

LA REPUTACIÓN DE INOCENCIA: ENTRE EL MALTRATO Y EL OLVIDO¹

Reputation of Innocence: Between Abuse and Oblivion

FRANCISCO CAAMAÑO DOMÍNGUEZ

Universidad de Valencia

1. Hay libros para un título y títulos para un libro. Este pertenece a los segundos. Primero, una investigación reposada y profunda, hecha sin premuras y sin el vértigo que a veces produce llegar al fondo de las cosas. Su ritmo, su estructura, la exquisita selección de casos, el esfuerzo del autor por comprender y hacerse comprender evidencian un trabajo intelectual honesto y valiente, fruto de un proyecto sostenido en el tiempo, desprendido de urgencias ambientales y de esas adherencias innecesarias que inevitablemente jalonan el camino hacia la madurez.

Después una frase precisa, elegante, cargada de ironía: «El honor de los inocentes». Una afirmación que se interroga a sí misma, consciente de que asevera un imposible. Leemos «el honor de los inocentes», pero entendemos el honor que los inocentes no tienen. El salto cruel del ser al deber ser que tantas veces se cruza ante los ojos del jurista.

A diferencia de lo que acontece en otras áreas del conocimiento, en el derecho, solo nos acordamos de la inocencia cuando reaccionamos frente a una acusación. Antes de que eso ocurra, la inocencia es algo que no nos preocupa en exceso y a la que prestamos escasa atención. Quizá por ello, desde hace un tiempo, proliferan en nuestro ordenamiento jurídico las presunciones objetivas de culpabilidad, las pruebas preconstituidas que se escriben con la letra pequeña o las leyes limitativas de derechos fundamentales que siempre se justifican por razones de seguridad. Hay una abundante indiferencia sobre la inocencia de los otros que, a veces, se convierte en un silencio cómplice, impropio de una democracia.

¹ Ángel Rodríguez (2016). *El honor de los inocentes*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Algo habrá hecho. Del presunto culpable al presunto inocente. Así de fácil, así de confuso, así de conveniente. El intercambio de posiciones se admite con cierta normalidad cívica, como un tic inconsciente que algún día —ya se verá cuando— habrá que corregir. Solo quedan algunos jueces incomprendidos (¿cómo que no había pruebas?) y unos cuantos constitucionalistas que, sin miedo a la crítica, han decidido resistir. Ángel Rodríguez es uno de ellos.

Les demostraré por qué no exagero. Basta con avivar un poco la memoria. Los noticiarios de la mañana nos informan de que por orden del Juzgado de Instrucción número X la policía ha detenido al ciudadano A y que, en ese mismo momento, se está procediendo a registrar sus oficinas, su domicilio particular y, en ocasiones, los domicilios de algunos socios y familiares. La detención es fruto de la operación Z dirigida por el juez Y en relación con la presunta comisión de los delitos de... que tienen su origen en...

Como es obvio, desde algún lugar (nunca aclarado) de la Administración de Justicia se ha facilitado a los medios de comunicación una información que procede de unas actuaciones judiciales y policiales declaradas bajo secreto de sumario. En la mayoría de los casos las personas detenidas ignoran esa investigación y son sorprendidas y esposadas (a veces con documentos gráficos o imágenes grabadas en directo). A ellas tan solo se les informa del «pack estándar» exigido por la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Del resto ya se irán enterando a través de lo que publiquen los periódicos o adelanten las cadenas de radio y televisión.

La venta mediática solo ha empezado: nuevas revelaciones del sumario, exclusivas, grabaciones que permanecen bajo secreto de sumario, pero que todos los ciudadanos pueden escuchar; imágenes de documentos firmados o procedentes de cámaras de video que debieran estar sujetas a la legislación sobre protección de datos personales, declaraciones de testigos que se publican antes de ser conocidas por las defensas, socios o familiares que escapan o ponen cara de póker ante un séquito de entrevistadores que los aguardan en el portal de sus casas, compañeros de trabajo, amigos o vecinos del barrio que manifiestan su libre parecer ante los micrófonos, fragmentos de la vida del investigado y su familia, tribunas de opinión, expertos juristas, asociaciones judiciales Nadie calla. En palabras de Ángel Rodríguez: «La justicia como (parte del) espectáculo»².

