funcionario a quien la ley le faculta para optar por el silencio o por la manifestación del hecho reservado. También puede verse el reflejo de un campo propio de la potestad ejecutiva, de semejante significado al que tienen los otros poderes estatales.

No ofrece duda la existencia en toda actividad administrativa de materias cuyo secreto parece condición para la eficacia del poder ejecutivo o administrador. Es práctica usual, reconocida normativamente incluso, el secreto de lo que constituye la fase deliberativa que procede a la formación de voluntad de un órgano colegiado, siendo suficiente para el control político o judicial el conocimiento del acto en que se exterioriza su voluntad.

En otras ocasiones son los hechos mismos o formas de actuación las que son objeto del secreto. El secreto mismo, o mejor, la obligación del mismo, se ve además reforzado por normas represivas que, bien por la vía de la sanción penal, bien por la de la sanción disciplinaria, castigan la violación de aquel deber. En este sentido, la disciplina procesal del secreto oficial vendría a ser una técnica más del secreto.

En la tesitura de la obligación de prestar declaración testifical sobre hechos objeto a su vez de la obligación de reserva, el ordenamiento jurídico parece optar en la forma antes indicada por la conservación del secreto. Es decir, que en la tensión o conflicto entre los intereses cubiertos por las dos especies de obligación de declarar y de guardar silencio, la ley parece optar por el interés de la función pública, en detrimento

de los valores a cuya garantía atiende la institución del proceso.

No es de extrañar, por ello, que la doctrina vea con creciente recelo la disciplina procesal del secreto oficial. Pisani ha llegado a señalar -en referencia a la normativa del Derecho italiano - que surge la idea de una suprema y totalitaria Administración ante la que el ciudadano es, ante todo, un súbdito (42). En otras palabras, se viene a sugerir que el reconocimiento de un secreto oficial frente a la exigencia del deber de declarar ante la justicia no es compatible con la actitud de «puertas abiertas» característica de un Estado democrático de Derecho.

La problemática del secreto de la función pública como hipótesis oponible al deber de declarar no puede desconocer la realidad, conveniencia y utilidad de la categoría del sigilo de la función pública. Sí ha de discutir, en cuanto la invocación del secreto oficial signifique un conflicto de intereses, tanto su justificación constitucional -caso que se estimase prevalente el interés público de la Administración - como el ámbito en que ha de reconocerse aquel secreto de la función. Y de modo especial, y en ello esta materia incide en la más general de las relaciones entre ciudadano y Administración, en el sistema de control sobre la realidad y necesidad del secreto respecto de los fines de la justicia.

En el Derecho español, el artículo 417, 2º, de la LECr, ya citado, contempla el secreto de la función pública como un supuesto en el que no se estará en la obligación de declarar, y lo concibe en términos que no permiten diferenciar entre el secreto de Estado y el secreto de la función pública.

Antes de proceder al examen del precepto, en sus relaciones con otras disposiciones y particularmente con las normas constitucionales, habría que señalar: a) Que el secreto oficial guarda relación con el secreto profesional, relación que Moreno Catana, siguiendo a Carnelutti, califica como de género a especie (43) ; de ahí que, en alguna medida, y visto lo ordenado en el artículo 24.2 de la Constitución, esta relación se traduzca en una cierta, pero no total, semejanza de tratamiento; b) Que el reconocimiento de una disciplina del secreto oficial por estar constreñida al ámbito de la prueba testifical, no puede ser extendido a la prueba documental; y en este sentido, el juez se encuentra en una situación de libertad, con ciertos matices, para incorporar al proceso los secretos documentados; y c) Que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 262 de la LECr, el secreto de la función pública no es operativo respecto de los hechos delictivos que el funcionario haya conocido por razón o con ocasión del ejercicio de sus funciones.

El artículo 417 de la LECr plantea, en primer lugar, la cuestión de determinar si comprende dos hipótesis o una sola, reconducible a la prevista en el número 1. En efecto, el precepto impone al juez, como norma de conducta en el desarrollo de la prueba testifical, la de no imponer la obligación de declarar al funcionario público que, ligado con deber de obediencia, no esté autorizado por su superior jerárquico a prestar declaración. Se trata, por tanto, del reconocimiento del efecto excusante de la obediencia debida pero respecto del funcionario - testigo. Si bien, en esta hipótesis, el juez o Tribunal no podrá exigir el testimonio, no le impedirá recabar el testimonio del superior jerárquico. La obediencia debida sólo tiene sentido desde la perspectiva de una obligación de secreto a que esté sometido el inferior y de la que sólo puede ser relevado por su superior jerárquico. La existencia de un hecho cuyo secreto debe ser mantenido es, por tanto, presupuesto de esa hipótesis y, en cuanto tal, subsumible en la anterior (44).

En segundo lugar es obligado determinar cuál es el ámbito del secreto oficial. La cuestión es decidir entre una opinión según la cual, la LECr está contemplando una materia o hecho reservado per se, o bien comprende simplemente la obligación del sigilo o secreto que venga impuesta por la norma que regule la función. La primera opinión podría argumentar sobre la base del artículo 367 del Cp, que define como conducta punible el «revelar los secretos de que tenga conocimiento por razón de su cargo». La segunda, más acorde con lo que significa el secreto de la función pública, en tanto subespecie del secreto profesional, se apoya en la exigencia normativa del secreto o sigilo impuesto a los funcionarios públicos respecto de los hechos conocidos en el ejercicio de su función. En efecto, la obligación de secreto, unida a la de disciplina y subordinación, se encuentra en el artículo 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de

febrero de 1964; esa misma obligación de secreto aparece impuesta respecto de jueces y Magistrados por el artículo 396 de la vigente Ley Orgánica del Poder judicial, y para Fiscales por el artículo 50 del Estatuto de 1982.

En este contexto tan amplio, podrían distinguirse como materia de reserva los hechos pertenecientes a la intimidad personal o familiar que el funcionario haya conocido, legítimamente, en razón del ejercicio de su función y para fines de la función igualmente legítimos. En este caso, el refuerzo del secreto oficial vendría dado por la protección del derecho a la intimidad, cuya sola invocación bastaría para justificar, incluso desde el punto de vista constitucional, la negativa del funcionario de poner a disposición de otro poder tales hechos. En cambio, de más problemática justificación serían los demás secretos de la función.

La inserción constitucional del secreto oficial, en esta dimensión de motivo legítimo para negar la declaración judicial, tendrá que ser resuelta considerando que la LECr, en el precepto citado, ha resuelto, en favor de la Administración pública, el conflicto de intereses. Solución que adolece de ciertos reparos.

En efecto, habrá que recordar, siguiendo la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en la Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, que sólo pueden admitirse tales límites a los derechos fundados en intereses o fines sociales, si éstos constituyen en sí mismos valores constitucionales reconocidos y sólo puede establecerse una prioridad en una situación de conflicto entre derechos constitucionales si la prioridad resulta de la propia Constitución.

