

# CUADERNO DE DERECHO ORGÁNICO



ASOCIACIÓN  
JUDICIAL  
FRANCISCO DE  
VITORIA



Revista Jurídica de Derecho de Familia  
de la **Asociación Judicial**  
Francisco De Vitoria



[www.ajfv.es](http://www.ajfv.es)  
[ajfv@asociación.com](mailto:ajfv@asociación.com)

**ABRIL**  
**2019**

# SUMARIO

---

01

CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA COMUNICACIÓN JUDICIAL: DERECHO A LA INFORMACIÓN, A LA DEFENSA, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IMAGEN, AL HONOR Y A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE LAS INVESTIGACIONES JUDICIALES

**Luis Enrique García Delgado (Magistrado)**

**Natalia Velilla Antolín (Magistrada)**

ISSN: 2605-2725

---

**DIRECCIÓN:**

Gustavo Andrés Martín Martín

**COORDINADOR:**

Estefanía López Muñoz

**CONTACTO:**

[ajfv@asociación.com](mailto:ajfv@asociación.com)

## 01

**CONFLICTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA COMUNICACIÓN JUDICIAL: DERECHO A LA INFORMACIÓN, A LA DEFENSA, A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, A LA IMAGEN, AL HONOR Y A LA INTIMIDAD. PROTECCIÓN DE LAS INVESTIGACIONES JUDICIALES.**

Luis Enrique García Delgado (Magistrado)

Natalia Velilla Antolín (Magistrada)

**Resumen:** *Los autores pretenden, a través de esta obra, buscar puntos de encuentro que permita aportar soluciones posibles al grave problema que el exceso de información y, en ocasiones, el abuso de la desinformación, produce tanto sobre la buena marcha de la investigación criminal como sobre los derechos fundamentales de víctimas y victimarios. El derecho a la información y a la libertad de prensa no está reñido con la garantía de otros derechos igualmente fundamentales y el respeto a la buena marcha de la investigación judicial en juicios de interés público. Los autores apuestan por una modificación legislativa en la línea de la ya existente en países de nuestro entorno y, en todo caso, en la trasposición de la Directiva 2016/343 del Parlamento europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2016 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio.*

**Voces:** *Secreto de sumario; derecho de defensa; derecho a la información; actuaciones reservadas; derecho al honor; derecho a la presunción de inocencia; libertad de prensa; derecho a la imagen; derecho a la intimidad; policía judicial.*

## INTRODUCCIÓN Y PERSPECTIVA GENERAL

Conforme a los artículos 301, 302 y 774 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las diligencias de investigación de los procesos penales son, por naturaleza, secretas salvo para las partes y el Ministerio Fiscal hasta la apertura del juicio oral, por lo que no se hace preciso una resolución expresa del juez instructor en tal sentido salvo que, por motivos excepcionales, y siempre que nos encontremos ante un delito público, se haga necesario impedir temporalmente que las partes personas- salvo el Ministerio Fiscal- puedan tomar conocimiento de las actuaciones. Estas causas son, con arreglo al art. 302 Lecrim, en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2015, de 27 de abril, las siguientes:

- a) Evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o
- b) Prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso.

Lo primero que observamos, por tanto, es que la declaración expresa de secreto de la causa no tiene nada que ver, *expressis verbis*, con garantizar el buen nombre, la reputación o el derecho constitucional a la presunción de inocencia, sino con cuestiones que afectan a garantizar la seguridad de alguna de las partes intervinientes (normalmente de la víctima o algún testigo) o que tienen que ver con el buen fin de la

investigación (piénsese en el caso de que se hayan acordado intervenciones telefónicas, por ejemplo, que obviamente no pueden ser conocidas por el investigado, al que mientras no se alce el secreto de la causa, no debe serle comunicada su existencia, salvo que queramos que esa diligencia quede inefectiva).

No obstante, el art. 301 Lecrim dispone: «*Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley*». Este secreto “presunto” es el que estaría relacionado con el derecho al honor y a la presunción de inocencia de los investigados y también, por qué no decirlo, con el derecho a la intimidad de otras partes, como puede ser la víctima. Es decir, que hay **dos tipos de secreto**: el que se refiere a las **partes personadas**, excepto el Ministerio Fiscal y el que viene referido a **todos los demás** que no son parte, para quienes la investigación es, en principio y siempre, secreta, según lo que dispone el art. 301 Lecrim.

La coexistencia de estos dos secretos es, sin embargo, problemática, porque estando previsto uno de ellos para garantizar bienes jurídicos de indudable relevancia (el del

art. 302 Lecrim), su alzamiento, cuando los riesgos de lesión de esos bienes jurídicos se han mitigado, parece dar, en la práctica, una cierta “carta de naturaleza” a la vulneración sistemática del secreto general del art. 301 Lecrim, que precisamente es el tipo de secreto cuya lesión más vulneraciones de derechos individuales genera, por cuanto supone de quiebra al derecho a un proceso equitativo y al derecho a la presunción de inocencia, ambos previstos en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, como el TEDH ya ha recordado en ocasiones.

Ni que decir tiene que, declarado expresamente el secreto sumarial respecto de las partes, es aun más escandaloso que se filtre el contenido del sumario, pues es evidente que la fuente de la filtración no puede venir sino de quienes trabajan en justicia. Amén de que, en ese caso, se produce la aberrante situación de que el investigado carece de toda posibilidad de defenderse, porque no conoce los términos de la investigación y qué es lo que se le atribuye, al tiempo que los medios de comunicación difunden tales hechos, muchas veces en forma sesgada e interesada, dependiendo del origen de la filtración.

## II. LA PROTECCIÓN DEL DERECHO SUMARIAL EN ESPAÑA: ABOGADOS O PROCURADORES, FUNCIONARIOS PÚBLICOS Y PARTICULARES.

La Ley establece sanciones para el que violente el secreto sumarial expresamente declarado (el previsto en el art. 302 Lecrim). El art. 466 CP sanciona, como reo de un delito de obstrucción a la justicia e infidelidad profesional, al *«abogado o procurador que revelare actuaciones procesales declaradas secretas por la autoridad judicial, con las penas de multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio de uno a cuatro años»*. Bien es cierto que en principio no es el abogado quien puede tener acceso a las diligencias que son secretas, teniendo que venir la filtración de algún funcionario encargado de la tramitación de las mismas, sancionándose por ello la mera divulgación por parte del Letrado.

El citado artículo añade: *«Si la revelación de las actuaciones declaradas secretas fuese realizada por el Juez o miembro del Tribunal,*

*representante del Ministerio Fiscal, Secretario Judicial o cualquier funcionario al servicio de la Administración de Justicia, se le impondrán las penas previstas en el artículo 417 en su mitad superior»*. Penas cualificadas, que están contempladas en un tipo penal que habla de la “violación de secretos”. Añade también el citado artículo que *«si la conducta descrita en el apartado primero fuere realizada por cualquier otro particular que inter venga en el proceso, la pena se impondrá en su mitad inferior»*. Es discutible la aplicación de este precepto, pues un particular no tiene relación con el proceso, salvo que se trate de una de las partes personadas, que en principio no tiene acceso al sumario mientras la causa esté declarada secreta.

