



AUDIENCIA PROVINCIAL

BARCELONA

Sección Novena

ROLLO Nº 336/2008

Diligencias Previas nº 3353/2006

Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona

AUTO

Ilmos. Sres.:

D.ª Carmen Sánchez-Albornoz Bernabé

D.ª Magdalena Jiménez Jiménez

D. José María Torras Coll

Barcelona, a treinta de junio de dos mil ocho.

HECHOS

PRIMERO.- En la causa anotada al margen, en fecha 25 de marzo de 2008 por el Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona, dictó providencia por la que se acordó unir a los autos de su razón el escrito presentado por el procurador Sr. Fernández Anguera en representación de D. Dimas Arvin C. [REDACTED] O [REDACTED], a los efectos procedentes y se dispuso estar a lo acordado en la anterior resolución de fecha 11 de marzo. Contra



dicha providencia, la representación procesal del Sr. C. [REDACTED] interpuso, en tiempo y forma Recurso de Reforma, en base a las alegaciones que tuvo por conveniente y solicitó la reforma de la citada resolución a fin de que la misma revistiera la forma motivada de Auto. Admitido a trámite el recurso de reforma, se confirió traslado del mismo al Ministerio Fiscal que informó en el sentido de oponerse al recurso y pidió la confirmación de la resolución recurrida. Por su parte, Alternativa Española, a través de su representación procesal, también se evacuó traslado en el sentido de oponerse al recurso y solicitó la confirmación íntegra de la resolución impugnada. Por Auto datado el día 24 de abril de 2008, el Juzgado de Instrucción resolvió desestimar el recurso de reforma con la salvedad de aclarar y rectificar que la referencia que se contiene en la resolución recurrida debe entenderse hecha al Auto de fecha 7 de marzo de 2008 manteniéndose incólume el resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución recurrida. Contra el citado Auto resolutorio del recurso de reforma, la representación procesal del Sr. C. [REDACTED] O. [REDACTED] interpuso recurso de apelación en base a las alegaciones y consideraciones que tuvo por conveniente y solicitó que se revoque dicho Auto acordándose suprimir todas las medidas de protección de los testigos efectuadas en aplicación de la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales por lo que hace a la testigo protegida "AAA" y "GC-1", así como con respecto al resto de las mujeres imputadas, pues de no ser así, se vulneraría el derecho de defensa del resto de los coimputados, produciéndose la consiguiente indefensión. Admitido a trámite el recurso de apelación, se dió traslado del mismo al Ministerio Fiscal y a las demás partes personadas. El Ministerio Fiscal evacuó el traslado conferido en el sentido de oponerse al recurso y solicitó la desestimación del recurso y la confirmación de las resoluciones recurridas. Por su parte, la representación procesal de ALTERNATIVA ESPAÑOLA impugnó el recurso de apelación, se opuso al mismo y solicitó su desestimación y que se confirmase plenamente y se mantuviera el secreto parcial de las actuaciones en los términos contenidos en el Auto apelado. Designados que fueron los testimonios de particulares, se elevaron los mismos a esta Sección Novena de la Audiencia Provincial de Barcelona para su ulterior sustanciación y resolución.

SEGUNDO. -Personado el apelante, el recurso siguió sus trámites y quedó

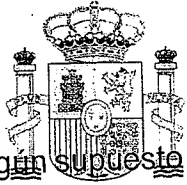


para resolución, habiendo sido Ponente el Ilmo. Sr. D. José María Torras Coll, quien expresa el parecer unánime del Tribunal, previa deliberación y votación.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. –La representación procesal y defensa jurídica del Sr. C [REDACTED] alega que la providencia antecitada vulnera el derecho fundamental a la defensa y el derecho a un proceso público con todas las garantías, primero porque debía revestir la forma de Auto motivado y no la de simple providencia y , segundo, porque el planteamiento de la conculcación de un derecho fundamental puede ser efectuada en cualquier momento del proceso, sin estar sujeta a plazo perentorio, ni preclusivo, si bien lo que se sugiere y aconseja es que se denuncie cuanto antes se advierta la vulneración del derecho fundamental consagrado en el art. 24 de la C.E.. Disiente el apelante de lo expuesto y razonado por la Instructora en cuanto al mantenimiento a ultranza del secreto a los fines de preservar la identidad de las testigos / imputadas ,pues considera que debe alzarse cualquier medida restrictiva del conocimiento que la Defensa del recurrente precisa para poder ejercitar con plenitud de garantías su derecho.

