

PRISIÓN PROVISIONAL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

Luis Prieto Sanchís

Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad de Castilla – La Mancha

Prisión provisional, detención preventiva y derechos fundamentales.
Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha (Estudios; 41),
Cuenca, 1997

<http://www.cienciaspenales.net>

PRISIÓN PROVISIONAL Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN

LUIS PRIETO SANCHÍS

Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Castilla-La Mancha

1. Una cuestión de principios

Últimamente se viene insistiendo en que los problemas que plantea el Derecho en el marco de las Constituciones contemporáneas no admite respuestas categóricas al modo de «todo o nada», sino soluciones dúctiles y ponderadas. Precisamente, uno de los libros que ha obtenido mayor resonancia en estos años ha sido traducido al castellano con el nombre de «El Derecho dúctil», *mitte* en italiano¹, subrayando en esa ductilidad o afán componedor un amplio y variado número de rasgos que, según esta opinión, caracterizaría al modelo jurídico de nuestros días. Dicho de manera muy sintética, Zagrebelsky piensa que el Estado liberal decimonónico, donde la ley era la reina de las fuentes y expresaba de manera monista y rotunda la opción ideológica dominante, la de la burguesía, ha sido sustituida por un nuevo sistema político en el que el papel central corresponde a la Constitución, que incluye en su seno valores, principios y derechos tendencialmente contradictorios, reflejo de una sociedad pluralista, cuyas antinomias no pueden ser resueltas en sede legislativa, sino en sede jurisdiccional; pues hacerlo en sede legislativa obligaría a «doblegar»

¹ G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de M. Gascón, Trotta, Madrid, 1995.

con carácter general ciertos valores en beneficio de otros, introduciendo una jerarquía en el seno de la Constitución que ésta no ha querido prever.

Tal vez por eso, Alexy sostiene que en este nuevo constitucionalismo los principios han sustituido a las reglas, la ponderación ha desplazado a la subsunción y el juez tiende a suplantar al legislador². Los tres fenómenos, expuestos de forma algo tosca, aparecen entrelazados: la parte material o sustantiva de la Constitución está formada sobre todo por principios abiertos y tendencialmente contradictorios, y no por reglas cerradas y categóricas; por eso, la aplicación de los principios no puede seguir el método tradicional de la subsunción, sino el más complejo de la ponderación, pues muchas veces falta una descripción exhaustiva de los supuestos de aplicación y además, cuando entran en conflicto, éste no puede resolverse como en las reglas, es decir, declarando la invalidez de alguna de ellas o concibiendo a una como excepción de la otra; finalmente, por ello también el sujeto protagonista no es el legislador, que puede dictar reglas dentro del marco de los principios pero sin anular ninguno de ellos, sino el juez que deberá ponderar sólo para el caso concreto cuál de los principios resulta más fuerte o atendible³.

De la caracterización que hoy suele hacerse de los principios, entre los que, por cierto, se incluye a los derechos fundamentales, aquí nos interesa sobre todo su peculiar modo de entrar en conflicto; pues, en suma, como veremos luego más detenidamente, los valores que se hallan implicados en el proceso penal y aquellos otros que tratan de realizarse mediante la publicidad y los medios de comunicación están o pueden entrar en conflicto. No creo que este aspecto merezca mayor comentario, pero sí es significativo señalar que el enfoque conflictual constituye el punto de partida de cuantos se han ocupado del problema. A título de mero ejemplo, López Ortega comienza diciendo que «es preciso hallar un equilibrio entre todos los derechos que entran en conflicto»⁴, Espín habla de «relaciones conflictivas» entre los medios de comunicación y el poder judicial⁵ y, en fin, una reciente monografía dedica toda su primera parte a estudiar «los distintos valores comprometidos»⁶. Ciertamente, la colisión entre normas no representa ninguna novedad; lo que puede considerarse una cierta novedad es la forma de resolverlas según el modelo de los principios, que es justamente el modelo apto para examinar nuestro caso.

2 R. Alexy, *El concepto y la validez del Derecho*, trad. de J.M. Seña, Gedisa, Barcelona, 1994, págs. 159 y ss.

3 Vid., más ampliamente, mi trabajo, «Diez argumentos a propósito de los principios», en *Jueces para la Democracia* (en prensa).

4 J.J. López Ortega, «Libertad de información y proceso penal a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Justicia*, 1992, núm. 1, pág. 124.

5 E. Espín Templado, «Secreto sumarial y libertad de información», *Revista Jurídica de Cataluña*, 1986, I, núm. 2, pág. 135.

6 A. del Moral y J.M. Santos, *Publicidad y Secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996.

Dicho modelo puede presentarse en los siguientes términos: los principios poseen una característica que está ausente en las demás normas, que es su «peso» o «importancia» y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos; lo que no ocurre con las reglas «donde no podemos decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema», y de ahí que «si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida»⁷. Este argumento ha sido particularmente desarrollado por Alexy, quien insiste en que un conflicto de reglas sólo admite una de estas dos soluciones: o bien se declara inválida una de las reglas, o bien se introduce una cláusula de excepción que elimine el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra; en cambio, una colisión entre principios no se traduce en una pérdida de validez de alguno de ellos, sin que sea preciso tampoco formular una cláusula de excepción con carácter general. Ciertamente, esto no significa que se apliquen simultáneamente ambos principios, sino sólo que «bajo ciertas circunstancias, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada de otra manera»⁸. Pero, ¿cómo decidir en cada caso? La respuesta encierra el núcleo de la distinción entre reglas y principios: el conflicto se resuelve mediante la «ley de la colisión», que es la ponderación, es decir, «teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se establece entre los principios una *relación de preferencia condicionada*»⁹; pues si se estableciese una relación de precedencia absoluta o incondicionada estaríamos en realidad formulando una excepción a una de las normas, que sería, por tanto, una regla.