Queremos llamar la atención sobre este marco legal: el art. 466 CP sanciona a jueces, fiscales, LAJ, funcionarios de la Administración de

Justicia, abogados, procuradores y hasta particulares, pero nos olvidamos de otros funcionarios, los policiales, que también suelen tener acceso a las diligencias y que igualmente pueden divulgarlas. Entendemos por ello que a los funcionarios policiales les sería aplicable el tipo general del art. 417.1 CP, que sanciona a *«la autoridad o funcionario público que revelare secretos o informaciones de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados»*.

Estas normas son de muy escasa aplicación, pues en la práctica y, salvo casos excepcionales, no suele ser desvelada la identidad de la persona que filtra, pese a los muchos casos por todos conocidos. Como precedentes jurisprudenciales en España, acaecidos durante la vigencia del Código penal anterior (promulgado en la época predemocrática, en el año 1973), tenemos la condena a un funcionario del Cuerpo Superior de Policía Nacional que, a través de intermediario, informó a personas sometidas a intervenciones telefónicas acordadas por un delito de tráfico de drogas de la existencia de la misma (STS 37/2002 de 25 enero, que confirma otra previamen-

te dictada por la Audiencia Provincial de Málaga de fecha 18 de junio de 1999). Estas resoluciones condenan al funcionario policial como autor criminalmente responsable de un delito de revelación de secretos cometido por funcionario público del artículo 367 del anterior Código Penal a las penas de 6 meses de suspensión para cargo público y para el desempeño de las funciones relativas a su condición de miembro del Cuerpo Nacional de Policía, así como a la pena de 150.000 pesetas de multa.

En relación a la protección que tiene la declaración “genérica” de secreto o reserva de la instrucción, el art. 301 Lecrim sanciona al abogado o procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el contenido del sumario, con multa de 500 a 10.000 euros (en vía gubernativa), si bien prácticamente no hay noticias de la imposición de una sanción como esa, pese a lo frecuente que se viene haciendo ver a algunos letrados dar ruedas de prensa a la salida de los juzgados o comentar cuestiones relativas a los sumarios judiciales en redes sociales.

Respecto de los funcionarios, entendido esto en sentido amplio (jueces inclusive), entendemos que la responsabilidad sería exclusivamente de tipo disciplinario, si bien recordemos que el Fiscal tiene, entre sus funciones, *«informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario y, en general, a los deberes de reserva y sigilo*

*inherentes al cargo y a los derechos de los afectados»* (art. 4.5 del EOMF).

Por supuesto, la revelación de datos de un sumario que no esté expresamente declarado secreto no será punible en caso de fuera cometido por cualquier particular, sea periodista o no lo sea.

### III. LA PROTECCIÓN DEL SECRETO DEL SUMARIO RESPECTO DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN

**E**n España, la protección penal del medio de comunicación o del periodista es, de ordinario, mucho más amplia que en otros países de nuestro entorno. Para empezar, porque no existe una norma parecida a la que existe en otros países, como el art. 38.1 de la Ley de 29 de julio de 1881 sobre la libertad de la prensa en la República Francesa, que dispone: «*Se prohíbe publicar los actos de acusación o cualquier otro acto de procedimiento penal o correccional antes de ser leídos en audiencia pública, so pena de la multa prevista para las infracciones de 4ª clase*».

Esta prohibición se impone al medio de comunicación, respecto de la generalidad del sumario, y durante todas las fases procedimentales hasta el desarrollo del acto del juicio. Es decir, se prohíbe no ya acceder o difundir

tras un previo acceso ilícito, sino directamente publicar cualquier “acto del procedimiento penal”, con independencia de que el periodista tan solo revele lo que su fuente le ha entregado, prohibición que afecta a todos los actos de procedimiento, tanto si se trata de atestados policiales, declaraciones de testigos, informes periciales, como de citaciones judiciales, habiendo llegado a ser considerada tal previsión compatible con el Convenio Europeo de Derechos Humanos (TEDH en Caso Tourancheau y July contra Francia. Sentencia de 24 noviembre 2005).

En Portugal, el otro país vecino, las disposiciones reguladoras del “Segredo de Justiça” (equivalente a nuestro secreto de sumario) son parecidas, y así el art. 88 del código de procedimiento penal dispone: «*1. Los medios de*

*comunicación pueden, dentro de los límites de la Ley, informar del contenido de los procedimientos no cubiertos por el Secreto de Justiça (...) 2. No está permitido, bajo pena de desobediencia simple: a) La reproducción de los elementos y documentos del sumario del proceso hasta la sentencia en primera instancia, a menos que estos elementos se hayan obtenido a través de una petición indicando el objeto de dicha solicitud o si autoridad judicial a cargo de la fase del procedimiento en cuestión haya autorizado específicamente tal reproducción».*

La vulneración de ese derecho al secreto está sancionada por el art. 371 CP portugués con pena de multa y, en algunos casos, de prisión. Es decir, que hasta el dictado de la sentencia y salvo autorización expresa del juez, está vedado al periodista publicar cualquier elemento o documento del sumario.

No existe un artículo parecido en España, quizás porque tampoco existe una Ley de prensa, prevista en el art. 20.1 de la Constitución, y nunca promulgada. Por tanto, no está “prevista por la Ley” en los términos exigidos en el art. 10.2 del Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos, suscrito por

España, una restricción que pueda imponerse a un periodista para la publicación del contenido de un sumario judicial.

En algunos casos, se ha pretendido atribuir responsabilidad al periodista por la publicación del contenido del sumario cuando expresamente se había declarado secreto, por aplicación del art.197.3 CP, que sanciona a quienes «con conocimiento de su origen ilícito y sin haber tomado parte en su descubrimiento difundan a terceros los datos o hechos descubiertos o las imágenes captadas» cuando estas derivan de un acto de apoderamiento previo de tipo ilícito. Pero, pese a la existencia de diversos procedimientos penales en España frente a periodistas, siempre suele terminar prevaleciendo el derecho a comunicar información veraz en relación a la publicación de datos contenidos en los sumarios judiciales.

La doctrina constitucional no puede ser más clara a la hora de salvaguardar el derecho que tiene el periodista a difundir el contenido del sumario en el ejercicio del derecho fundamental a la libre información (art. 20.1.d) CE),

teniendo derecho no ya solo a no ser encausado penalmente por la comisión de un delito de revelación de secretos (en su modalidad de difusión del art. 197.3 CP o bien del art. 466.3 CP), de injurias o calumnias de los art. 205 y ss CP, o ser sujeto pasivo de una acción civil de protección al honor, a la intimidad y a la propia imagen, sino tan siquiera a ser perturbado o molestado en cualquier forma, de tal manera que pudiera desalentarse el libre ejercicio del derecho al que antes he aludido, que no es titularidad del periodista, sino de toda la sociedad.