En lo que queda de día, y con absoluta naturalidad, el ciudadano A ya ha sido juzgado y sentenciado. Puede que, dentro de un año, más bien varios porque la causa será previsiblemente declarada compleja —aunque con la ley

² *Ibidem* (p. 409).

en la mano pudiera pensarse lo contrario—, reciba del Juzgado una notificación en la que se le comunique que se ha acordado el archivo provisional en relación con su persona por no existir indicios fundados que lo impliquen en los hechos denunciados. Puede, incluso, que, una vez abierto juicio oral, cuatro o cinco años después obtenga una sentencia absolutoria. Y hasta puede ocurrir que otros tres o cuatro años más tarde esa sentencia devenga firme y definitiva. Todo es posible y todo discurre con una enfermiza normalidad. Será entonces —y solo entonces— cuando el ciudadano A pase de «presunto inocente» a culpable sin pruebas. La justicia no lo habrá juzgado o condenado, pero sus conciudadanos hace ya mucho tiempo que lo habrán hecho y ese recuerdo es el que inexorablemente gobernará sus memorias.

Desgraciadamente, acabo de describir un proceso con el que ya nos hemos familiarizado; que sabemos injusto, pero que se reitera a modo de un patrón inevitable. Una concurrencia de circunstancias arrinconan la inocencia. Si se ha cometido un delito, debe haber un culpable. Reconocer que no se ha podido identificar al autor se considera socialmente un fracaso. Nadie quiere asumir esa responsabilidad. Mejor imputar a varios, investigarlos y, si finalmente no se hallan pruebas, dejar que fluya libremente la sospecha (no se pudo demostrar pero fueron ellos). Es más fácil socializar una razón imaginaria y significar a un incierto autor del delito —hasta «intelectual» si fuese preciso— que defender sin temor la presunción de inocencia o la dificultad cierta que existe en muchos casos para identificar al responsable de la conducta criminal.

Sumemos una segunda circunstancia: las filtraciones de contenidos del sumario, que su publican, en muchos casos, descontextualizadas y casi siempre sin el conocimiento de su existencia por parte de las personas investigadas. Aunque sea ilegal, es una práctica que se acepta con resignación, porque —ahora sí— se asume tácitamente que será imposible averiguar quién fue el responsable. Si en lugar de proceder de un sumario judicial se tratase de una información difundida con quiebra de un acuerdo privado de confidencialidad, me pregunto cuántas personas serían previsiblemente condenadas por *culpa in vigilando* o por considerarse que se hallaban en una posición de garante.

Y, por último, añadamos las libertades de información y expresión y el derecho al secreto profesional de los informadores. Entre la «verdad imposible» ¿recuerdan? (STC 6/1988: «de imponerse la verdad como reconocimiento del derecho, la única garantía sería el silencio...») y la bula del informador para «mentir con diligencia» hay un oceánico vacío argumental que a menudo se transita como si se estuviese sorteando un charco. Se afirma con pretensión de generalidad que en una democracia el derecho a la información debe prevalecer sobre otros derechos fundamentales, como si el cascabel de la inocencia

nunca debiera entorpecer al gato. Sin embargo, cuando entran en conflicto derechos fundamentales, todo principio general debe contar con sus excepciones y estas también han de ser jurídicamente resistentes, pues de nada sirven si se convierten en débiles y reiterativos contraargumentos. Una cosa es la necesaria utilización de técnicas jurídicas que ordenan los procesos de ponderación de valores y derechos en conflicto y otra, bien distinta, es la aplicación industrializada de fragmentos de normas y sentencias que dan por incuestionable su validez y aplicación en todo tiempo y en toda circunstancia.

2. Una buena parte de los efectos no deseados —aunque indirectamente tolerados— de cuanto se acaba de describir se debe a las peculiaridades de nuestro sistema de investigación penal que todavía no ha sido completamente depurado de su origen gubernativo. Somos la última democracia en la que existen jueces cuyo cometido no es ni el de juzgar ni el de defender los derechos fundamentales de los ciudadanos frente a los poderes públicos a los que se encomienda indagar y esclarecer los hechos pretendidamente constitutivos de delito y, en su caso, aportar las pruebas necesarias para sustentar la acusación. La obligación del juez de instrucción al identificar a los potenciales autores del delito es difícilmente compatible con la posición que la Constitución confiere a los sujetos investigados y, particularmente, con su derecho a una tutela judicial efectiva sin indefensión.

Desde la década de los ochenta del pasado siglo, hemos modificado sucesivamente nuestra legislación procesal penal mediante un maquillaje legal tortuoso e incapaz de camuflar el verdadero rostro del problema: quien averigua la comisión del delito no debe decidir sobre los derechos fundamentales de los investigados. Sin embargo, la guerra de competencias (¿protagonismos?) entre jueces y fiscales y el falso y extendido debate sobre la independencia de unos y otros nos ha impedido elevar la mirada e implantar soluciones semejantes a las que, desde hace largo tiempo, ya existen en otras latitudes. La principal víctima de ese enquistado y retorcido entuerto político-procesal típicamente español se denomina derechos fundamentales y, entre ellos, ocupa un especial lugar el derecho al honor, ese que los inocentes no tienen.