La Juzgadora de Instrucción "a quo" argumenta que por Auto de fecha 7 de marzo de 2008 acordó levantar el secreto general de las actuaciones , con la salvedad de mantener únicamente en secreto los datos de identidad de las mujeres pacientes implicadas cuya historia clínica está siendo examinada y en cuanto a dejar sin efecto el estatus de testigos protegidas de dichas pacientes lo mantiene en la consideración de preservar con el anonimato, su identidad ante el temor de eventuales represalias, aludiendo a la relevancia social de la causa relativa a las prácticas abortivas investigadas relacionadas con las clínicas TCB y Ginemedex y que el anonimato debe ser mantenido para evitar que su identidad sea difundida o se mancille o vilipendie su nombre. En la misma resolución, la Instructora señala que las pacientes ya han prestado declaración judicial, en calidad de imputadas, por los hechos investigados y reconoce que ciertamente resulta inusual y anómalo que a un imputado le sea dispensado tal especial y privilegiada protección, pero para justificar el tratamiento que les concede afirma que la conducta que se les imputa a las pacientes bien pudiera ser tributaria de



algún supuesto de exención de su responsabilidad y que la preservación de los datos de identidad de cualesquiera pacientes se halla contemplada en la Ley General de Sanidad de 1986, así como en la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal por lo que concluye que no procede acceder a la petición de alzamiento del secreto que se interesa.

Por su parte, el Ministerio Fiscal entiende razonables los argumentos vertidos por la Instructora en relación al mantenimiento de la condición de testigos protegidos de las personas identificadas como AAA y GC-1, así como el mantenimiento del secreto de los datos de identidad de las mujeres cuyas historias clínicas están siendo objeto de investigación, y ello en aras a la necesidad de garantizar la tranquilidad de los testigos protegidos que han dado muestras de cierto temor a las consecuencias que puedan derivarse de la publicidad de sus datos de identidad y respecto a las mujeres cuyas historias clínicas están siendo investigadas pues dichas historias versan sobre aspectos de su esfera más íntima de la vida de cada una de ellas, máxime cuando su posición en el proceso aún está por definir o determinar y que la protección que se les dispensa viene avalada por la Ley General de Sanidad de 1986, por la Ley Básica reguladora de la autonomía del paciente de 15 de noviembre de 2002 y por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal, añadiendo el Ministerio Fiscal que el mantenimiento de tales medidas no produce indefensión alguna al recurrente pues la preservación y cancelación de los datos de identidad no afecta al contenido de las declaraciones de los testigos ni al contenido de las historias clínicas de las mujeres ni a sus declaraciones policiales ni judiciales. Así las cosas, el Ministerio Público concluye que debe mantenerse el secreto de los datos de identidad de las pacientes implicadas.

Por su parte, Alternativa Española, a través de su representación forense, se posiciona parejamente al Ministerio Fiscal, argumentando que el secreto que se mantiene y que parcialmente subsiste lo es en relación a los datos identificativos de las pacientes, no sobre sus historias clínicas y que ello no afecta en modo alguno al derecho de defensa y, por contra, garantiza el derecho fundamental a la intimidad reconocido en el art. 18 de la C.E., desarrollado y positivizado en varias leyes, significando que no todas las pacientes que se sometieron a la interrupción voluntaria del embarazo fueron partícipes de



prácticas abortivas susceptibles de tener relevancia penal.