La STC 28/1996, con cita de las SSTC 6/1988 171/1990 219/1992 y 22/1995, enuncia de forma condensada, pero expresiva, los dos inexcusables requisitos para que el ejercicio del derecho a la libre información goce de protección constitucional: (1) que se trate de difundir información sobre un hecho noticioso, por su interés público, y que su difusión afecte a algún derecho fundamental; y (2) que la libertad de información esté difundida por profesionales de la información a través de la prensa, entendida en su más amplia acepción.

Es inexcusable además aquí la cita de la STC 13/1985, de 31 de enero, que dijo que, dado el carácter de excepción al principio constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales que constituye el secreto del sumario, *«se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de lo necesario- que los estrictamente afectados por la norma entronizadora del secreto»*. Esta resolución, aun considerando legítima la previsión del art. 301 LECrim y que el proceso penal pueda “tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad” precisa que *«el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen»*, lo cual *«no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la Constitución Española) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar,*

*con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales».*

En definitiva, la revelación de los sumarios judiciales, pese a que puedan perjudicar la intimidad o el honor de las personas, no justifican la reacción penal frente al periodista, quien cumple con su obligación al revelar lo que está oculto y resulta objetivamente noticioso. No existe por ello en España ninguna normativa, a diferencia de otros países europeos de nuestro entorno, que prohíban a los medios difundir actos sumariales a fin de preservar el derecho a la presunción de inocencia, el derecho del justiciable a un proceso equitativo, la protección de la reputación o de los derechos ajenos o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial y la recta Administración de Justicia, como sí existen en otros países. No solo eso, sino que el Tribunal Constitucional español ha relajado el secreto de la instrucción en atención a las exigencias del derecho a la información, permitiendo publicar informaciones de los asuntos de relevancia también durante la fase de instrucción, siempre que ésta no trate de las “diligencias del sumario”

a que se refiere el artículo 301 de la LECrim -que según el artículo 302 de la misma norma son aquellas en las que las partes personadas “intervienen”- y no perjudique la finalidad del secreto sumarial, que en palabras del propio Tribunal Constitucional no es otra que alcanzar “una segura represión del delito”. Ello ha propiciado la aparición, por ejemplo, de Oficinas de Comunicación y Gabinetes de Prensa adscritos al Consejo General del Poder Judicial que difunden, aun durante la fase de instrucción, informaciones referidas a las resoluciones judiciales que han sido dictadas, número de investigados y testigos, pruebas periciales o diligencias de investigación practicadas (*Protocolo de comunicación de la Justicia*, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en fecha 7 de julio de 2004, modificado por 28 de julio de 2015).

También está unánimemente reconocido por la jurisprudencia constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos el derecho del periodista a mantener la reserva de las fuentes, también cuando se refieren a la revelación de datos sumariales, fuentes que obviamente no pueden ser sino funcionarios encargados de

la custodia del procedimiento. El Tribunal Europeo reconoce tal derecho en la mayoría de casos examinados (caso Fressoz y Roire contra Francia y caso Godwin contra Reino Unido, de 1996). Se plantean también dudas cuando se afirma que el periodista no puede invocar el secreto de sus fuentes cuando nos encontramos ante datos declarados secretos. En este sentido el TEDH en el Stoll contra Suiza (2006) establece que el hecho de que la divulgación de la información sobre una materia esté legalmente prohibida y que tal limitación esté admitida por el art. 10.2 CEDH no implica que el periodista esté obligado a

identificar al autor de la filtración, pues no se pueden confundir los límites a la libertad de información con los límites al secreto profesional de los periodistas. En este sentido el Consejo de Europa ha adoptado la Recomendación (2000) 7 que establece que no se puede ordenar la divulgación de datos que puedan contribuir a identificar la fuente, salvo que exista un *«imperativo preponderante de interés público y las circunstancias presenten un carácter suficientemente vital y grave, que las legislaciones nacionales han de concretar en cada caso»*.

#### IV. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS Y LA PROTECCIÓN DEL DERECHO AL SECRETO DEL SUMARIO COMO MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO EQUITATIVO Y A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. COLISIÓN CON EL DERECHO A LA LIBERTAD DE INFORMACIÓN.

El art. 10 del Convenio Europeo de DDHH, hecho en Roma el 4-XI-1950, establece el derecho a la libertad de expresión, con las restricciones previstas en la ley. Luego el ejercicio de la libertad de expresión e información, se ve condicionado por ello a que:

- 1.- la restricción esté “prevista por la Ley”,
- 2.- persiga alguno de los fines legítimos respecto a dicho apartado (seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial) y

3.- sea “necesaria en una sociedad democrática” para alcanzarlos.

El primero de los requisitos, que la restricción esté “prevista por la Ley”, significa, en primer lugar, que la medida enjuiciada debe tener una base en la legislación interna, pero implica también la exigencia de una cierta “calidad” de la Ley: exige la accesibilidad de ésta a las personas que acceden a la misma, a través de una redacción lo suficientemente precisa para permitirles prever, hasta un grado razonable, las consecuencias que pudiesen resultar de un acto determinado (ver, entre otras, Sentencia Maestri contra Italia [GS], núm. 39748/1998, ap. 30, TEDH 2004-I). Concretamente, una norma es «previsible» cuando ofrece cierta garantía contra las actuaciones

arbitrarias del poder público (ver, en particular, Gianolini contra Italia, 29 agosto 2002, núm. 34908/1997). El alcance de la noción de previsibilidad depende en gran medida del contenido del texto de que se trata, del ámbito que cubre así como del número y de la condición de sus destinatarios (ST Cantoni contra Francia de 15 de noviembre de 1996). La previsibilidad de la Ley no se opone a que la persona afectada tenga que recurrir a asesores para evaluar, hasta un grado razonable en las circunstancias de la causa, las consecuencias que pudiesen resultar de un acto determinado (St Grigoriades contra Grecia de 25 de noviembre 1997). Esto ocurre especialmente con los profesionales, habituados a dar prueba de una gran prudencia en el ejercicio de su trabajo. Así, se puede esperar de ellos que pongan un cuidado especial en evaluar los riesgos que conlleva (Sentencia Cantoni, previamente citada, ap. 35 y Chauvy contra Francia (dec), 23 de septiembre de 2003, núm. 64915/2001).

En definitiva, sólo se puede considerar como una “Ley” en el sentido del artículo 10.2 del Convenio a aquella norma enunciada con la

suficiente precisión como para permitir al ciudadano, y específicamente al profesional de la información, regular su conducta; rodeándose según la necesidad de consejos claros, éste debe prever, en un grado razonable teniendo en cuenta las circunstancias del caso, las consecuencias susceptibles de derivar en un acto determinado (caso Chauvy y otros contra Francia, ST núm. 64915/2001, ap. 41, CEDH 2004-VI).