Ahora bien, aunque una reforma a fondo del proceso penal ayudaría a paliar la existencia de contextos favorecedores de «verdades deshonorosas» (expresión que tomo del autor), la relación entre las libertades de expresión e información y la inocencia de quien se encuentra sometido a investigación o juicio es mucho más extensa y compleja. En la sociedad de la comunicación, los jueces del honor (y con él, los de la inocencia que ha de ser presumida) se llaman *mass media* o, como le gusta decir a nuestro Tribunal Constitucional, los creadores de «información institucionalizada».

Es ahí, en ese inacabado salto cultural, por completo ajeno a la visión liberal de los derechos y del Estado, donde se encuentra el epicentro de las

principales fuerzas que agitan los pilares del honor y la inocencia. Para el honor puede resultar más demoledor un mensaje anónimo escrito en ciento cuarenta caracteres que una sentencia penal condenatoria. Y es en ese escenario cambiante e inestable donde Ángel Rodríguez ha decidido centrar su investigación, con el propósito de aportar elementos que ayuden a configurar una nueva arquitectura jurídica que mejor permita prevenir y resistir esos seísmos que de modo recurrente se producen en nuestras sociedades en virtud del inevitable encuentro entre la acción de la justicia y las libertades de expresión e información.

Para ello no teme volver a los orígenes y examinar con pulcritud las primeras interpretaciones que se hicieron de la regulación constitucional de las libertades de expresión e información en supuestos de colisión y conflicto con el derecho al honor. La jurisprudencia constitucional se convierte, así, en su primer y obligado campo de trabajo.

Los jueces constitucionales no fueron ajenos a la realidad de un país que había hecho del honor una «razón de vida» (recordemos el bochornoso *uxoricidio honoris causa* vigente entre los años 1944 a 1963 o cómo, todavía en la década de los ochenta del pasado siglo, el art. 410 del Código Penal castigaba con una pena muy leve a los abuelos maternos y a la madre que, para ocultar su deshonor, mataban al hijo recién nacido) mientras que las libertades de información y expresión eran fruta del árbol prohibido. Se comprende, pues, que en aquella primera jurisprudencia se acogiese con insistente naturalidad la doctrina de la opinión pública libre como una institución inherente a la idea misma de democracia y se le concediera una posición de primacía respecto de otros derechos fundamentales como el honor, la intimidad o la propia imagen.

Ángel Rodríguez analiza con una mirada crítica cómo se conformaron las primeras piezas de aquella jurisprudencia, singularmente los diversos intentos por establecer pautas de diferenciación entre las libertades de expresión e información en su incidencia sobre el honor de las personas. Explica con acierto cómo se transitó de la «*exceptio veritatis*» a la «debida diligencia» o cómo se procuró objetivar el concepto de noticia con el propósito de establecer una línea divisoria entre la opinión y la información. El autor también subraya las notorias debilidades de esas primeras construcciones, los intentos parciales de corrección, y nos avanza algún resultado conclusivo sobre ese período inicial cuyas nociones básicas siguen nutriendo los pronunciamientos judiciales de nuestros días. De forma sucinta, podría decirse que, si la afrenta al honor se hace para informar a la sociedad y, además, quien informa es un profesional que trabaja en o para un medio homologado de comunicación social (diarios, radio, televisión), esta quedará impune. La probabilidad de impunidad será menor si los contenidos de la afrenta son considerados una

opinión y, además, su autor no es un profesional de la información. Dicho de forma cruel: un profesional que utiliza un canal de amplia difusión puede deshonrar más que un amateur o que otra persona privada cuyas manifestaciones —declaraciones, cartas, escritos, testimonios...— se recogen en medios de escasa difusión e incidencia. Solo si las declaraciones infamantes son gratuitas e hirientes —Ángel Rodríguez habla de la doctrina del «insulto innecesario»— el derecho al honor tendrá una oportunidad.

La segunda parte del libro persigue establecer un contraste entre los fundamentos de esa doctrina constitucional y la elaborada por tribunales de otros países y organizaciones supranacionales, especialmente la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América y la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya cita por el Tribunal Constitucional español es habitual, aunque no siempre se haya traído con acierto al caso. Ángel Rodríguez pone de relieve esas disonancias que, a menudo, son consideradas poco significativas o meramente formales —una consecuencia de la distinta literalidad de las normas que regulan unos mismos derechos—, pero que albergan —como apunta el autor— diferencias de fondo que condicionan la solución y los argumentos sobre los que se encauza la ponderación de los derechos en conflicto.

En este sentido, resultan sumamente ilustrativas las páginas dedicadas a los críticos del «mercado de las ideas»³ o las referidas al «impacto interno de la doctrina del TEDH»⁴ donde puede apreciarse, por ejemplo, la deficiente incorporación de la Doctrina Allenet llevada a cabo por la STC 244/2007 (Caso Kiruli) en la que el Tribunal Constitucional español perdió una muy buena oportunidad para diferenciar entre los efectos extraprocesales de la presunción de inocencia y el derecho al honor.