Que el buen funcionamiento de la Administración, el ámbito de competencias del poder ejecutivo y el principio de obediencia y respeto a las leyes tienen reconocimiento constitucional, parece admisible; así resultaría de lo dispuesto en los artículos 103 y 97 del texto constitucional. Por su relación con el secreto profesional, el secreto de la función pública estaría amparado en el artículo 24.2 párrafo final. Lo que no está tan claro es que, al menos en los términos en que lo contempla el artículo 417, 2º, de la LECr, el interés de la Administración respecto al secreto oficial sea prioritario respecto del interés de la justicia en el conocimiento de la verdad y del derecho al proceso con todos los medios de pruebas pertinentes; por no citar respecto del derecho a la defensa y a la plena tutela judicial.

Por otra parte, la ausencia de un sistema de control de la actuación del funcionario y la asignación a su sola voluntad de la conservación o descubrimiento del secreto nos obliga a formular un juicio negativo sobre la admisibilidad del secreto oficial. Es de esperar que el futuro desarrollo del artículo 24.2, *in fine* ofrezca una solución satisfactoria.

Una modalidad particular del secreto de la función pública es el secreto de policía, o mejor, del secreto del confidente o informador. Se trata de la protección de las fuentes de información de la policía mediante el reconocimiento de su derecho a no descubrir ni revelar los datos de identidad del informador. Distinta de esta hipótesis es la declaración testimonial de personas que se presentan ante el juez bajo máscaras o disfraces que ocultan su identidad; inadmisibles con los principios de publicidad y de contradicción, ligados al de defensa, que caracterizan el sistema acusatorio vigente en un Estado de Derecho (45).

De siempre ha preocupado a la doctrina el problema del tratamiento de este secreto, y más especialmente, de su legitimidad (46). Quizá convendría diferenciar, en el marco del secreto de la fuente de información, dos momentos en nuestra opinión un tanto diferenciados. De una parte, la protección de las fuentes de información con carácter general; de otra, la reserva de la identidad del informador que se alega por el agente de la autoridad al prestar una declaración judicial. En la primera de esas situaciones, el reconocimiento de una tutela legítima apenas parece presentar problemas. Pues se trataría de la reserva consustancial al ejercicio de la actividad policial -en tanto función pública - y justificada, en ausencia de daño para la Administración de Justicia, en el mejor cumplimiento de sus misiones de prevención del delito y del conocimiento del mundo de la criminalidad. Aquí no parece darse daño o lesión para intereses constitucionales protegidos. No serían admisibles, por no estar cubiertos por la legitimidad inicial de la reserva, la utilización del secreto para proporcionar una garantía de inmunidad a confidentes - delincuentes, ni su

invocación para cegar u obstruir las vías de una investigación judicial acerca de hechos delictivos determinados.

Es, por tanto, cabalmente la segunda de las hipótesis o momento que hemos diferenciado la que suscita serios y fundados reparos que tan crudamente exponía Carrara (47).

El secreto del confidente como obstáculo de la prueba testifical en el proceso penal puede estar amparado en una expresa regulación legal, o en virtud del amplio reconocimiento del secreto de la función pública. Lo primero sucede en el Derecho italiano (48) ; nuestro ordenamiento, en cambio, se adscribe al segundo sistema.

En la doctrina italiana, el examen del precepto sobre el secreto del confidente desde el punto de vista constitucional ha llevado a posiciones contrarias. Incluso pese a que dos resoluciones de la Corte constitucional han declarado expresamente su adecuación a la Constitución (49). Para Pisani el secreto del confidente se encuadra en el ámbito de la actividad policial y se justifica por su carácter instrumental respecto del bien jurídico constitucional de la Administración de justicia (50). Se trataría, en suma, de encontrar en la protección del secreto la garantía subyacente de la tutela de otro interés del mismo rango que el presuntamente vulnerado con aquél. Su última razón sería, de una parte la necesidad (51), relacionada con la mejor protección de la justicia; de otra su utilidad. En este sentido Casamayor llegó a sostener que el confidente venía a ser el mejor auxiliar de la Justicia (52). En consecuencia, Pisani postula su reconocimiento con determinadas garantías -por otra parte ya deducibles del artículo 349 citado- en orden a impedir que el testimonio así mutilado pueda servir de prueba de cargo; admite, sin embargo, su utilización pro reo (53).

Orientación contraria mantiene Perchinunno. Aun reconociendo que su fundamento de hecho está en la necesidad de los informadores para el mejor desarrollo de la función judicial -necesidad impuesta por la poca colaboración de los ciudadanos -, analiza críticamente su justificación jurídica y su acomodación a los principios constitucionales. Contradice, afirma, una de las funciones de la policía, el asegurar y facilitar los medios de prueba al juez; vulnera el principio de dependencia funcional de la policía respecto de los jueces y resulta contradictorio con esa dependencia en cuanto que, contra la voluntad del Juez, la ley le concede agente de policía -árbitro del testimonio-, la decisión de prestar o no declaración en defensa del secreto; y lesiona el derecho de defensa al dejar que el testigo pueda ocultar una prueba. En suma, el reconocimiento del secreto del confidente implica la prevalencia de los medios sobre el fin de la justicia (54).

¿Cuál es la situación en nuestro Derecho? Como indicábamos en otro lugar, la LECr no contiene referencia alguna al secreto del confidente, que sin embargo ha reconocido la doctrina y la jurisprudencia.- En efecto, frente a la prescripción del artículo 710, a tenor del cual el testigo de referencia ha de indicar el origen de la noticia, «designado con su nombre y apellido, o con las señas con que fuere conocida, a la persona que se la hubiere comunicado», se ha argüido la aplicación del artículo 417, 1.º -secreto de la función - (55) o la vigencia de las RROO de 6-7-1850; 31-7-1851 y 4-10-1861(56). Y, actualmente, podría esgrimirse el artículo 3, apartado 5, de la LO 2/1986, de 13 de marzo de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad; el precepto, luego de imponer a los miembros de dichas fuerzas y cuerpos la obligación de riguroso secreto respecto de lo que conozcan o sepan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, establece: «No estarán obligados a revelar las fuentes de información salvo que el ejercicio de sus *funciones* o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera». Puesto que ni en la LECr ni en *ninguna otra* norma con rango de ley se contempla la exoneración de ese secreto con ocasión del testimonio judicial, la conclusión resulta evidente.

Sin embargo, esta solución no satisface. Es cierto que, procesalmente, sería inadmisibles un testimonio de referencia que no precise la fuente de donde procede. A ello se opondría el artículo 710, citado, y el derecho constitucional a la presunción de inocencia (57). Y que, en principio, y reconocido el derecho al sigilo para el ejercicio de una actividad profesional o por razones de Estado, o familiares, no parece estar

justificada la *negación del secreto* por razón del ejercicio de la función pública. Sin embargo, *no nos parece posible encontrar un sólido fundamento*, más allá de la necesidad y utilidad, para mantener el derecho al sigilo de miembros de la policía judicial frente a quien, actuando en razón de un interés y de unas exigencias tan imperiosas como son las de la tutela judicial, es al mismo tiempo órgano superior de la policía judicial. Reconocer, como hace la LO 2/1986, citada, la existencia de una dependencia funcional respecto de jueces y del Ministerio Fiscal --de rango constitucional, conforme al artículo 126 de CE--; señalar como principio de la actuación policial la colaboración con la *Administración de Justicia* y el auxilio de la misma; y establecer que una de sus funciones es la de asegurar los instrumentos, efectos y pruebas del delito, poniéndolos a disposición del juez o Tribunal competente (58) constituye, en nuestra opinión, un claro pronunciamiento legal sobre la inadmisibilidad del secreto del confidente ante el órgano jurisdiccional del proceso o el Ministerio Fiscal allí representado. Corresponderá a la prudencia del Tribunal, y siempre con escrupuloso respeto del derecho de defensa, la decisión de exigir o no el testimonio del agente de la policía. Pero no a éste o a su superior jerárquico la resolución de ocultar la información y por tanto un medio de prueba que se repute necesario, pertinente e imprescindible a los fines de la justicia.

d) *Secreto diplomático*

Tradicionalmente se ha admitido la exención del deber de prestación del testimonio para los representantes diplomáticos de los Estados extranjeros acreditados. Su fundamento se encuentra en la inmunidad frente a la ley penal del Estado que, conforme a las leyes y usos internacionales, gozan aquellos representantes.