SEGUNDO.- Ante todo, y a título de obligada reflexión, esta Sala es muy consciente de la problemática que genera el delito de aborto, dada su insatisfactoria regulación en nuestro ordenamiento jurídico penal, adhiriéndose al sentir popular más extendido de que sería harto deseable una regulación positiva de determinadas conductas relacionadas con la interrupción voluntaria del embarazo más acorde con aquéllas que existen en derecho comparado y en otras legislaciones europeas que en esta materia son más diáfanas y concretas y que propician una mayor seguridad jurídica. Ahora bien, sentado lo anterior, en el contexto legislativo en el que a esta Sala le corresponde analizar los recursos que el procedimiento en cuestión está produciendo, deberá actuarse y resolverse indefectiblemente conforme al principio de legalidad, con independencia del sentir personal e individual de los Magistrados que constituyen esta Sala, pues dicho principio de legalidad no es solo una garantía sino que vincula a todos los órganos judiciales y, en particular, a los integrantes de este Tribunal.

Asimismo, **debe recalarse a la Instructora que esta es la tercera vez que esta Sala se pronuncia y resuelve acerca del secreto de las actuaciones**, pues ya lo hizo en el Rollo de apelación nº 134/2008, resuelto por Auto de fecha 26 de mayo de 2008, a instancia de la recurrente D.^a Ester S. [REDACTED], así como en el Rollo nº 207/2008, resuelto por Auto de fecha 2 de junio de 2008, en el que se volvió a impugnar el secreto parcial de las actuaciones, también por la Sra. S. [REDACTED], y cuyo recurso quedó vacío de contenido jurisdiccional pues el secreto total de las actuaciones ya había sido alzado por este Tribunal por Auto de fecha 26 de mayo de 2008.

TERCERO.- Pasando ya a resolver propiamente las cuestiones planteadas en el presente recurso, en cuanto al defecto formal, ciertamente la resolución impugnada al resolver una cuestión relativa a la denuncia por supuesta vulneración de un derecho fundamental, debía revestir la forma motivada de Auto y no la de simple y mera Providencia desprovista de razonamiento explícito. Ahora bien, ello se subsana posteriormente por el dictado del Auto resolutorio del recurso de reforma, sin que tal irregularidad formal entrañe una verdadera indefensión de índole material, pues la parte



ha podido hacer valer su derecho y prueba inequívoca de ello es el presente recurso de apelación, pues ha conocido finalmente las razones por las cuales la Instructora denegó su petición de alzamiento del secreto de las actuaciones.

Sentado lo anterior, resulta forzoso recordar, como se ha anticipado, a la Juzgadora "a quo" que esta Sección Novena, en el Rollo de Apelación nº 134/2008, dictó Auto de fecha 26 de mayo de 2008 por el que se estimó el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Ester Sa [REDACTED] R [REDACTED] contra el Auto de fecha 1 de febrero de 2008 y se revocaron las resoluciones impugnadas, **acordándose por este Tribunal que debía alzarse el secreto parcial a fin de poner en conocimiento de las partes las actuaciones afectadas por el secreto y sujetar las actuaciones al principio de contradicción.** En efecto, constituye doctrina reiterada, como se recordaba en la STC 58/1998, que los derechos fundamentales reconocidos por la CE sólo pueden ceder ante los límites que la propia C.E. expresamente imponga, o ante los que de manera mediata o indirecta se infieran de la misma al resultar justificados por la necesidad de preservar otros derechos o bienes jurídicamente protegidos (SSTC 11/1981, 2/1982). Las limitaciones que se establezcan no pueden obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable (STC 53/1986), de donde se sigue que todo acto o resolución que limite derechos fundamentales ha de asegurar que las medidas restrictivas sean necesarias para conseguir el fin perseguido (TC SS 62/1982 y 13/1985), ha de atender a la proporcionalidad entre el sacrificio del derecho y la situación en la que se halla aquel a quien se le impone (TC S 37/1989) y, en todo caso, ha de respetar su contenido esencial (TC SS 11/1981, 196/1987, 120/1990, 137/1990 y 57/1994). Así, desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha destacado que el derecho fundamental recogido en el art. 24.1 CE comporta la exigencia de que en todo proceso judicial deba respetarse el derecho de defensa. Tal derecho fundamental alcanza su máxima intensidad en el ámbito penal por la trascendencia de las intereses en presencia y los principios constitucionales que entran en juego en dicho ámbito, pues no en vano al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema (la imposición de penas criminales) y esta actuación puede implicar una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más «sagrado» de sus derechos fundamentales (recientemente las TC SS 135/1997 y 102/1998). Así el propio