El segundo, la persecución de los fines legítimos expuestos en el propio artículo del Convenio es especialmente intensa cuando se trata de proteger el derecho que tienen los sujetos a un proceso de investigación penal a un proceso equitativo, en cumplimiento del derecho a la presunción de inocencia y a la protección de su vida privada, así como la buena administración de la justicia, evitando toda influencia externa sobre el curso de ésta. Estos objetivos corresponden a la protección de «*la reputación y de los derechos ajenos*» y a la garantía de la «*autoridad y la imparcialidad del poder judicial*».

El tercer requisito, que la restricción “sea necesaria en una sociedad democrática”, es siempre el criterio que más toma en consideración del tribunal a la hora de dilucidar si se ha producido o no vulneración del Convenio en esta materia, pues de ordinario todos los sistemas legales tienen disposiciones legales de suficiente claridad que limitan la publicidad de los procesos penales (salvo en países como España, como hemos visto), y en casi todos el derecho a un proceso equitativo y a la presunción de inocencia se suele ver comprometido por la publicación de partes del sumario. El TEDH siempre recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática y que las garantías a conceder a la prensa son pues de particular importancia (ST Jersild contra Dinamarca de 23 de septiembre de 1994, Worm contra Austria de 29 de agosto de 1997 y Ozgur Gundem contra Turquía núm. 23144/1993, ap. 43, TEDH 2000-III).

De hecho, señala ineludiblemente que *«no puede pensarse que las cuestiones que conocen los tribunales no puedan dar lugar a discusiones fuera de ellos y antes o al mismo tiempo,*

*tanto en revistas especializadas, como en la prensa de gran tirada o el público en general. A la función de los medios de comunicación consistente en comunicar tales informaciones e ideas se añade el derecho, para el público, de recibirlas»* pero traza un límite claro: el derecho de todos y cada uno a gozar de un juicio justo tal y como garantiza el artículo 6 del Convenio, lo que en materia penal comprende el derecho a un tribunal imparcial.

Así, por ejemplo, en la St TEDH en el Caso Tourancheau y July contra Francia (Sentencia de 24 noviembre 2005) no estimó vulneración del Convenio tras la publicación de un artículo en el que explicaba las circunstancias en las que se había producido el asesinato de una joven y detallaba la relación que mantenían los dos acusados antes del crimen. Reproducía dicho artículo unos extractos de las declaraciones de la mujer acusada, menor de edad, a la policía o al Juez instructor y algunas palabras del varón que figuraban en el expediente de la instrucción o habían sido obtenidas en la entrevista concedida a la periodista, extractos que se reproducían entre comillas y en itálica. Las dos personas estaban acusadas de

haber apuñalado a una tercera, otra mujer, que mantenía relaciones con el varón, estando acusada la mujer, menor de edad (en prisión), de darla muerte y el varón (en libertad), de haber omitido todo auxilio. En dicho artículo, la periodista explicaba que la mujer, tras confesar el crimen ante los investigadores y el Juez instructor, se había retractado y acusaba ahora a su compañero, el varón. El Tribunal recordó que *«los periodistas deben recordar que redactan artículos sobre procedimientos penales en curso, ya que los límites del comentario admisible pueden no englobar declaraciones que correrían el riesgo, intencionadamente o no, de reducir las probabilidades de una persona de gozar de un juicio justo o de minar la confianza del público en el papel que desempeñan los Tribunales en la administración de la justicia»*. En el caso anteriormente mencionado, se consideró por el TEDH que la versión que se ofrecía el semanario francés apoyaba la versión de los hechos del varón, interrogado por la periodista, en detrimento de la menor encarcelada. Esto se desprende, según la resolución, de las partes del artículo que sugieren ciertas intenciones al magistrado instructor, el cual se habría visto «persuadido

de la culpabilidad de B. y de la fragilidad de su novia», mientras que la periodista precisa en una nota que este magistrado, obligado por el secreto de sumario, no se pronunció. De ahí que considerara que, puesto que el caso iba a acabar siendo conocido por un jurado, es decir, por jueces no profesionales que podrían resultar afectados o contaminados por dichas revelaciones, sí existía esa necesidad imperiosa que justificaba la condena del periodista, citando en ese punto la conocida Sentencia de 1979 del Reino Unido contra el Sunday Times, y la de Worm contra Austria.

Si bien, el Tribunal Europeo ha considerado también que falta este requisito (“necesidad imperiosa en una sociedad democrática”) en casos como el Du Roy y Malaurie contra Francia (Sentencia de 3 octubre 2000), en donde observó que la Ley (concretamente una que regía desde 1931) establecía una diferencia de trato no justificada en determinados procesos penales (los iniciados por querellas con demanda de indemnización de daños y perjuicios con la excepción de los iniciados a requerimiento de la Fiscalía o por una querrela simple) en donde regía una proscripción

general de toda información, que además se superponía a otra normativa más laxa, reguladora en general del secreto sumarial (artículos 9.1 del Código Civil y 11 y 91 del Código de Enjuiciamiento Penal). Por tanto, entiende que esa prohibición, establecida legalmente, también es contraria al Convenio.

Igualmente, el Tribunal protege, con carácter general, la difusión de datos de investigaciones que afecten al interés general, muy principalmente si las investigaciones afectan a políticos, incluso cuando estos posibles delitos puedan no afectar, a primera vista, al ejercicio de sus funciones políticas. Es especialmente interesante el Caso Laranjeira Marques da Silva contra Portugal (Sentencia de 19 enero 2010), en donde el TEDH declaró que era incompatible con el Convenio la condena de un periodista por publicación de datos del sumario la información sobre la conducta de político, fundador del PPD/PSD [Partido social demócrata] y Presidente de la asamblea municipal de Leiria, en el que se daba cuenta al público de la denuncia de una paciente (pues el político era médico de profesión) de haberla agredido sexualmente durante una

consulta. Dicha denuncia se archivó por el Ministerio Fiscal sin apenas investigación y el político se querelló contra el medio, obteniendo una reparación económica. El Tribunal, con cita de otra Sentencia en el que ya se condenó a Portugal por un caso similar (asunto Campos Dámaso), recuerda que ya había considerado, respecto de la legislación portuguesa y la interpretación que hacen sus órganos jurisdiccionales, que ni la preocupación por la protección de la investigación, ni la de protección de la reputación ajena, predominaban sobre el interés público por recibir información sobre algunas diligencias penales de las que son objeto los políticos. Aquí, además, no se constató en este caso que la investigación se viera perjudicada, investigación que concluyó el día que se publicó el primer artículo del demandante.