La LECr establece en su artículo 412, 7.º, que los embajadores y demás representantes diplomáticos acreditados están exentos del deber de comparecer ante el juez, pero no del deber de prestar declaración; la declaración podrá ser hecha por escrito, aun en la vista oral, según señala el artículo 702 de la citada Ley. Pero el juego de inmunidad reaparece en la propia Ley pues, conforme al artículo 417, la negativa a prestar declaración sólo autoriza al juez a dar cuenta al Ministerio de justicia para que resuelva lo procedente.

La regulación procesal reseñada ha quedado desfasada, y en nuestro ordenamiento vigente, se consagra la exención del deber de declarar. En efecto, el artículo 17.1 de la LOPJ de 1 de julio de 1985 reconoce exenciones del deber de colaboración para con la justicia en los casos que establezcan la Constitución y las leyes. Tales exenciones se encuentran, para los agentes diplomáticos, en el artículo 31.2 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas de 18 de abril de 1961 («BOE» de 24-1-1968), cuyo precepto establece que el agente diplomático (jefe de la misión o miembro del personal diplomático) no está obligado a testificar.

Con relación al personal consular, la Convención de Viena sobre relaciones consulares de 24 de abril de 1963 («BOE» de 6-3-1970) le reconoce la facultad de negarse a declarar sobre hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones (artículo 44, párrafo 3.º), calificando tal facultad como un privilegio renunciable por el Estado. En el mismo sentido, se pronuncia el Convenio particular entre el Estado español y la República popular de Hungría de 21 de mayo de 1984, ejemplo de aplicación de las reglas generales establecidas en el citado Convenio de Viena.

Es evidente la primacía de las disposiciones aludibles sobre lo dispuesto en la LECr en orden a la declaración testifical de los agentes diplomáticos y consulares, al ser tales disposiciones normas incorporadas al Derecho interno, conforme establece el artículo 96 de la Constitución. Resulta, pues, que a nivel constitucional, la facultad de exención del deber de testificar se encuentra suficientemente justificada. El interés de la justicia en la adquisición de la verdad, cede aquí a los intereses supraestatales representados en las normas convencionales. Pero hay que advertir: a) que la exención de la obligación de declarar de

modo absoluto e incondicionado, sólo existe para los agentes diplomáticos; b) que, respecto de los miembros del personal consular, sólo es operativa respecto de hechos relacionados con el ejercicio de sus funciones, lo que sitúa a esta exención en el marco del secreto profesional; y c) que se está en presencia de una facultad, y no de una prohibición de recibir el testimonio, de donde resultará lícito el testimonio realizado voluntariamente. Bien es verdad que, en el caso de que la declaración emitida voluntariamente sea falsa, no será posible exigir responsabilidad si el autor goza del privilegio de inmunidad. Esta inmunidad, reconocida en el artículo 2 de la LOPJ, no puede entenderse renunciada por el mero hecho de haber prestado voluntariamente declaración (59).

e) *El secreto religioso*

Conforme establece el artículo 417,1.º, de la LECr, no podrán ser obligados a declarar como testigos los eclesiásticos y ministros de los cultos desidentes, sobre hechos que les fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio.

El denominado secreto religioso no es propiamente una especie del secreto profesional. Como recordaba Iglesias Cubría, el sacerdocio es antes un estado que una profesión y la peculiaridad del secreto propio de aquel estado se justifica precisamente por estar relacionado o derivar de su *status* y no de la profesión (60). Quizá por esta razón, el artículo 1.245 del Cc distingue entre las inhabilidades por ley para testificar, las que provienen del ejercicio de una profesión y las que nacen del estado de la persona obligada al secreto.

El secreto religioso nace con la exigencia del *sigillum confessionis* expresamente ordenado ya en el Concilio de Letrán de 1215 y que se consolida firmemente en la vida jurídica y social de la civilización europea (61). La razón está, desde un punto de vista canónico - teológico, en una exigencia psicológica y jurídica, pues como advierte Landucci, si las noticias obtenidas en confesión pudiesen ser desveladas, la confesión cesaría de ser un tribunal de conciencia al basarse en la absoluta sinceridad del penitente, reforzada ésta por la certidumbre del total secreto de lo confesado (62).

Del secreto de confesión como hecho que cierra el paso a la divulgación frente a cualquiera de lo revelado en aquel acto, se pasa al reconocimiento del secreto revelado fuera de la confesión pero en consideración al ministerio sacerdotal, y por el juego del principio de libertad religiosa acaba por entenderse a los secretos revelados a los ministros de otras religiones.

El secreto religioso, por tanto, adquiere relevancia jurídica en cuanto que resulta ser un corolario del principio o derecho de libertad religiosa y de conciencia, y aparece justificado por el interés social de la comunidad en la conservación de ese secreto. En esta línea de general aceptación se orienta el Derecho comparado (63)..

En nuestro ordenamiento jurídico, el secreto religioso adquiere perfiles constitucionales como consecuencia del derecho a la libertad religiosa y del papel que el «factor religioso» (creencias religiosas de la sociedad) desempeña en cuanto a la actuación de los poderes públicos, según expresa el artículo 16.1 y 3 de la CE. En función de la operatividad de tal secreto, los ministros de los diferentes cultos o religiones pueden abstenerse de prestar declaración en el proceso penal. Esto sentado, hay que plantearse algunas cuestiones a propósito de la extensión y caracterización de dicho secreto.

A) Se discute, en primer término, si el secreto se define como una facultad o poder de abstenerse de la declaración o como una prohibición de recibirla.

En la respuesta a esta cuestión está implicada la validez o invalidez de la declaración prestada por quien estaría obligado al secreto, así como la eficacia del consentimiento de la persona que confió el secreto.

Mientras que en otros ordenamientos, como en el Cpp italiano que establece la prohibición de obligar al testimonio, bajo sanción de nulidad de la declaración, la LECr parece referirse a un supuesto de derecho a abstenerse del testimonio; según Aguilera de Paz, que califica esta situación de incapacidad relativa, el testimonio voluntariamente prestado no estaría afectado de nulidad(64), opinión que comparte la doctrina moderna y que se estima más aceptable. No se opone a ello la norma pactada contenida en el Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español de 28 de septiembre de 1976, recibida como derecho interno y por tanto *lex specialis* con relación a la LECr. Conforme al citado Acuerdo, «en ningún caso los clérigos y religiosos podrán ser requeridos por los jueces y otras autoridades a dar información sobre personas o materias de que hayan tenido conocimiento por razón de su ministerio». Pues, en definitiva, lo que prescribe el Acuerdo es una situación en la que no será obligatorio el testimonio, pero no un compromiso de prohibición del testimonio voluntariamente asumido.