El Tribunal ha declarado que el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva, reconocido en el art. 24.1 CE, comporta la exigencia de que en ningún momento pueda producirse indefensión, lo que requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa en un proceso con todas las garantías.

La restricción del principio de publicidad que supone la declaración de secreto de sumario no debe significar la atribución al Instructor de la facultad de omitir la tutela de los derechos fundamentales de los sujetos afectados, sino un instrumento para asegurar el éxito de la investigación, que debe emplearse con la necesaria cautela, evitando extenderse más allá de los límites materiales que sean imprescindibles. Conforme a este criterio, el secreto del sumario autoriza para impedir la publicidad de la situación y resultados de la instrucción judicial y, por ello, permite al juez no incluir información sobre esos aspectos en las resoluciones que dicte y que haya de notificar a las partes, pero no autoriza sin más a ocultarles todos los fundamentos fácticos y jurídicos de aquéllas.

Decíamos en aquélla resolución que la Instructora ningún elemento fáctico introducía para argumentar el por qué de la necesidad de seguir limitando el derecho de publicidad de las partes. La Instructora bien hubiera podido dictar un auto de prórroga en el que se hiciera referencia de forma escueta a la concurrencia de los presupuestos fácticos (objetivos y subjetivos) y jurídicos que hacen necesaria la adopción de la prórroga de esa medida limitativa de derecho, evitando consignar detalles o datos de hecho que pudieran perjudicar la marcha de las investigaciones; y se permitiera, en cambio, conocer al afectado las razones básicas que determinan esta prórroga del secreto que afecta a su tutela judicial efectiva, a efectos de hacerle posible proceder, en su caso, a la impugnación del auto teniendo en cuenta tales presupuestos y concluíamos que la omisión de toda referencia al caso concreto y la sustentación de la prórroga del secreto en simples consideraciones genéricas, constituye, desde la perspectiva constitucional, una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva con el efecto inmediato de que no pueda mantenerse dicha medida limitativa con el levantamiento del secreto de las actuaciones. A lo dicho entonces, cabe adicionar ahora que el mantenimiento del secreto, aun cuando lo fuere parcial, de las actuaciones, no puede prolongarse ni mantenerse por la Instructora al paio de la preservación del derecho a la intimidad de las pacientes implicadas, sustrayendo del conocimiento de las partes personadas, la