En definitiva, que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos protege con carácter general la divulgación de datos sumariales con un solo límite claro, el previsto en los art. 6.1 (*«Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal indepen-*

diente e imparcial») y 6.2 del Convenio («*Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada*»). Si la publicación de los datos sumariales puede poner en riesgo este derecho, las Altas Partes Contratantes pueden establecer restricciones legales a la difusión de información, con tal de que sean proporcionales, debiéndose valorar cada caso en forma individualizada. Así, no será

lo mismo que exista una restricción general e incondicionada, que una más limitada, como tampoco lo será que afecte a cuestiones de interés general (por ejemplo, que comprometan a políticos o personas relevantes) como a personas que no lo sean (por ejemplo, a los acusados del caso Tourancheau y July) o que la causa vaya a ser conocida por un jurado o por un tribunal profesional.

## V. LA DIRECTIVA (UE) 2016/343 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO DE 9 DE MARZO DE 2016 POR LA QUE SE REFUERZAN EN EL PROCESO PENAL DETERMINADOS ASPECTOS DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y EL DERECHO A ESTAR PRESENTE EN EL JUICIO.

El Parlamento Europeo y el Consejo de Europa, dictaron el 9 de marzo de 2016, la Directiva 2016/343 por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. Dicha Directiva comunitaria, de obligada transposición, no ha sido aún incorporada a nuestro ordenamiento jurídico, habiéndose cumplido ya el plazo para hacerlo. Esta Directiva pretende alcanzar el objetivo de la Unión Europea de mantener y desarrollar un espacio de libertad, seguridad y justicia, consagrado en el artículo 3.2 TUE, observando el respeto de los derechos fundamentales (art. 67.1 TFEU), tanto los incluidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea cuanto los garantizados en el CEDH. En el caso de la Directiva, en relación con el artículo 6 CEDH.

El derecho a la presunción de inocencia sobre el que el propio TEDH hace girar el derecho a un juicio justo, es ampliado por la referida Directiva, puesto que incluye entre sus previsiones las referencias públicas a la culpabilidad (art. 4) y la presentación de sospechosos o acusados (art. 5). De esta forma, parece que sería acertado distinguir entre el derecho a la *presunción de inocencia judicial*, que formaría parte del derecho al proceso debido y cuya infracción podría ocasionar la nulidad de las actuaciones, y el *derecho a la presunción de inocencia extrajudicial*, cuya infracción no tendría consecuencias en el procedimiento ante los órganos penales de la jurisdicción, pero sí supondría una responsabilidad de los Estados Miembros en cuanto a la responsabilidad en el tratamiento de la información pública que se facilite.

La Directiva recoge en su artículo 16 «*Se vulneraría la presunción de inocencia si las declaraciones públicas de las autoridades públicas, o las resoluciones judiciales que no fuesen de condena se refiriesen a un sospechoso o acusado como culpable mientras no se haya probado su culpabilidad con arreglo a la ley. Dichas declaraciones y resoluciones judiciales no deben reflejar la opinión de que esa persona es culpable (...)*». La definición de qué ha de entenderse por “declaraciones públicas” viene recogido en el artículo 17, como «*cualquier declaración que se refiera a una infracción penal y que emane de una autoridad que participa en el proceso penal relativo a esa infracción penal, como por ejemplo las autoridades judiciales, la policía y otras autoridades con funciones policiales u otra autoridad pública, como ministros y otros cargos públicos, bien que sin perjuicio del Derecho nacional en materia de inmunidad*». El propio artículo 18 establece que la obligación de «*no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no debe impedir que las autoridades públicas divulguen información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos*

*relacionados con la investigación penal (...) o con el interés público*». Es decir, el derecho a la información debe estar presente, si bien debe limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses en juego, incluido el derecho a la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas. La Directiva hace hincapié, en todo caso, a que esta información debe ser dada en la forma y el contexto adecuadas, de forma que no se cree la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley.

Interesante es lo que regula el artículo 19 de la Directiva: «*Los Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para garantizar que, cuando faciliten información a los medios de comunicación, las autoridades públicas no se refieran a los sospechosos o acusados como culpables mientras no se haya probado con arreglo a la ley la culpabilidad de esas personas. A tal fin, los Estados miembros deben informar a las autoridades públicas de la importancia de tener debidamente en cuenta la presunción de inocencia*

cuando faciliten o divulguen información a los medios de comunicación. Ello se entiende sin perjuicio del Derecho nacional en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación». En el mismo sentido, el artículo 20: «Las autoridades competentes deben **abstenerse de presentar a los sospechosos o acusados como culpables**, ante los órganos jurisdiccionales o el público, mediante el uso de **medios de coerción física** como esposas, cabinas de cristal, jaulas y grilletes, a menos que esos medios sean necesarios en casos específicos, ya sea por motivos de seguridad, por ejemplo para impedir que los sospechosos o acusados se autolesionen o lesionen a otras personas o causen daños materiales, o para impedir que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas, como testigos o víctimas. La posibilidad de aplicar medios de coerción física no implica que las autoridades competentes deban adoptar una decisión formal sobre el uso de tales medios». En el artículo 21 también se establece que las autoridades públicas se

abstengan de presentar a los sospechosos con indumentaria de prisión.

En definitiva: la directiva ha regulado de manera expresa cómo han de comportarse las autoridades públicas en sus apariciones públicas al tratar la información relativa a investigaciones penales. Es de esperar que el incumplimiento de lo dispuesto en la Directiva, una vez transcurrido el plazo para su trasposición al ordenamiento interno, pudiera llegar a dar lugar a responsabilidad del Estado Español cuando los agentes de Policía Judicial, Ministros, Directores Generales o demás autoridades públicas se dirijan a prensa descuidando el mandato contenido en la misma, lo cual, curiosamente, en los últimos tiempos, está siendo más habitual de lo deseable. Por otro lado, la existencia de esta disposición europea, sí debiera tenerse en cuenta por los tribunales a los efectos de calificar determinados comportamientos de autoridades públicas en caso de reclamaciones civiles de vulneración de derechos de las personas investigadas.

## VI. LA DIFUSIÓN DE DATOS DEL PROCESO Y SU TRASCENDENCIA CIVIL

La difusión de datos de un proceso judicial penal sometido a instrucción, también puede tener repercusión civil. De hecho, abundan las resoluciones judiciales de protección de derecho al honor, la intimidad y la imagen que dan respuesta a acciones ejercitadas por quienes, habiendo sido investigados e, incluso, procesados y condenados, reclaman la protección de tales derechos fundamentales. El Alto Tribunal ha primado en la mayoría de los casos el derecho de los ciudadanos a la obtención de una información veraz. Desde el inicio, queremos dejar claro que no es lo mismo la protección del derecho al honor y a la intimidad que el derecho a la imagen. La jurisprudencia constitucional y del Tribunal Supremo en muy raras ocasiones ha considerado que la difusión de noticias en prensa

relativas a la imputación de un determinado individuo constituyen una intromisión intolerable en su derecho al honor o a la intimidad, por cuanto, en el juicio de ponderación, una vez determinada la relevancia pública de la información y la veracidad de la misma (entendiendo veracidad en el sentido de aplicación correcta del *lex artis* periodístico, fuentes fiables y reportaje neutral), el derecho de la sociedad a obtener información veraz, prevalece sobre el derecho al honor e intimidad del investigado. La respuesta en materia de derecho a la imagen no ha sido distinta, si bien consideramos que la protección del derecho a la imagen debe sufrir una revisión de acuerdo a la realidad del tiempo que nos toca vivir, como a continuación se expondrá.