El problema del valor del consentimiento del beneficio por el secreto sólo puede ser planteado en el caso de que el ordenamiento distinguiese entre el secreto de confesión y el secreto confiado fuera de confesión pero en atención al ministerio o estado.

En efecto, esta última clase de secreto por participar en cierto modo del secreto de la profesión, podría ser alzado o relevado, en cuyo caso de estaría obligado al testimonio, al menos cuando existiesen razones graves o suficientes. Pero en nuestro Derecho, tanto la LECr como el Acuerdo citado, no hacen distinción alguna entre ambos supuestos, con lo que cualquier hecho revelado o confiado por razón de la función está cubierto por el derecho de abstención. Sin embargo, la distinción se manifiesta como operativa en ciertas hipótesis. Así, y dado que incumbe exclusivamente al declarante la decisión respecto de si lo conocido por él lo ha sido en el marco de su función o, por el contrario, en el ámbito de las simples relaciones sociales, la fuerza vinculante del secreto que no sea de confesión resulta de menor intensidad y facilita, como han señalado algunos canonistas, su revelación cuando hay consentimiento o cuando el hecho a declarar adquiere notable importancia (65).

B) En la LECr, el derecho a abstenerse se confiere a los «eclesiásticos» y a los ministros de los cultos disidentes. La redacción responde a la realidad histórica de la Ley de Enjuiciamiento. En aplicación del principio de libertad religiosa en que se inspiraba la Constitución liberal de 1869, se parifica a estos efectos el secreto religioso de la Iglesia Católica con las demás confesiones; la expresión «cultos disidentes» no enmarca igualmente en aquel contexto social y religioso de primacía de la confesión católica.

a) ¿Qué debe entenderse por eclesiásticos?

El ya citado Acuerdo entre la Santa Sede y el Estado español utiliza las expresiones «clérigos y religiosos». El derecho a la abstención está en función del ministerio sacro que ejercen; en consecuencia, y conforme a la opinión dominante, la dispensa se concede a quienes tengan la condición de sacerdote o de ordenado *in sacris*, o, como más precisamente señala Torné García, a quienes tengan confiado el ejercicio de la cura de almas (66).

Respecto a los ministros de otros cultos o religiones, se discute si es preciso que hayan sido reconocidos previamente como tales por el Estado. Puesto que el artículo 5.1 de la LO de libertad religiosa de 5 de julio de 1980 prescribe la inscripción para el reconocimiento de la personalidad jurídica de las iglesias, confesiones y comunidades religiosas, parece lógico que la condición de ministros, a los efectos de la dispensa de la obligación de declarar, resulte suficientemente justificada por la adscripción de aquéllos a las iglesias o confesiones con personalidad jurídica reconocida, siendo incluso aconsejable por las razones pragmáticas a que se refiere Moreno Catana (67).

El secreto médico aparece reconocido como un valor o interés del grupo social por una antiquísima tradición que se explicita en el juramento hipocrático (68) y que recogen hoy todos los Códigos deontológicos de la profesión médica. En los tiempos actuales existe una fuerte corriente de opinión que, basada en una ética médica, directamente relacionada con la protección de la salud, otorga cada vez más poderes de

discreción a la profesión médica, incluso en relación con las facultades de vigilancia y dirección de la patria potestad sobre menores (69).

La necesidad y justificación racional del secreto médico descansa en la peculiar relación de confianza que, en beneficio de la propia acción terapéutica, ha de existir entre médico y enfermo. La confianza deviene, como indicó Sinaudi, una premisa indispensable para la curación (70) como expresó Portes de modo más terminante: «no hay medicina sin confianza, confianza sin confidencia y confidencia sin secreto» (71).

El secreto médico, primeramente obligación moral, adquiere dimensión jurídica al convertirse en un deber exigible en razón a que su respeto, como advirtió Schmidt, incide en el interés colectivo a la salud (72). Ese deber jurídico equivale a un derecho al silencio que, en opinión generalizada, puede ser esgrimido aún frente a la justicia penal; el interés en la averiguación de la verdad cedería, por tanto, ante el derecho al secreto invocado por el médico.

Ha de reconocerse, sin embargo, que a diferencia de lo que sucede respecto del secreto del Abogado, el secreto médico no parece representar un beneficio para la justicia en el sentido de que tenga, justificadamente, un valor superior. El secreto médico sería una modalidad más del secreto profesional y por tanto debería estar sometido al régimen general de aquella clase de secreto. Quizá sea ésta la razón por la que el secreto médico no se presenta como de protección superior.

En el Derecho comparado, en efecto, la divergencia de respuestas no se traduce en la concesión de una protección plena del secreto médico frente a la justicia penal. Así, en el derecho anglosajón, se niega posibilidad legal de la invocación del secreto médico respecto de las informaciones o datos confidenciales que se han conocido en el ejercicio de un acto médico. En el Derecho italiano se reconoce a los sanitarios el derecho a rehusar declarar sobre hechos que le han sido confiados o conocidos por razón de su profesión. Pero se somete ese derecho a dos condicionamientos: el juez podrá ordenar la declaración si estima infundado el derecho a la abstención. Y se señala que la exención reconocida no opera en los casos en que la ley les imponga la obligación de informar a la autoridad (73).

¿Cuál es la situación en nuestro ordenamiento?

Hay que admitir, ante todo, que el secreto médico puede encontrar apoyo en el texto constitucional; de la consideración de varios preceptos surge un perfil constitucional de este secreto. Estaría justificado en base a lo dispuesto en el artículo 43.1 y 2 de la CE, donde se reconoce el derecho a la protección de la salud y se asigna a los poderes públicos la obligación de tutela de ese bien. Y, como un secreto profesional más en la disposición del artículo 24.2, ya citado. En la legislación ordinaria la norma 23 del Reglamento de la Organización médica colegial (OM de 1-4-1967 y Ley de Bases de la Sanidad Nacional de 25-11-1944) consigna como norma deontológica de «rigurosa observancia», el secreto a las confidencias recibidas, a las observaciones y datos conocidos por el médico relacionados con la enfermedad; este deber de secreto se hace extensible, igualmente, a los practicantes, comadronas y farmacéuticos.

El problema, sin embargo, no se plantea respecto de la existencia de un deber de secreto, sino en su eficacia como supuesto que autoriza a no prestar declaración en el proceso penal. Y en este sentido dos son los datos a considerar: en primer lugar, que la norma constitucional del artículo 24.2 deja abierta la puerta al legislador ordinario para que resuelva en qué casos será oponible y en cuáles no el secreto médico frente al deber de prestar declaración sobre hechos delictivos. Y en segundo lugar, que la LECr no sólo guarda silencio sobre la materia -silencio no imputable a olvido por obvias razones-, sino que impone a médicos, cirujanos y farmacéuticos un deber de denuncia respecto a los hechos delictivos que conciesen en el ejercicio de su profesión. Deber de denuncia, consignado en el artículo 262, párrafo 3.º, de la LECr, del que están excluidos, por expresa disposición del artículo 263, eclesiásticos, abogados y procuradores.