identidad de las imputadas precisamente con fundamento en el derecho a la intimidad de éstas, pues con tal modo de proceder, entiende este órgano "ad quem" ,se está conculcando el principio de publicidad establecido en el art. 301 y art. 302 de la L.E.Criminal , dado que no cabe olvidar que la regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales es ,ante todo, una excepción a la garantía constitucional inserta en el art. 120.1 ,en consonancia con el art. 24 de la C.E.,según el cual las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento. Por tanto, las partes personadas en las actuaciones tienen derecho al pleno conocimiento de lo actuado y naturalmente a conocer la identidad de las mujeres gestantes que decidieron interrumpir voluntariamente su embarazo y que figuran implicadas en la causa y a las que la Instructora recibió declaración en calidad de imputadas, sin que quepa acudir a una suerte de alambicada mutación de su condición procesal al abrigo de una ambigüedad o ambivalente posición calculada (predicamento de testigo para otorgarle el estatus jurídico de testigo protegido y la condición de imputadas para dispensarles la garantía inherente a quien se le atribuyen hechos que pudieran revestir caracteres de delito), transmutándolas y transfigurándolas de imputadas a testigos y, viceversa, pues amén de propiciarse con ello una enorme y tremenda confusión y crear una indeseable y perniciosa situación de indefinición, ello provoca y genera una palmaria inseguridad jurídica, máxime cuando tan peculiar, por no decir insólita forma de proceder, constituye o puede constituir un auténtico fraude de ley para al amparo y a merced del vericuetto jurídico que de no remediarse derivará en un auténtico desaguado procesal, otorgarles indebidamente un estatus jurídico de testigos protegidos que en puridad de principios, real y verdaderamente no les corresponde, pues se trata de personas que prestaron declaración como imputadas. El ocultamiento o el desconocimiento de la identidad de las mujeres otrora gestantes imputadas , aún cuando los médicos que practicaron las interrupciones voluntarias del embarazo dispusieran de su historia clínica, cuando se revelan indicios de que pudieran existir en la causa contraposición de intereses entre los imputados, genera indefensión a parte de los imputados, pues difícilmente podrán ejercitar cabal y materialmente el derecho de defensa ante las manifestaciones que efectúen las imputadas ,si no saben la identidad de la misma. Naturalmente, al alzamiento del secreto de las actuaciones que



debe ser, como afirmamos, total, no obsta que respecto a terceros ajenos al proceso penal se proteja necesaria y convenientemente el derecho a la intimidad de la totalidad de las mujeres pacientes imputadas en los términos prevenidos en la Ley de Protección de Datos, a fin de que no se difundan ni trasciendan tales datos de identificación personal ni ningún otro que pudiera revelar su identidad. En cualquier caso, el modo de proceder de la Instructora, resulta censurable al no observar, de una parte, lo dispuesto claramente por este Tribunal en las predichas resoluciones, y por otro lado, por infringir frontal y derechamente lo dispuesto en el art. 762 y concordantes de la L.E.Criminal en cuanto a la obligación judicial de consignar la completa identificación del imputado. Por consiguiente, **SE REITERA POR TERCERA VEZ** a la Instructora "a quo" el estricto cumplimiento de lo ya dispuesto y resuelto por este Tribunal de apelación en materia de secreto de las actuaciones, conforme a lo razonado en esta resolución y a lo dicho en las resoluciones precedentes reseñadas, por lo que **deberá procederse de forma inmediata por la Instructora "a quo" a levantar en su totalidad el secreto de las actuaciones en relación a todas las partes personadas.**

CUARTO.-Se declaran de oficio las costas procesales causadas en esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y los demás de aplicación.

La Sala **RESUELVE:**

ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación procesal de D. DIMAS A. C. [REDACTED] O [REDACTED] contra el Auto de fecha 24 de abril de 2008, por el que la Ilma. Sra. Magistrado Juez del Juzgado de Instrucción nº 33 de Barcelona dispuso desestimar el recurso de reforma interpuesto por dicha representación procesal contra la Providencia de fecha 25 de marzo de 2008 dictada en las Diligencias Previas 3353/2006 del expresado Juzgado, y, en consecuencia



REVOCAMOS DICHAS RESOLUCIONES y las dejamos sin efecto, y, por tanto, **deberá** procederse por la Instructora, de forma inmediata, a **levantar en su totalidad el secreto de las actuaciones en relación a todas las partes personadas**, con declaración de oficio de las costas procesales causadas en esta alzada.

Notifíquese a las partes, haciéndoles saber que contra la presente resolución no cabe recurso ordinario alguno, y dedúzcase testimonio de la misma, que se remitirá al Juzgado de Instrucción antes indicado, para su conocimiento y demás efectos.

Así lo resuelven y firman los Ilmos. Sres. de la Sala, de lo que doy fe.

M.ª C. J. Jiménez

[Firma]

DILIGENCIA.-Seguidamente se cumplimenta lo acordado, doy fe.