3. La tercera parte «Prensa libre y juicios justos» es, sin lugar a dudas, la pieza principal de esta monografía. Comienza con un interesante análisis de los cambios (para el autor «mutaciones funcionales») experimentados por el principio de publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120 CE), tanto desde la perspectiva de las partes intervinientes en el procedimiento como desde la que concierne a su imprescindible traslación a la opinión pública, control último, aunque de escasa eficacia, del poder jurisdiccional (poder judicial y Tribunal Constitucional) del estado. Saber cómo los jueces aplican la ley —más aún cuando la jurisprudencia es creadora, por sí misma, de derecho— es un elemento constitutivo de toda democracia («la justicia emana del pueblo...», art. 117.1 CE; «las sentencias se pronunciarán en audiencia pú-

³ *Ibidem* (pp. 252 y ss.).

⁴ *Ibidem* (pp. 341-354).

blica», art. 120.3 CE) y, dada la naturaleza y la exclusividad del *ius puniendi*, siempre he pensado que «las excepciones que prevean las leyes de procedimiento» (art.120.1) deben ser las estrictamente imprescindibles cuando se trata del procedimiento penal.

En democracia, la ciudadanía no solo debe tener conocimiento de cómo decide su sistema de justicia, sino que también (coste ineludible de la vida en sociedad) ha de poder identificar quién es inocente y quién culpable o, si se prefiere, quién cumple o incumple la ley penal, razón por la que nunca me ha resultado convincente que al publicarse las sentencias penales solo se utilicen respecto de los condenados las iniciales de sus nombres con el propósito de proteger su derecho de *habeas data*. Y no solo eso. Resulta en cierto modo paradójico que se proteja su identidad al publicarse la sentencia y que, sin embargo, desde el inicio de la causa podamos ver cómo se condena a quien puede ser inocente. Alguien pudiera llegar a pensar que, a diferencia de los condenados por sentencia, los investigados no tienen datos personales que proteger. Tan exquisitos para unas cosas y tan lasos para otras.

Es cierto, como advierte Ángel Rodríguez, que en el seno de la Constitución convive una tensión entre el principio de publicidad (y con él las libertades de expresión e información) y los derechos de los justificables que ha de ser directamente resuelta por el legislador. Con todo, pienso que la vertiente pública del derecho penal y su trascendencia democrática aminoran en el proceso penal la capacidad del legislador para limitar el principio constitucional de publicidad y que esta circunstancia abre un inevitable espacio a la intervención prudente del juez, en tanto autoridad y responsable último del proceso. A mi juicio, no se trata tanto de limitar o no limitar esa publicidad cuanto de acertar a la hora de administrarla en las distintas fases del proceso (*contempt of court*) y para ello la mejor guía consiste en examinar el grado de incidencia del mensaje sobre el derecho a la presunción de inocencia. Sobre quien todavía es inocente debe informarse de forma distinta a como ha de hacerse respecto de aquel que, después de haber disfrutado de un juicio con todas las garantías, ha sido declarado culpable mediante una sentencia.

Entre una exhaustiva regulación legal de la publicidad en el proceso penal y la autorregulación de jueces y periodistas, existe un ámbito intermedio y, desgraciadamente, poco explorado: el de la responsabilidad (*accountability*). La del juez cuando no hubiese tomado todas las medidas necesarias para preservar el honor y la inocencia de los investigados. La de los informadores que a partir de meros indicios convierten conjeturas en afirmaciones conclusivas (recordemos, por ejemplo, lo acaecido en el conocido Caso Wanninkhof). La de las acusaciones populares —algunas solo personadas en el proceso para suministrar informaciones a los medios de comunicación— y la de las partes

implicadas que, como acertadamente subraya Ángel Rodríguez, utilizan la publicidad del proceso como un factor integrante de sus estrategias de acusación o defensa. Demasiadas responsabilidades sin deslindar y, por tanto, difícilmente exigibles.

Jueces estrella, asociaciones cuya única razón de ser es personarse en causas penales, periodismo judicial de entretenimiento, fiscales y policías en busca del aplauso del público, redes sociales en las que el anonimato encubre las más hirientes elucubraciones, abogados cuya presencia mediática incrementa sus honorarios. Y, a la vez, la independencia judicial, las libertades de expresión e información, los derechos de defensa, el ejercicio de la acción pública. Nadie cuestiona que estos últimos son bienes y derechos que se han de proteger y defender. Pero, al igual que en otros ámbitos trascendentes regulados por el derecho, no existe un impedimento para que, cuando menos, en el ámbito civil pueda articularse para todos los actores del proceso penal un sistema integrado, común y eficaz de responsabilidad cuasi objetiva o por resultado que de verdad sirva para hacer valer el honor de los inocentes.