No cabría, en consecuencia, admitir un derecho del profesional médico a excusarse de la declaración

por razón de su secreto. Pero no satisface una tan rigorista y poco matizada conclusión. Salvo en el caso contemplado en el citado artículo 262.3 de la LECr, interpretado en el sentido de comunicar los hechos observados o deducidos con aplicación de su ciencia, en los demás datos que obtiene del enfermo o de sus allegados, y salvo dispensa del interesado, sería oponible el secreto. De esta forma se garantizaría tanto el bien Jurídico de la salud como la defensa de la intimidad personal. Adviértase que no tendría sentido asegurar la intimidad cuando el propio interesado es llamado a declarar, y vulnerar es intimidad actuando por intermediación de un tercero, en este caso, el facultativo que ha accedido a esa intimidad por razón de confianza.

f) El secreto del abogado

Puede verse en una doble perspectiva: como modalidad del secreto profesional, esto es como la reserva de los hechos confiados o conocidos en el ejercicio de la profesión, y como manifestación del derecho de defensa, cubriendo entonces los hechos que le han sido confiados en su calidad de defensor ante la justicia.

Está universalmente admitido e incluso protegido penalmente; así en nuestro Código penal que incrimina en su artículo 360 -como modalidad de prevaricación - la revelación de secretos del abogado. Su plasmación más certera se encuentra en la declaración de Perugia sobre principios deontológicos de la Abogacía de la Comunidad Europea de 16 septiembre 1977. En su punto IV se afirma que el secreto profesional es el derecho y deber fundamental y primordial de la profesión, ya que forma parte de la naturaleza de la misión del abogado el ser depositario de secretos de su cliente y destinatario de comunicaciones confidenciales, siendo esencial el secreto de la confianza que exige el ejercicio de la profesión.

El fundamento, pues, de este secreto está no en el ser garantía de la dignidad o del prestigio de la profesión, sino en la utilidad social de la misma; es decir, en la presencia de intereses socialmente relevantes que están detrás de la exigencia del secreto. Con ello viene a destacarse, en realidad, el papel relevante que en un Estado de Derecho cumple la función de la Abogacía, insustituible por la independencia y libertad de sus miembros en todo sistema de protección y garantía de derechos y libertades. La eficacia de esta función precisa absolutamente de una relación de confianza entre abogado y cliente; clima de confianza que se nutre de la convicción plena de que lo descubierto al letrado no será en ningún caso, salvo expresa autorización, revelado o comunicado.

Pero este secreto está igualmente emparentado con el derecho de defensa, al cual sirve. Esta íntima vinculación entre derecho de defensa y derecho del abogado a la no revelación de lo a él confiado es opinión común en la doctrina. Para Pisani, imponer la obligación de descubrir hechos que haya conocido en el ejercicio de la defensa implicaría una coacción indirecta, aunque eficaz sobre el propio inculpado. En consecuencia, el reconocimiento del secreto del defensor es un precio que habría que pagar para garantizar una mejor justicia (74).

Esta vinculación es vista por la doctrina italiana como dato fundamental para la justificación constitucional del secreto del abogado. Reconocido en la constitución un derecho pleno a la defensa, en este derecho halla firme asidero el derecho del abogado a negar la declaración. Característico del Derecho italiano es la amplitud con que se reconoce este secreto. Cubre todas las confidencias o secretos que reciba en su condición de profesional, pues como señala Pisani el ámbito del derecho de defensa se extiende a todas las actividades de asesoramiento extrajudicial que el abogado cumple (75).

En nuestro ordenamiento, la regulación del secreto del abogado se plantea en forma distinta.

El Estatuto de la Abogacía aprobado por RD 2090/1982 establece en términos rigurosos el deber y el derecho de guardar el secreto profesional en relación con lo que conociere por razón de su ejercicio, prescribiendo además los artículos 41.1 y 39 que la defensa jurídica constituye una obligación profesional;

proclama en el artículo 42 la actuación del abogado en libertad e independencia, sin otras limitaciones que las impuestas por la ley y las normas de la moral y deontológicas. Reconoce, finalmente, que la tutela y defensa de los intereses a él confiados no puede justificar «la desviación del fin supremo de justicia a que la Abogacía se halla vinculada».

Por su parte, el artículo 416.2 de la LECr establece que el abogado del procesado no está obligado a declarar respecto de los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor, no alcanzando la dispensa a los hechos concernientes a otros coprocesados, salvo que la declaración pudiera comprometer a su defendido.

Desde el punto de vista constitucional, el secreto del abogado estaría admitido bien como supuesto de secreto profesional (artículo 24.2), bien encuadrado en el derecho a la defensa. No obstante, las consecuencias a que se llega, según se considera el secreto bajo una u otra forma, son muy diferentes.

Para Moreno Catana, el artículo 416.2 de la LECr, no responde a la finalidad de tutelar el secreto profesional del abogado, sino el derecho de defensa y limitado a lo que el inculpado le hubiese confiado como defensor (76). Puesto que la LECr no reconoce con carácter general un secreto profesional como causa de exención del deber de declarar, podría llegar a mantenerse que el abogado estaría obligado a declarar todo aquello que conociese a través de otras vías. No obstante, y aun admitiendo que el secreto oponible en el proceso penal es solamente el del letrado defensor, una interpretación más amplia es siempre posible, precisamente desde la consideración constitucional del derecho a defensa. En este sentido podría señalarse: a) El derecho de defensa es una exigencia objetiva del proceso y no puede estar limitado por la atribución a otros sujetos de facultades procesales relativas (77). En este sentido, el abogado no puede estar obligado a declarar sobre hechos que incriminen a su defendido, aunque los haya conocido a través de otras personas. b) La obligación de secreto, y consiguientemente el derecho a no prestar declaración, no requiere formalmente que exista una acusación; empieza en el momento en que, por su condición profesional, asesora a quien cree va a ser objeto de un procedimiento penal. c) No estará referido solamente a la persona del acusado. El derecho de defensa es tan amplio que alcanza a todos quienes ejercitan un derecho en el proceso.

De entre las demás cuestiones que en relación con el secreto se plantea la doctrina, destacaremos ahora dos. En primer lugar, eficacia del consentimiento del defendido en orden a la revelación del secreto. Para Fenech el deber de sigilo cesa cuando el cliente autoriza o insta a su revelación (78). Resulta dudoso que el consentimiento sea eficaz cuando el abogado considera que la revelación perjudica a su defendido. El significado que tiene la defensa técnica y la autonomía que debe presidirla obstaculizan, en nuestra opinión, esa respuesta positiva. Supuesto que el abogado opte por prestar declaración, deberá entenderse que ha cesado en su función como letrado, puesto que no resulta posible en nuestro sistema procesal compatibilizar las funciones de testigo y representante o defensor de la parte (79).