Así, entre las más recientes sentencias de la Sala Primera, cabe destacar la STS de 18 de junio de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:2804 – ROJ:STS 2804/2018). En este caso, el supuesto de hecho era que la agencia de noticias Europa Press difundió el 17 de enero de 2011 una información titulada «El detenido en Murcia es XXX, sancionado en 2008 por incidentes en un estadio de fútbol», citando “fuentes de la investigación”. Ese mismo día el diario “El País” publicó una información titulada «Detenido un joven por su participación en la agresión al consejero murciano» y subtitulada «XXX es miembro de un grupo radical vinculado con el mundo del fútbol». En el cuerpo de la noticia se le relacionaba con un grupo radical vinculado con el mundo del fútbol y se aludía también a su sanción en 2008 por incidentes violentos en el estadio Rico Pérez de Alicante. La agencia Efe y otros medios también se hicieron eco de la detención del demandante, así como de su vinculación «con grupos antisistema de extrema izquierda» y de su sanción en 2008. En días posteriores a la detención del demandante, el grupo ultra “City Boys”

emitió un comunicado de apoyo al detenido y proclamando su inocencia. La sentencia se refiere, sin embargo, al artículo publicado en el diario “El Mundo” cuyo titular era «XXX, retrato de un “red skin” con puño de hierro» y el subtítulo «El agresor del consejero murciano, de 28 años, ha sido detenido otras dos veces por actos violentos», dedicando un extenso reportaje a la habitualidad en su implicación en movimientos antisistema, la relación de detenciones que pendían en su historial policial y declaraciones tanto de agentes de la Policía como de familiares y amigos del detenido. La sentencia, después de realizar un análisis sobre el requisito de veracidad de las noticias –que, en este caso, concurre–, ante la denominación de “agresor” del demandante en lugar de “presunto agresor”, analiza que las circunstancias del caso impiden concluir que la utilización de la palabra “agresor” en el subtítulo de una noticia en portada tenga entidad suficiente para privarla de veracidad y excluirla de la protección constitucional de la libertad de información. Considera la sentencia que, al no hacerse advertencia en este caso del

carácter de “presunto” no justifica limitar el derecho a la libertad de información, al no trasladarse con ello una conclusión taxativa sobre la realidad de los hechos *«(...) ya que sus antecedentes por delitos violentos, su pertenencia a grupos que hacían uso habitual de la violencia, el descubrimiento en su domicilio de material compatible con este uso, el hecho de que hubiera sido identificado inicialmente por la propia víctima y el hecho de que, hasta ese momento, fuera el único detenido e investigado como posible autor, no convertía en desproporcionado que se aludiera a él con tal calificativo en el marco de la concisión propia de los titulares y de la libertad de la prensa para elegir la técnica o forma de presentación de la información (STDH de 1 de junio de 2010 antes citada)»*.

Aunque esta sentencia es de las más recientes en la materia, ha de afirmarse que la jurisprudencia de la Sala Primera, en la línea con la jurisprudencia internacional y del Tribunal Constitucional, en el juicio de ponderación entre el derecho al honor y la imagen de quien es sujeto de investi-

gación penal y el derecho de la sociedad a recibir información veraz y de interés público, prima este segundo derecho frente al primero. Por todas, la STS Sala Primera, de 6 de julio de 2017 (ROJ: STS 2675/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2675), que desestimó el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia que confirmaba la sentencia de primera instancia, en la que se consideraba que no había intromisión de derecho a la imagen por la difusión de fotografías de un juicio celebrado ante la Audiencia Provincial por un doble asesinato, en el cual el acusado resultó absuelto. La Sala concluye que *«(...) con respecto al derecho a la propia imagen, que la veracidad es inmanente salvo que se manipule la representación gráfica (sentencias 625/2012, de 24 de julio, 547/2011, de 20 de julio y 92/2011, de 25 de febrero), lo que no acontece en este caso»*. La sentencia considera que *«constituye un precedente relevante nuestra sentencia 547/2011, de 20 de julio, que en un caso semejante (...) declaró prevalente la libertad de información frente al honor y a la propia imagen del afectado. En esta sentencia, afirmamos, en*

*síntesis, que, aunque se tratara de un particular, su relación con el suceso noticiable originaba su proyección pública. Al tratarse de información concerniente a procesos judiciales seguidos por hechos de relevancia penal, debía entenderse implícito el interés general de la noticia. La naturaleza del delito, su gravedad y trascendencia social pueden amparar, incluso, que se expresen los datos personales de los detenidos, imputados o acusados en lugar de las simples letras iniciales de su nombre y apellidos. Y, en suma, que el interés de la sociedad por conocer el resultado de esos procedimientos unido a la capacidad que tienen los medios de comunicación de influir con informaciones de tal contenido en la formación de una opinión pública libre, justifican la libertad de información sea en estos casos muy relevante».*

En el mismo sentido, la STC 18/2015, de 16 de febrero (ROJ: STC 18/2015 - ECLI:ES:TC:2015:18) compendia la doctrina de dicho tribunal respecto del conflicto entre la libertad de información y el derecho a la propia imagen, al declarar:

*«[...] hemos sostenido que el derecho a la propia imagen no tiene carácter absoluto o incondicionado, de manera que ante determinadas circunstancias la regla general, conforme a la cual es el titular del derecho quien decide si permite o no la captación y difusión de imágenes, queda excluida a favor de los otros derechos o intereses constitucionalmente legítimos. Más concretamente, ante supuestos de colisión entre el referido derecho y la libertad informativa consagrada en el art. 20.1 d) CE, hemos manifestado que deberán ponderarse los diferentes intereses en litigio y, conforme a las circunstancias concurrentes ad casum, dilucidar qué derecho o interés merece mayor protección. A este respecto, el canon de constitucionalidad que ha de regir en la ponderación queda explicitado, entre otras, en la STC 19/2014, de 10 de febrero, FJ 6, en los siguientes términos: "[En] efecto, este Tribunal ha venido reiterando que la libertad de información ocupa una posición especial, puesto que a través de este derecho no sólo se protege un interés individual sino que su tutela entraña el reconocimiento y garantía de la posibili-*