No es tarea fácil, pero tampoco imposible. Ángel Rodríguez nos propone un conjunto de ponderadas medidas que ayudarían a paliar algunos de esos deslindes que hoy nos resultan en exceso lábiles. Desbordaría el propósito de estas páginas llevar a cabo un análisis de todas y cada una ellas; ni procede que manifieste en este lugar las dudas que algunas de las propuestas me suscitan. Me limitaré, pues, a destacar aquellas que, en mi opinión, son más útiles y relevantes.

Todo asunto penal *sub iudice*, en sentido amplio (y destaco lo de penal) es un asunto público. No creo, pues, que lo sean «por definición, todos los litigios». A mi modo de ver en los procesos civiles entre sujetos privados (familia, sucesiones, contratos...) el asunto solo incumbe a las partes, y la única publicidad externa constitucionalmente exigible es la de las resoluciones judiciales. Cualquier información distinta procedente de un proceso de esa naturaleza y que afecte claramente al honor, a la imagen o a la intimidad de las personas debiera considerarse, en principio, lesiva del correspondiente derecho fundamental y, por tanto, título suficiente para exigir la responsabilidad civil o disciplinaria (o ambas), según proceda de aquel o aquellos (jueces, fiscales, otros funcionarios judiciales, procuradores abogado, partes personadas, peritos, testigos) que quebraron intencional o negligentemente la reserva del proceso o que tenían encomendada la función de que eso no acaeciese.

En los procesos civiles *interprivatos* no está en juego un interés público distinto al de controlar democráticamente la acción de la justicia y para ello basta con la publicidad de los autos y sentencias adoptadas por los órganos judiciales. Recordemos que el secreto del sumario, propio del proceso penal,

no existe con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los investigados, sino con el muy distinto propósito de que estos no sepan que están siendo objeto de una investigación para evitar, así, que puedan frustrarse las diligencias de averiguación y prueba.

Pero volvamos a la propuesta de nuestro autor. Afirma Ángel Rodríguez que si bien todas las actuaciones judiciales son asuntos de interés público «no todos los mensajes que los tengan por objeto deberían gozar, solo por esa razón, de una protección preferencial en el ordenamiento». Con la salvedad anteriormente expuesta (asuntos civiles entre privados) para los que, como he expuesto, debería, a mi juicio, invertirse «la preferencia», suscribo plenamente la premisa y sus consecuencias, a saber: «No basta con apelar al interés público que reside en el control del funcionamiento de la policía o de los tribunales de justicia para otorgar un trato preferencial a todas las informaciones u opiniones sobre las personas afectadas [...] Por el contrario, habrá que justificar también, con argumentos específicos, por qué debe extenderse en cada caso concreto la posición preferente...».

A continuación, el autor incorpora a su argumento una distinción clásica: la que media entre asuntos de naturaleza política (con la intervención de las autoridades públicas o responsables de organismos o empresas públicas dependientes de estas) y los que carecen de esa connotación. En este punto existe un cierto consenso sobre un principio que, sin embargo, con el paso del tiempo se ha visto privado de un conjunto de excepciones que, en mi criterio, lo dotaban de una mayor consistencia. Lo enuncio con exagerada rotundidad: ante la libertad de expresión los políticos (cargos y responsables públicos en general) no tienen honor.

Sabemos que esa aseveración no es cierta y que realmente lo único que se pretende significar es que los personajes públicos (y, singularmente, los políticos) gozan de una menor protección de su honor, intimidad e imagen como consecuencia de las responsabilidades públicas inherente a los cargos (o roles) que voluntariamente han asumido. Pero, a día de hoy, cuando se pueden encontrar sentencias en las que se considera que llamar «ladrón» a un Alcalde, «zorra» a una diputada o acusar a un magistrado de «imparcialidad», «bebedor», «amiguísimo» y «frecuentar compañías peligrosas», no lesiona el derecho al honor y se nos dice, además, que tales calificativos no pueden valorarse como insultos por ser una forma poco educada pero coloquial de referirse a los responsables públicos, me pregunto si todavía subsisten aquellos matices (modulaciones entre la vertiente pública y la privada; entre lo íntimo y familiar y lo que debe estar sujeto al escrutinio de la opinión pública) que, siendo complejos y muy apegados a la realidad de cada caso, dotaban de sentido a un lógico y razonable presupuesto de partida o si ha llegado la hora de sostener que, ante esta evolución, ya no resulta suficiente el tradicional estándar del Tribu-

nal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de que las expresiones hirientes o las informaciones que resulten ser falsas deben estar permitidas cuando se opine sobre asuntos sometidos a juicio que afecten a políticos siempre que no se vulnere su derecho a un proceso justo. Porque... ¿puede ser justo un proceso en el que el político es vejado y condenado ante la opinión pública antes de ser juzgado? Claro que los políticos han de estar expuestos a un margen de crítica mayor. Pero un mayor margen no es sinónimo de crítica ilimitada en el fondo y en la forma.