Siguiendo, a Aguilera de Paz, por razones de analogía con el abogado y lo dispuesto en el artículo 263 de la LECr, la dispensa alcanza al procurador del inculpado (80).

g) *El secreto de la información periodística*

La protección de las fuentes de información frente a las demandas de la autoridad, incluso de la autoridad judicial en sede del proceso penal, fue ya una aspiración de la profesión periodística a finales del pasado siglo y que forma parte, en la actualidad, de unas exigencias casi universalmente postuladas por los medios de comunicación social y por la propia doctrina científica.

La defensa de ese derecho al silencio, mediante la negativa a prestar declaración judicial, ha dado lugar a sonados y recientes procesos. Así en Italia, el conocido «caso Medetti», en el que un periodista fue detenido por orden judicial al negarse a revelar la identidad de la actriz que denunciaba en carta publicada en el

periódico «La Notte» las exigencias sexuales impuestas por funcionarios de la RAI-TV a las aspirantes a intervenir en ese medio (81). Y en los Estados Unidos el célebre proceso contra los periodistas del «Washington Post», en el que recayó la sentencia del juez Hugo L. Black (82), que justificaba la reserva de las fuentes de información del periodista por ser aquella esencial para una prensa libre: «sólo una prensa libre y no encubridora puede revelar al pueblo el engaño del Gobierno».

En efecto, la defensa del secreto periodístico en cuanto a sus fuentes de información, no solamente encuentra fundamento en el general reconocimiento del secreto profesional, del que es especie la profesión de periodista, sino sobre todo en la función que los medios de comunicación cumplen en un sistema democrático y de libertades. En ese sistema resulta esencial la información veraz, objetiva y suficiente de la opinión pública, y los medios de comunicación sirven a esa opinión y facilitan el control de los poderes públicos y de los poderes denominados «fácticos» poniendo a su disposición todas las noticias que llegan a su alcance. Los medios de comunicación se sirven y nutren abundantemente de fuentes confidenciales. A una prensa seria y responsable que contrasta la fiabilidad de tales informaciones, previa a su publicación, le resulta indispensable la preservación, mediante la reserva, de esos canales o fuentes de conocimiento. Sin esa reserva gran parte del valor de aquellas informaciones se perdería.

El problema, sin embargo, no radica en establecer el fundamento y la razón de ese secreto, sino el de señalar sus límites. A este respecto se han ofrecido distintos criterios. Así se ha indicado que el secreto debe cesar cuando el conocimiento de las fuentes de información sea absolutamente necesario y relevante para el proceso y sea posible acudir a otros medios de prueba. También se ha afirmado que la alegación del secreto cede en presencia de un interés superior, valorado como tal por el Juez o Tribunal (83). La solución habrá de venir dada por el reconocimiento normativo del secreto y de sus límites. Así sucede en el Derecho alemán y en el Derecho sueco (84).

En efecto, el núcleo esencial del secreto periodístico descansa en la protección de sus fuentes de información. Supuesto que se esté en presencia de un periodismo serio y responsable, que responda a las exigencias constitucionales relativas al derecho a la difusión de una información veraz (artículo 20. 1, d), parece posible configurar una protección del secreto muy rigorista frente a la acción del Poder ejecutivo, pero más limitada en relación con la jurisdicción penal; especialmente si se tiene en cuenta que el poder judicial, en el ejercicio de la función jurisdiccional, es igualmente un instrumento de control de la actuación administrativa. No hay que desconocer una diferencia entre el secreto profesional y el secreto periodístico. Aquél tutela la noticia, éste la fuente.

En sede del proceso penal, se ha afirmado la identidad de razón entre la protección del confidente -en el marco del denominado «secreto de policía»- y la protección del informador del periodista. Este paralelismo ha llevado a sostener una igualdad de tratamiento. En este sentido, Písani ha señalado la aplicabilidad de la norma según la cual le está prohibido al juez recibir, bajo pena de nulidad, el testimonio de personas que han obtenido información de sujetos cuya identidad cree no deber revelar (85).

Tenemos, no obstante, ciertas dudas sobre esa semejanza de situaciones. Es tanta la fuerza y la influencia que ejercen las noticias periodísticas, sobre todo si proceden de medios de difusión de reconocida solvencia, que resulta muy difícil negar alguna eficacia, aunque sea por la vía del subconsciente, a la noticia sobre los hechos objeto de enjuiciamiento. Aunque formalmente no puedan ser consideradas como medio de prueba, esas noticias cuya fuente se oculta operan en la realidad como tales, sin posible contraste procesal. Y de ello hay ejemplos de palpante actualidad.

En nuestro ordenamiento, el artículo 20. 1, d, de la Constitución remite a una ley posterior la regulación del secreto profesional de los medios de comunicación.

El artículo 5 del Estatuto de la profesión periodística aprobado por Decreto de 13 de abril de 1967, establece el mantenimiento del secreto profesional para el periodista, salvo, dice, en los casos de obligada cooperación con la justicia, al servicio del bien común.

El precepto citado, de cierto sabor regalista, vendría a significar que el decreto se mantiene frente a todos, salvo cuando el periodista sea requerido para colaborar con la Justicia. Lo ambiguo de la expresión «casos de obligada cooperación con la Justicia» no debe conducir a otra interpretación que ésta: el secreto no es oponible frente al deber de declarar en un proceso penal; fuera de este caso, tiene plena eficacia.

Quiere ello decir que el deber de declarar por cuanto que constituye instrumento para la eficaz tutela judicial es prioritario y prevalente con relación al secreto periodístico. También puede ser entendido como un límite, constitucionalmente admisible, al derecho fundamental de libre expresión y de información que cobija el secreto de las fuentes de información. Pero tampoco aquí una tal solución resulta satisfactoria.

Recientes casos de inculpación de periodistas españoles por negarse a revelar fuentes de información, cuyo acceso parecía necesario a los fines del proceso penal, ha puesto de actualidad entre nosotros el problema del secreto de la información. Negar incondicionadamente la virtualidad de ese secreto ante la justicia penal, implicaría el peligro de cegar fuentes confidenciales que sólo suministran información si se garantiza el secreto; y, como resultado posible, limitar las posibilidades de una prensa libre y crítica, esencial para cualquier sociedad política. Pero sostener también incondicionadamente ese secreto en el proceso penal, representaría no sólo un trato injustamente discriminatorio para con otras modalidades de secreto profesional, sino un daño quizá mayor que el que se pretende evitar.

De ahí que sólo una respuesta legislativa pueda ser la solución definitiva. Entre tanto, podría ser solución la de conceder al criterio del juzgador la decisión de en qué casos resulta absolutamente preciso el conocimiento del origen de la información, y en cuáles no, siendo relevante, respecto de estos últimos, la invocación del secreto periodístico. En suma, será la importancia de la noticia, que se reclama, medida en función de la trascendencia o relevancia y gravedad del delito investigado, los datos a ponderar por el órgano judicial, en quien estaría residenciada la decisión sobre el particular. Una apoyatura normativa podría encontrarse en la extensión analógica -común a otras modalidades del secreto profesional - del párrafo 2.º- del artículo 418 de la LECr.