*dad de existencia de una opinión pública libre, indisolublemente unida al pluralismo político propio del Estado democrático (por todas, STC 21/2000, de 31 de enero, FJ 4, y las allí citadas). Ahora bien, como se sabe, hemos condicionado la protección constitucional de la libertad de información a que ésta sea veraz y esté referida a asuntos de relevancia pública que son de interés general por las materias a que se refiere y por las personas que en ellos intervienen; contribuyendo, en consecuencia, a la formación de la opinión pública. También hemos afirmado que el valor preferente del derecho a la información no significa, sin embargo, dejar vacíos de contenido a los derechos fundamentales de las personas afectadas o perjudicadas por esa información, que han de ceder únicamente en la medida en que resulte necesario para asegurar una información libre en una sociedad democrática ... De modo que la legitimidad de las informaciones que impliquen una intromisión en otros derechos fundamentales ... requiere no sólo que la información cumpla la condición de la veracidad, sino también que su*

*contenido se desenvuelva en el marco del interés general del asunto al que se refiere, pues sólo entonces puede exigirse de aquellos a quienes afecta o perturba el contenido de la información que, pese a ello, la soporten en aras, precisamente, del conocimiento general y difusión de hechos y situaciones que interesan a la comunidad (...) (STC 20/1992, de 14 de febrero, FJ 3) (STC 208/2013, de 16 de diciembre, FJ 5)"».*

No obstante, precisamente por fallar en sentido contrario al habitual, es preciso recordar la STS Sala Primera de 2 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:280 – ROJ:STS 280/2017). En aquel asunto, la Sala Primera confirmó la sentencia de la Audiencia Provincial que no revocó la de primera instancia, en relación a una información en prensa sobre la presunta implicación de un hombre en la violación y muerte de una niña de tres años, hija de su pareja sentimental. Varias noticias en prensa habían dado la información de que el demandante era el presunto autor de la violación y asesinato de la niña. Sin

embargo, el juzgado de instrucción archivó la causa al no apreciarse en el informe de autopsia ni que la menor hubiera sido agredida sexualmente, ni que hubiera sufrido maltrato. La Sentencia, haciéndose eco de la doctrina jurisprudencial de la Sala en materia de información vs derecho al honor en noticias aparecidas en prensa sobre imputaciones delictivas (sentencia de Pleno 826/2013, de 11 de febrero y sentencia 53/2017 dictada en el rec. 1860/2015), acaba concluyendo que *«(...) es evidente que no podía hacerse responsable al informador del resultado de la investigación y de que por datos obtenidos durante el curso de la misma se demostraran erróneas las conclusiones policiales, a su vez basadas en datos médicos iniciales también erróneos. Pero sí que debe hacerse responsable al periodista y al medio demandados del tratamiento que dieron a la noticia mediante sus titulares, pues lo verdaderamente determinante en el juicio de ponderación, lo que impide el amparo de la libertad de información, es el hecho acreditado de que cuando se publicó la información litigiosa los propios datos obtenidos de las fuentes*

*consultadas y mencionadas en el cuerpo de la noticia permitían deducir que la causa de las lesiones no estaba en absoluto clara y, por consiguiente, menos aún su autoría».*

A pesar de la anterior doctrina jurisprudencial de la Sala Primera, la proliferación en medios de comunicación social y redes sociales de la imagen de los investigados incluso en estratos iniciales de la investigación, indudablemente afecta a su derecho a la propia imagen y no tenemos tan claro que la publicación de esas fotografías tenga siempre una relevancia informativa. Tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional, el derecho a la imagen cede frente al derecho a la información cuando la difusión de la primera es imprescindible para el correcto desarrollo de la segunda. De ahí que se haya sostenido que la captación y difusión de la imagen del sujeto sólo será admisible *«cuando la propia conducta de aquél o las circunstancias en las que se encuentre inmerso justifiquen el descenso de las barreras de reserva para que prevalezca el interés ajeno»* (STC 77/2009).

Personalmente consideramos que, en la mayoría de las ocasiones, la difusión de la imagen del presunto autor de un delito dentro de los calificados como “juicios mediáticos” no aporta información a la noticia, más allá de completarla y, sin embargo, produce un daño a la imagen del investigado de difícil reparación en el caso de resultar absuelto o las actuaciones ser archivadas por falta de prueba. En lo que no hay duda es en considerar que el derecho al honor y a la intimidad (en según qué informaciones) debe ceder ante el ejercicio del también derecho fundamental a la información, puesto que, aun en el supuesto de que el investigado resulte absuelto, la información habría tenido relevancia pública e interés general y la difusión de la noticia de su condición de investigado por unos determinados delitos, cumple el requisito de veracidad. Pero el derecho a la imagen del acusado es, posiblemente, de los derechos fundamentales más puestos en cuestión en todo procedimiento penal, ya que el acusado compromete su imagen en un procedimiento cuyo veredicto puede ser tanto la condena, como la absolución,

y donde la mera participación en el proceso supondrá en buena parte de los casos su estigmatización.

El derecho a la propia imagen encuentra sus límites tanto en la propia ley (artículo 8 de la Ley 1/1982) como en un eventual conflicto con la libertad de información, que, en este caso, será resuelto por los tribunales mediante el juicio de ponderación y proporcionalidad, partiendo de la premisa del interés público de la información donde aparezca la imagen de la persona.

La posición del imputado/acusado, es de absoluta debilidad en la defensa de su derecho a la imagen. Como dice Tamayo Carmona, la doctrina y la jurisprudencia han desarrollado la denominada “tesis de la relevancia pública sobrevenida”, en el sentido de que *«el sujeto adquirirá la notoriedad pública a partir del suceso en que se ve involucrado, y de ahí aplicar las excepciones dispuestas en el art. 8.2 a) y, en segundo término, por la convicción judicial de que un proceso penal “per se” lleva -o conlleva- implícita y explícitamente*

*te el interés público o relevancia pública, suficiente para dar cobertura al seguimiento informativo del proceso (y en principio, de los agentes y pacientes del mismo)<sup>1</sup>».*

Esta doctrina considera que la relevancia sobrevenida viene del hecho de que el sujeto adquiere una importancia pública que le convierte en persona pública, por lo que su derecho a la imagen y a la intimidad ceden en favor del derecho a la información. Esta relevancia pública comenzará cuando empiece el procedimiento penal y finalizaría con él. El problema es que, actualmente, los buscadores de internet pueden seguir difundiendo la imagen del imputado y su implicación en un procedimiento judicial del que ha podido resultar absuelto, hasta décadas después de su finalización, dándose la paradoja de que para el derecho, el imputado es un inocente, pero no para la sociedad, ante la difusión incontrolada tanto de su imagen como de sus datos personales.

---

1. TAMAYO CARMONA, JUAN A. "El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen" [http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2070-81572013000100015](http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2070-81572013000100015)

Esta circunstancia impide o dificulta el derecho a la rehabilitación y reinserción del condenado, además.