Si me detengo en este aspecto, no es para hacer una especial defensa del honor de los políticos, sino para llamar la atención sobre la progresiva mutación que estamos viviendo: como para los políticos hemos pasado del «mayor margen» al «sin margen», en el caso de los no políticos nos hemos deslizado del margen adecuado de ponderación al «mayor margen», y tales circunstancias explican, en buena medida, la acelerada desaparición del honor de los inocentes que estamos viviendo. Los políticos y los personajes públicos, en general, tan solo han sido la cabeza de puente para ir tomando el honor y la inocencia de quienes carecen de aquella condición.

Por este motivo me parece sumamente equilibrada la solución que apunta Ángel Rodríguez al sostener que, con excepción de los pleitos políticos, tanto en la defensa mediática como en el info-entretenimiento judicial los mensajes que versen sobre asuntos *sub iudice* deben protegerse «exclusivamente como modalidades no preferenciales de la libertad de expresión»⁵.

Me ha parecido muy interesante el modo en que el autor aborda lo que denomina «info-entretenimiento judicial». Tras establecer un cierto paralelismo entre los mensajes publicitarios y los mensajes sobre cuestiones *sub iudice* en pleitos no políticos, con el objetivo de atribuirles una similar protección en caso de conflicto con el honor de los investigados, profundiza en su razonamiento y considera que, sin embargo, esa asimilación no puede ser plena. Más concretamente se pregunta si podría trasladarse a su ámbito de estudio la doctrina del Tribunal Federal Alemán (Caso Benetton, 2000) conforme a la cual los mensajes publicitarios pueden tener un contenido mixto, es decir, una vertiente estrictamente comercial y otra especialmente protegida por la libertad de expresión. Ello supondría admitir que en el info-entretenimiento judicial podrían existir mensajes que pudiendo encuadrarse dentro del mero show mediático-judicial pudiesen contener, además, opiniones sobre asuntos que se estiman de relevancia pública y, por tanto, ser merecedoras de la protección preferente del art. 20. CE. Concluye el autor que estamos ante situaciones que no son equiparables y que, en consecuencia, debe descartarse

⁵ *Ibidem* (p. 434).

la posibilidad de que existan mensajes mixtos en relación con los mensajes sobre asuntos *sub iudice*.

El planteamiento defendido por Ángel Rodríguez supone que estos mensajes de chismorreos judiciales y opiniones vertidas en programas espectáculo deben ser tratados como *low value speech* lo que les privaría no de la protección del art. 20 CE, sino de una posición preferente en caso de colisión con otros derechos fundamentales.

Considero que se trata de una propuesta sólida y bien argumentada que de inmediato suscita otro interrogante. Cuando se trata de informaciones serias, es decir, de interés general y diligentemente contrastadas por el informador, entonces ¿ha de prevalecer siempre y en todo caso la libertad de expresión sobre el honor de las personas investigadas en un proceso penal?

La pregunta cobija un problema contextual de difícil solución. En efecto, lo que diferencia la información sobre asuntos *sub iudice* de otras informaciones es que la primera siempre se enfrenta a un momento en el que el poder judicial declara con carácter definitivo una verdad formal que puede o no coincidir con el relato o las conclusiones argumentadas y diligentemente contrastadas por el informador. Más aún: pudiera ocurrir que, tras existir cosa juzgada, apareciesen nuevas pruebas (recurso de revisión) que avalasen la posición del autor de la información y cuestionasen en todo o en parte el fallo de la sentencia firme y definitiva. La infalibilidad de la sentencia es formal, no absoluta.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, sea cual sea el contenido final de la sentencia que ponga término al proceso respecto de la información cabalmente difundida, las libertades del art. 20 CE deben prevalecer sobre el honor del investigado siempre que los mensajes no contengan descalificaciones gratuitas, no falten manifiestamente a la realidad de los hechos y se hayan obtenido de forma profesional, es decir, con la debida atención y diligencia. Al informador le es exigible el contraste mínimo del contenido de la información con independencia de su acierto. Ahora bien, como señala Ángel Rodríguez, este criterio de la protección de la información falsa pero diligentemente obtenida puede producir unos efectos gravemente distorsionadores sobre el proceso de formación de una opinión pública libre y, sobre todo, un perjuicio irreparable para los derechos fundamentales de las personas afectadas. Por tanto, incluso la información seria puede resultar muy perjudicial no solo para el honor y la inocencia de los investigados, sino también para su derecho a un proceso justo. Esta posición más débil de los encausados, con una mayor probabilidad de que el ejercicio de las libertades de expresión e información dañen de una forma irreversible los citados derechos fundamentales, recomienda que, en opinión del autor, se les trate como un «colectivo desfavorecido», de modo que, al igual que otros grupos (menores, homo-

sexuales, inmigrantes, discapacitados, mayores), se les considere en situación de vulnerabilidad.