V

A modo de síntesis, podremos concluir afirmando la legitimidad constitucional de situaciones que, con el carácter de límites al derecho fundamental a la plenitud de la defensa y de la tutela jurídica, operen como excepciones al deber general de prestar declaración en el proceso penal.

Pero se hace preciso que el legislador desarrolle el mandato constitucional del artículo 24.2 y lleve a cabo una nueva regulación de esta materia, tanto incluyendo situaciones nuevas o que, aun siendo antiguas, necesitan de actualización, cuando señalando expresamente límites a la facultad de negar la declaración y resolviendo la cuestión del control jurisdiccional de aquellas situaciones. La actualización de la disciplina del secreto, exigirá una ponderada valoración de los intereses en conflicto. Pues ni la necesidad del conocimiento de la verdad en el proceso penal podrá ser el pretexto para el sacrificio de intimidades y derechos tutelables mediante la reserva, ni la tutela del secreto podrá ser llevada tan lejos o tan sin medida que convierta al proceso en una caricatura y le desvíe de su fin esencial: la efectiva tutela de derechos, libertades e intereses legítimos.

NOTAS:

(1) En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 1974.

(2) La necesidad de una adecuada formación psicológica para la evaluación de la fiabilidad del testimonio fluye naturalmente a la vista de las aportaciones de la Psicología sobre la psicología del testigo y la crítica del testimonio. En relación con esta cuestión, deben citarse, LOFTUS, E. F. «Eyewitness testimony», Cambridge Mass. Harvard. Univ. Press, 1979; y YARMEY, A. D. «The Psychology of eyewitness», New York: Free Press, 1979.

(3) Vid., VICENZO PERCHINUNNO: «Limite seggettivi della testimonianza nel processo penale». Milano, Dott. A. Giurffré Editore, 1972.

(4) E. AGUILERA DE PAZ: «Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal», t. III, Madrid, 1924, pág. 599.

(5) Vid., especialmente, A. HERNANDEZ GIL. «Discurso sobre la Justicia, su independencia y eficacia»: Suces, Rivadeneyra, Madrid, 1986, págs. 9 y sigs.

(6) VICTOR M. MORENO CATANA : «El secreto en la prueba de testigos del proceso penal», Edit. Montecorvo, 1980.

(7) En este sentido la doctrina del Tribunal Constitucional expuesta en las sentencias de 8 de abril de 1981 y 29, de enero de 1982.

(8) Vid. Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional alemán de 17 de julio de 1984, en Boletín Jurisprudencia Constitucional, núm. 45, enero 1985, págs. 105 y sigs.

(9) QUINTANO RIPOLLES: «Tratado de la Parte Especial de Derecho Penal», t. I, Madrid, 1962, pág. 867.

(10) A. CRESPI: «La tutela penale del segreto», Palermo, 1952, pág. 65.

(11) Vid. LEGAZ LACAMBRA: «Humanismo, Estado y Derecho», Barcelona, 1960, pág. 38.

(12) G. M. GIORGIANI: «La tutela della riservatezza, en «Riv. Trimestrales di diritto e procedura penales», 1970, pág. 22.

(13) Vid., artículo 11.1 de la LOPJ y las sentencias del Tribunal Constitucional de 29 de noviembre de 1984 y 21 de mayo de 1986 así como artículo 439 de la LELR.

(14) Vid. Manuel IGLESIAS CUBRIA: «El derecho a la intimidad», Oviedo, 1970, págs. 71 y sigs.

(15) AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, t. III pág. 604.

(16) Vittorio GREVI: «E segreto familiare: la testimonianza del pressimi congiunti», en la Testimonianza nel processo penale. Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa Sociales. Giuffré, edit. 1974, pág. 107. BESCARELLI habla también del valor moral y social y de la fuerza incoercible de los vínculos familiares: «Sulla discriminanti previste dell' art. 384 Cp in rapporto alla falsa testimonianza» en Giust. penale, 1952, II, c. 965.

(17) Vid. GREVI, *op. cit.*, pág. 105.

(18) Se trataría, por tanto, de una situación valorada como causa de no exigibilidad de otra conducta, como advirtió CORDOBA RODA: «Comentarios al Código penal», t. III, Ariel, 1978, pág. 1124.

(19) En este sentido, AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, t. III, pág. 604 y CORDOBA RODA, *op. cit.*, t. III, pág. 1123.

(20) En efecto, el artículo 350 del Cpp, señala que en esos casos la declaración no será tenida en cuenta so pena de nulidad. Sobre el alcance de esa nulidad, *vid.* GREVI, *op. cit.*, pág. 115 y sigs.

(21) Vid. FILIPPO ANTONIONI: «La falsa testimonianza nella terra generale del falso», Napoli, 1957, pág. 57.

(22) CORDOBA RODA, *op. cit.*, pág. 1125.

(23) Sobre la justificación de esas excepciones que reconoce el Derecho italiano, *vid.* GREVI, *op. cit.*,

pág. 114, con acertadas conclusiones de «lege ferenda»,

(24) AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, t III, pág. 604.

(25) G. D. PISAPIA: «Preva penale e segreto politico-militare», en *Archiv. Giur.*, 1968, pág. 428.

(26) *Vid.* artículos 421, párrafo 2º, y 445 de la LECr, sobre la obligación de depurar pruebas ociosas e inútiles, y la doctrina jurisprudencial de las SS del TS de 25 y 6 de junio de 1981, así como la doctrina del Tribunal Constitucional en las sentencias 30/1986, de 20 de febrero; y 51/1985, de 10 de abril de 1984.

(27) PISANI: «Testimortianza e segreti»; Centro Nazionale di Prevencioni e Diffesa sociale. Giuffrè, edit. 1984, pág. 98.

(28) F. ANTOLISEI «Manuale di Diritto Penale». Parte Speciale, II Milano, 1954, págs. 786-787.

(29) MORENO CATANA, *op. cit.*, págs. 276 y 281.

(30) *Vid.* artículos 122 bis y 135 bis a) y d) del Cp.

(31) PISANI, *op. cit.*, pág. 84.

(32) *Vid.* especialmente PISANI, *op. cit.*, pág 89 y sigs., y MORENO CATANA, *op. cit.*, pags. 290 y sigs., con amplias referencias de soluciones doctrinales y legislativas.

(33) *Vid.* PERCHINUNNO, *op. cit.*, págs. 204 y sigs; y especialmente Capelletti: «Il segreto di Stato in una recente sentenza della House of Lords», en *Riv. dir. proc.*, 1968, págs. 330 y sigs. La resolución comentada por Capelletti, de 26 de julio de 1966 negaba el denominado «privilegio de la Corona» en orden al secreto documental basado en razones de interés público o de secreto de Estado, alegado frente al Tribunal pero exigiendo que se dieran razones relevantes para la decisión judicial que versaba sobre el honor, la libertad o el patrimonio de un individuo.

(34) MORENO CATANA, *op. cit.*, pág. 81 y 82.

(35) En materia de definición legal de materia reservada, habrá que estar a las leyes 9/1968 y 48/1978.

(36) *Vid.* sentencias de 8 de marzo de 1981 y 29 de enero de 1982.