Tanto la jurisprudencia constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo responden a una sociedad en la que las redes sociales aún no habrían irrumpido de forma tan importante como sucede ahora. La información (y desinformación) escrita y gráfica circula a velocidades incontrolables y con una extensión en número de usuarios muy superior a la de cualquier medio de comunicación. Por ello, consideramos que la difusión de imágenes de quien es incipientemente considerado investigado, puede producir una vulneración del derecho a la imagen de difícil reparación sin que el juicio de ponderación entre el derecho a la información y el derecho a la imagen (y a la intimidad, en algunos casos) permita obtener una convicción favorable al primer derecho frente al segundo, toda vez que, en realidad, la difusión de la imagen del presunto autor del delito no es imprescindible para que la sociedad esté convenientemente informada. En

este sentido, Juan A. Tamayo Carmona, en su obra *«El principio de publicidad del proceso, la libertad de información y el derecho a la propia imagen»* entiende que, con independencia de la relevancia pública sobrevenida de la imagen de un investigado como presunto autor del delito, no puede perderse de vista la finalidad de reinserción que tienen las penas en nuestro ordenamiento constitucional. Así, concluye que *«tal y como ha reconocido el TC, el Registro Central de Penados y Rebeldes no es de acceso público, limitando el acceso a la información a ciertas personas u organismos, concurriendo la posibilidad legal de cancelar los datos sea de oficio o bien a instancia del interesado siempre que concurren los requisitos de cancelación previstos por la ley, suponiendo la eliminación de los datos de carácter personal de la persona inscrita. En tal sentido: un plazo de seis meses, para las penas leves, a 5 años, propio las penas graves, a contar desde el día siguiente al que quedase extinguida la pena (art. 136. 2 y 3 CP). Aunque siempre quedarían las hemerotecas. Parece que, parafraseando a un insigne juris-*

*ta alemán: lo que se tira por la ventana, vuelve a entrar por la puerta»*. Con esto queremos destacar la enorme paradoja que supone el hecho de que, si bien por un lado el registro de penados y rebeldes es secreto para cualquiera que quiera acceder a él, más allá del interesado o de los organismos públicos que puedan solicitar información sobre alguien (los juzgados, por ejemplo), cuando dicho registro podría ser de interés para terceros en determinadas hipotéticas circunstancias, sin embargo, la difusión de datos y, especialmente, de la imagen de un investigado (absuelto o no) en medios de comunicación y redes sociales no cuenta con protección alguna. El criterio general de “interés público” utilizado para justificar la emisión de la imagen de un investigado en un caso mediático impide la adecuada protección del derecho a la intimidad y a la propia imagen del mismo, además de hacer prácticamente imposible la reinserción futura, ya que el “derecho al olvido” resulta de muy difícil consecución en esta era de redes sociales e internet. Auguramos que el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional deberán revisar los crite-

rios que han venido aplicando al dirimir conflictos entre el derecho a la información y el derecho a la imagen, para dar respuesta a la situación injusta que en ocasiones se produce sobre determinados individuos que han sido sometidos a investigación criminal.

Es de destacar la protección que tiene en Francia la imagen del detenido investigado. La ley 2000-516 de 15 de junio de 2000, de reforzamiento de la protección de la presunción de inocencia y de los derechos de las víctimas, reformó el artículo 35 de la ley de libertad de prensa, de 29 de julio de 1881, estableciéndose que *«cuando se realice sin el consentimiento de la persona interesada, la difusión, por cualquier medio y en cualquier medio, de la imagen de una persona identificada o identificable*

*en el curso de un proceso penal, no sujeto a una sentencia de condena, en la que esa persona lleve esposas o grilletes, o que se halla bajo custodia, se le castigará con una multa de 100.000 francos»*. Por tanto, en el país vecino, se castiga con multa a quien publique una imagen de un investigado no condenado esposado o detenido. De esta manera la ley pretende proteger el derecho a la presunción de inocencia del investigado, pero, de manera periférica, también cumple con la finalidad de proteger la dignidad y el derecho a la imagen del investigado, al prohibirse bajo pena de multa la difusión de imágenes que en nada aportan mayor información a la noticia, por mucho interés público que tenga, y que, sin embargo, vulneran la presunción de inocencia del investigado e, incluso, su derecho a la imagen.

## V. CONCLUSIONES

1.- El legislador, tanto civil como penal, hasta momentos muy recientes, **no ha valorado suficientemente la necesidad de garantizar el secreto del sumario** a fin de proteger valores constitucionales como la reputación, la presunción de inocencia o el derecho a un proceso equitativo, centrándose fundamental y casi únicamente en garantizar el buen fin del proceso.

2.- En España, en relación a los medios de comunicación, **la ausencia de una normativa clara, proporcional, que conjugue tales valores con el derecho a la información,** ha posibilitado abusos

de los que solo se ha tomado conciencia muy modernamente. Creemos imprescindible la promulgación de una Ley de Prensa que desarrolle el artículo 20 CE en lo relativo al derecho a la información, en la línea de lo existente en otras legislaciones de nuestro entorno.

3.- En otros países de semejante tradición democrática existen leyes que impiden que los medios de comunicación publiquen todo o parte de un sumario a fin de garantizar la presunción de inocencia y el derecho a un proceso con todas las garantías. El “ajuste” de esta normativa con los valores y principios que se garantizan

en el Convenio Europeo de DDHH lo ha ido haciendo, caso a caso, el TEDH, **no pudiéndose afirmar que toda restricción al derecho a comunicar libremente información sea incompatible con el Convenio**, si eso puede comprometer el buen fin del proceso, el derecho a un proceso equitativo o la presunción de inocencia.

4.- **La Directiva 2016/343**, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio, ha sido desconocida en España, tanto por el legislador que no la ha traspuesto, como por determinados actos materiales de autoridades públicas, que han podido socavar tanto la presunción de inocencia en su vertiente judicial como en su vertiente social o mediática. Consideramos imprescindible su trasposición al derecho interno pero, aún más importante, que las autoridades y poderes públicos actúen conforme al mandato de la referida directiva. De la actuación de determinadas autoridades, pudiera acabar

derivándose la responsabilidad del Estado español ante eventuales incumplimientos de la referida Directiva.

5.- La protección del **derecho a la propia imagen** ha sido el gran “olvidado” a la hora de regular la comunicación del contenido de las diligencias judiciales. Aunque tradicionalmente se consideró siempre prevalente a este derecho el de comunicar y recibir libremente información, lo cierto es que **habitualmente el uso de la imagen del investigado o detenido no aporta datos suplementarios que realmente tengan interés público**, generando la comunicación de la imagen un daño al investigado de casi imposible reparación, caso de resultar absuelto o las actuaciones ser archivadas por falta de prueba, máxime en una sociedad en el que el empleo de internet está generalizado y en donde es corriente que ésta imagen perdure muchos años después de finalizado el proceso.

6.- La Jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de protección de los

derechos fundamentales de los investigados **se reduce prácticamente a vulneraciones cometidas en prensa o medios de comunicación**. Las redes sociales, los motores de búsqueda en internet y la mensajería electrónica han **multiplicado el impacto** de las noticias difundidas por medios de comunicación social

e, incluso, por particulares, dándose en la práctica una situación muy diferente a la de hace cinco o diez años. Las nuevas circunstancias deben ser tenidas en cuenta a los efectos de ponderar los intereses en juego.