Aunque, por diversos motivos, estimo que se tratan de realidades no equiparables (los encausados se encuentran en una posición de carácter meramente procesal y no de clase; mientras que los grupo vulnerables lo son en razón de situaciones creadas por la sociedad y no por el derecho) me parece extraordinariamente útil el canon de ponderación finalmente propuesto por Ángel Rodríguez: para que la libertad de información tenga una posición preferente en relación con asuntos *sub iudice* no debe bastar con que la información se haya obtenido de un modo diligente, sino que, además, y como parte de esa diligencia, se ha de acreditar un esfuerzo razonable del informador consistente en ofrecer iguales oportunidades a las partes en conflicto para manifestarse sobre sus respectivas pretensiones. Se trataría de trasladar el principio de igualdad de armas del proceso al ámbito de formación de la opinión pública, exigiéndose al autor de la noticia que ofrezca a las partes las mismas posibilidades de «hacerse oír» lo que, en mi opinión, no es lo mismo que incorporar a la información «las dos caras de la verdad»⁶. A mi juicio, bastaría con acreditar que se ha intentado ese objetivo para que se superase el canon constitucional de la debida diligencia.

Otra valiosa aportación de este libro, que da testimonio del meditado estudio de todos aquellos asuntos que rodean su objeto, es la propuesta que nos formula el autor en torno a la conocida como «doctrina del reportaje neutral», fraguada en diversas sentencias constitucionales y que Ángel Rodríguez desgrana con detenimiento. Como se sabe, «reportaje neutral» no significa información neutra, sino aquella que reproduce, sin valoraciones adicionales, opiniones o informaciones ajenas. Se trata, pues, de un concepto que refuerza la posición del informador frente a la persona ofendida por la información mediante un mecanismo jurídico de transferencia de la responsabilidad. Si el medio de comunicación se limita, básicamente, a reproducir mensajes deshonrosos cuya autoría es imputable a terceros, entonces han de ser estos y no el medio —una pieza meramente instrumental— los que deben responder de ello. El reportaje neutral no supone, en puridad, un refuerzo adicional de la libertad de información frente al honor, sino una mera transferencia de responsabilidad que convierte el medio de comunicación en un mensajero que, como tal, no ha de ser recriminado. Aún admitiendo lo difícilmente admisible (que un medio de comunicación no reestructure la información según intereses editoriales, aunque no altere la literalidad de lo declarado), coincido con Ángel Rodríguez en la idea de que esa doctrina nunca debiera aplicarse en

⁶ *Ibidem* (p. 498).

relación con informaciones relativas a asuntos *sub iudice*, salvo que el medio identifique al autor cierto del mensaje que se ha limitado a reproducir. Es obvio que el medio puede acogerse al secreto profesional para proteger la fuente, pero, en tal caso, estaría impidiendo con su propia conducta la traslación de la responsabilidad y, por tanto, el fin perseguido por la doctrina del reportaje neutral que, por dicho motivo, carecería de su principal premisa aplicativa.

Tampoco debe declararse, sin ulterior matización, la irresponsabilidad de los medios en relación con la publicación de elementos documentales (declaraciones, escritos) sustraídos del proceso. Las manifestaciones de descrédito que pueden hacer el fiscal, las acusaciones o las defensas, así como las declaraciones de coimputados y otras personas directamente implicadas en la causa, forman parte, por así decir, de los roles propios que ocupan y despliegan en el proceso. Son piezas de un contexto, cuya lógica descansa en acreditar la pérdida de la inocencia y del honor de los encausados en tanto infractores de la ley penal. Por eso, suscribo la sugerencia de Ángel Rodríguez sobre la necesidad de modificar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la reproducción por un medio de comunicación de los contenidos de «escritos oficiales» procedentes de un sumario, para aproximarla a la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, en el Asunto Worn, ya señaló que no cabe confundir el papel de la prensa con el de quien ejerce la acusación.