(37) La doctrina actual pone al acento en la necesidad de un adecuado control sobre la decisión del ejecutivo; *vid.* en relación con esta postura, G. COLLI: «Sulla validità dall'attuale disciplina legislativa del segreto di Stato nelle accezioni politico-militare e d'ufficio», en *Rassegna parlamentare*, 1968, pág. 259; y especialmente M. T. STURLA, «Segreto politico-militare e sindacato giurisdizionali», en *Riv. di dir. proc.*, 1974, págs. 182 y sigs.

(38) Nos referimos a la orden judicial de comparecencia de determinados policías, dictada por un magistrado de Bilbao y que no fue cumplida en virtud de disposición expresa del Ejecutivo.

(39) *Vid.* L' AQUARONE: «Il segreto d' ufficio», 1965, *passim*.

(40) Así, CRESPI, *op. cit.*, pág. 109.

(41) E. DOSI: «La tutela del segreto nella preva testimoniale del processo penale», en *La Scuola positiva*, 1968, pág. 435.

(42) *Vid.* PISANI, *op. cit.*, pág.98.

(43) MORENO CATANA, *op. cit.*, pág. 327.

(44) Correctamente, pues, y en este sentido, el Anteproyecto de LECr de 1982, elaborado por el Ministerio de justicia, que emite esta hipótesis de negativa a declarar por razón de obediencia debida.

(45) La justicia, decía CARRARA, no se alimenta de tinieblas; los tiempos de la Inquisición han pasado; en *Prograrruna del Corso di Diritto Criminale*, vol. II, edic. 1907, párrafo 959, pág. 488, nota 2.

(46) *Vid.* Perchinunno, *op. cit.*, págs. 218 y sigs.; y en la literatura anglosajona, M. L. HARVEY «The informer in Law Enforcement» *IC Cross*, 1968.

(47) En «Lineamenti de pratica legislativa penale», 1882, pág. 373, se expresaba así: «Se acepta al confidente como una necesidad, del mismo modo que se acepta el estiércol para el abono del campo... Pero cuando se ve al oficial de policía convertirse en testigo y declarar lo que un desconocido le ha confiado sin garantía alguna de veracidad, ha de temerse por la justicia y por todos los ciudadanos honres-

tos. Juez de la veracidad del testigo originario que no ha tenido el valor de presentarse no es ya el magistrado o el jurado. juez supremo es el agente de policía».

(48) El artículo 349 del Código procesal penal señala que el juez no puede obligar a los oficiales y agentes de la policía judicial a revelar la identidad del confidente, pero, en contrapartida, declara la nulidad de las declaraciones de aquellos agentes.

(49) Las resoluciones citadas son las sentencias 114/1968 y 175/1970, cuyo texto puede verse en «Gistizia costituzionale», años 1968 y 1970, pág. 2047 y 2101, respectivamente.

(50) PISANI, *op. cit.*, págs. 83-84.

(51) dolorosa necesidad, como la calificaba CARNELUTTI: «Lezioni sul processo penale», vol. IV, 1949, pág. 16.

(52) CASAMAYOR, *Le bras séculier «Justice et Police»* 1960, pág. 184.

(53) PISANI, *op. cit.*, págs. 89-90.

(54) PERCHINUNNO, *op. cit.*, págs. 220 y sigs.

(55) En este sentido, AGUILERA Y PAZ, *op. cit.*, t. III pág. 595.

(56) Recordada por Tribunal Supremo en SS de 6-7 octubre de 1889; 13 noviembre 1890 y 28 de junio de 1965.

(57) La presunción de inocencia no puede ser enervada si no es en base a pruebas legales y de cargo, como ha recordado una constante y uniforme doctrina constitucional seguida con escrupulosidad por la jurisprudencia criminal.

(58) *Vid.* artículo 5, apartado c), 10.2 y 11 de la citada LO 2/1986.

(59) La doctrina relaciona correctamente la exención del deber de declarar con la inmunidad diplomática, estableciendo así un criterio firme para resolver situaciones de dudosa integración en la exención. *Vid.* PISANI, *op. cit.*, págs. 85-86.

(60) IGLESIAS CUBRIA, *op. cit.*, pág. 80.

(61) *Vid.* E. BATTAGLINI: «Il sigillum confessorius nel processo penale», en *La Giustizia penale*, 1954, III, c. 299 y sigs.

(62) Citado por PISANI, *op. cit.*, pág. 75, nota 43. PISANI advierte cómo el secreto de confesión ha sido una especie de modelo histórico en referencia al secreto profesional.

(63) Un resumen de las posiciones legislativas, en MORENO CATANA, *op. cit.*, pág. 246.

(64) AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, t. III, pág. 597.

(65) *Vid.* CABREROS DE ANTA: «Código de Derecho Canónico comentado», Madrid, 1962, pág. 647.

(66) TORNE GARCIA, J. M.: «La declaración testifical de clérigos y religiosos en el proceso penal español», en *Revista de Derecho Procesal*, 1967, I, pág. 139.

(67) *Vid.* MORENO CATANA, *op. cit.*: pág. 261.

(68) *Vid.* GABRIEL BERNAL VALLS: «El juramento hipocrático». Universidad de Córdoba, 1985; y PEDRO LAIN ENTRALGO: «Historia de la Medicina», Salvat, 1978, pág. 132.

(69) *Vid.* J. D. J. HARVARD: «Anticoncepción y adolescentes», en *British Medical Journal*, ed. española, vol. I, septiembre 1986, págs. 23 y 24.

(70) EINAUDI: «Lezioni di politica sociale», 1964, pág. 107.

(71) PORTES: «Du sécreto médicale», en *Cahiers Laëmec*, 1950, núm. 3, pág. 40.

(72) Eb. SCHMIDT: «Der Artz in Strafrecht», 1939, pág. 30.

(73) *Vid.* PISANI, *op. cit.*, pág. 80.

(74) PISANI, *op. cit.*, pág. 77.

(75) *Vid.* artículo 384 de Cpp y PISANI, *op. cit.*, págs. 76-77.

(76) MORENO CATANA, *op. cit.*, pág. 172.

(77) Así V. DENTI: «La difesa come diritto e come garanzia», en *Il problema dell'autodifesa nel processo*

penale, Bologna, 1977, pág. 51.

(78) FENECH NAVARRO: «El secreto profesional del abogado», en Revista Jurídica de Cataluña, 4-5, 1960, pág. 392.

(79) En este sentido, DE PAULA: «La prueba de testigos en el proceso civil español», Edit. Reus, 1968, págs. 36 y sigs. En contra MORENO CATANA, *op. cit.*, pág. 215. Yendo más lejos, habríamos de entender que si el letrado comparece como testigo en asunto que hubiese conocido como abogado cometería el delito de revelación de secretos.

(80) AGUILERA DE PAZ, *op. cit.*, t. III, págs. 604-605.

(81) *Vid.* las referencias a tales procesos en Pisani, *op. cit.*, pág. 93.

(82) Para un conocimiento más amplio de este proceso, *vid.* HARRISON SALISBURY: «Without fear or favor», Ballantine Books, Nueva York, 1980.

(83) *Vid.* PISANI, *op. cit.*, pág. 94.

(84) MORENO CATANA, *op. cit.*, págs. 294 y sigs.

(85) PISANI, *op. cit.*, pág. 94.