Exigentes y necesitadas de una lectura más reposada son las excelentes páginas que nuestro autor dedica a la deficiente regulación que recibe en nuestro país el llamado secreto del sumario y, particularmente, a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho en relación con su sentido y alcance. Constituyen un buen ejemplo de aquilatada revisión crítica y toda una lección de derecho constitucional vivo. La caracterización, en términos constitucionales, de las dimensiones interna y externa del secreto del sumario permite a Ángel Rodríguez articular un revelador recorrido tanto en el ámbito normativo como en el de la interpretación jurisprudencial, que pone boca arriba y sobre la mesa las contradicciones de unas reglas que, a menudo, se barajan apresuradamente o con inercias preconstitucionales. Si como ha señalado el Tribunal Constitucional el art. 20 CE solo ampara la «información rectamente obtenida», es decir, la obtenida de fuentes cuyo acceso no ha supuesto una lesión de un derecho o bien constitucional, no parece razonable que la difusión de toda vulneración del secreto del sumario —aun reconociendo que difundir no es equiparable a obtener—, deba reputarse como constitucionalmente lícita. De este modo, como sostiene el autor, «lo que se difunde quebrando el secreto de las comunicaciones o la inviolabilidad del domicilio de las personas investigadas [...] es, en principio, una información ilícita y ello no debería ignorarse con el único argumento de que, al estar en

un sumario, se respetó en su obtención la garantía de la necesaria autorización judicial». Lo mismo podríamos decir en relación con la protección de datos personales (art. 18.4 CE) o respecto de los derechos a la intimidad y a la propia imagen.

4. Comencé esta reseña hablando de la inocencia porque, cuando se estudia el impacto de las informaciones y opiniones sobre asuntos penales *sub iudice*, ella acostumbra a ser la gran ausente. El conflicto lo protagonizan casi siempre las libertades de expresión e información en su tensión con el derecho al honor. Ángel Rodríguez, sin embargo, no incurre en ese habitual olvido y dedica uno de los últimos apartados de su extenso libro a la que denomina «derecho fundamental a la reputación de inocencia» cuyo asiento constitucional se encontraría en los arts. 18.1 y 24.2 de la Constitución. Una formulación que se distancia —a mi entender con firmes fundamentos— de la tesis mayoritariamente sostenida por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en la que, bajo el concepto de «dimensión extraprocesal» del derecho a la presunción de inocencia, se acostumbra a solventar esta cuestión como si se tratase exclusivamente de una vertiente más del derecho al honor cuando se ve afectado por informaciones vertidas con motivo de actuaciones penales. Sintetizando la evolución de esa doctrina, podría afirmarse que para el Tribunal Constitucional solo se vulnera la presunción de inocencia cuando se es condenado sin pruebas de cargo, mientras que, si alguien es calificado públicamente de culpable a pesar de ser inocente, entonces solo se ha conculcado el art. 18.1 CE.

Ahora bien, este planteamiento resulta poco convincente, pues del mismo cabría inferir, por un lado, que los actos procesales nunca pueden vulnerar el «honor de los inocentes» y, por otro, en coherencia con lo anterior, que solo los jueces y tribunales pueden lesionar el derecho a la presunción de inocencia, lo cual no es cierto.

En efecto, como bien señala Ángel Rodríguez, mantener aquella afirmación «implicaría asumir como punto de partida que los actos procesales no tienen trascendencia extraprocesal; que una detención, imputación, una medida cautelar de privación de libertad o una condena que aún no es firme inciden en la reputación del inocente de que ha sido detenido, imputado, encarcelado o provisionalmente condenado. La práctica contradice sin ningún género de dudas esa limitada visión de la trascendencia de los actos procesales»⁷.

Ante esa realidad fácilmente constatable, el autor nos propone dotar de sustantividad propia al derecho fundamental «a la reputación de inocencia» y diferenciar en su seno una doble vertiente: la privada, que protege a cualquier

⁷ *Ibidem* (p. 555).

persona sometida a investigación policial o a juicio frente a declaraciones de culpabilidad únicamente sustentadas en la opinión de otras personas y, particularmente, frente a los medios de comunicación social; y la pública, que defiende a esas mismas personas frente a todas las autoridades públicas. En este caso, la vulneración del derecho puede comportar también una pérdida de la imparcialidad subjetiva del juez.

A partir de este esquema, se examinan algunos supuestos (la predeterminación mediática de la culpabilidad; la influencia mediática en la imparcialidad del juzgador y las declaraciones condenatorias de otros poderes públicos) para los que el reconocimiento de un derecho fundamental «a la reputación de inocencia» ofrece un mejor y más satisfactorio rendimiento constitucional que la construcción hoy predominante en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional.

La «reputación de inocencia» no es un oxímoron. Antes bien, en los tiempos que corren, es un derecho constitucional coherente, necesario y en peligro de extinción. Ángel Rodríguez lo recupera y lo rescata. Al hacerlo no solo ha escrito una magnífica monografía. Ha dado nueva vida a una parte crucial de nuestra Constitución.