No es ocasión de examinar con detenimiento los problemas de la ponderación, pero creo que se puede afirmar que su importancia en el Derecho actual se explica por el especial carácter del constitucionalismo de postguerra, que ha dado entrada a un amplísimo contenido material o sustantivo de principios y derechos fundamentales tendencialmente contradictorios, donde el modelo tradicional de resolver las colisiones entre reglas resulta inservible. La conservación *íntegra* de la Constitución exige ponderar porque sólo así es posible conservar en pie de igualdad abstracta normas o derechos que reflejan valores heterogéneos propios de una sociedad plural que, sin embargo, se quiere unida y consensuada en torno a la Constitución. Zagrebelsky lo explica muy bien: «las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios»¹⁰ y precisamente por ello las Constituciones de nues-

7 R. Dworkin, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984, pág. 78.

8 R. Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de E. Garzón, C.E.C., Madrid, 1993, pág. 89.

9 *Ibíd.*, pág. 92.

10 G. Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, citado, págs. 109 y s.

tros días no son documentos axiológicamente homogéneos y unitarios, sino que su contenido es plural y está formado por criterios de valor tendencialmente contradictorios; «el único valor *simple* es el de la atemperación necesaria... el de la necesaria coexistencia de los contenidos»¹¹, y no otra cosa viene a garantizar la ponderación en el plano aplicativo.

Pero la técnica de la ponderación presenta una consecuencia sobresaliente, y es que fortalece la posición del juez, de todo juez y no sólo del juez constitucional: allí donde aparece un conflicto entre principios surge una apelación a la justificación racional de una decisión que, *sólo* en el caso concreto, otorga preferencia a uno u otro principio; justificación que puede conducir a cualquier resultado con el único límite precisamente de la irracionalidad. El conflicto entre derechos fundamentales constituye un caso paradigmático de la colisión entre principios; así, por ejemplo, en el frecuente conflicto entre el derecho al honor y la libertad de expresión no existe una frontera nítida, de manera que una cierta conducta haya de quedar incluida necesariamente en el ámbito de la libertad o en el del tipo penal protector del honor; al contrario, la conducta puede ser simultáneamente ambas cosas, ejercicio de un derecho y acción delictiva, sin que entre ambas normas exista una relación de preferencia con carácter general, de modo que una vez entrado en juego el tipo penal quede siempre desplazada la protección constitucional de la libertad. Por ello, dice el Tribunal Constitucional, «se impone una necesaria y casuística ponderación» que en el caso concreto otorgará preferencia a una u otra norma con el único límite de que la decisión final «hubiese sido claramente irrazonada»¹².

Ciertamente, en hipótesis nada impediría que el conflicto del que venimos hablando fuese objeto de reglas y no (o no sólo) de principios. Por ejemplo, cabría pensar en una norma del siguiente tenor: «Los medios de comunicación se abstendrán de informar sobre cualquier asunto *sub iudice*»; o también, con un contenido más limitado, «se prohíbe la divulgación de la identidad de los detenidos», «de los menores implicados», «de los testigos», etc. Pero también son concebibles normas de sentido contrario; así, «en ningún caso se impedirá la entrada de periodistas en la sala de vistas». Sin duda, estamos en presencia de reglas respecto de las cuales nos movemos en la siguiente alternativa: o son inconstitucionales, o funcionan como excepciones al principio de publicidad o de secreto. En este segundo caso, ello significaría excluir la ponderación, pues la presencia de un menor implicado operaría *siempre* como límite a la información; y la presencia de un periodista actuaría *siempre* como límite a cualquier principio de secreto.

El panorama que ofrece nuestro Derecho positivo resulta abiertamente «principal» y la realidad cotidiana de su aplicación lo es incluso escandalosamente. Quiero

11 *Ibidem*, pág. 17.

12 STC 104/1986.

decir que, más allá de los principios constitucionales, son muy escasas las normas que regulan de forma categórica el ámbito y los límites del secreto y de la publicidad en materia judicial; y las pocas que existen parece incluso que no se cumplen, sin que de ello se deriven mayores consecuencias. Ahora bien, dejando de lado esa realidad, creo que podemos llegar a la siguiente conclusión: nuestro conflicto no puede resolverse *sólo* mediante reglas, pero quizás no resultaría ocioso contar con alguna regla segura.

En efecto, el conflicto quedaría por completo sometido a reglas, excluyendo con ello la ponderación y el protagonismo judicial, si reconociésemos preferencia absoluta e incondicionada a uno de los valores en pugna, de manera que o bien rige la mayor de las transparencias, o bien el más impenetrable secreto. El problema es que cualquiera de estas dos soluciones sería inconstitucional, dado que haría triunfar a uno de los valores cuando ha sido voluntad de la norma suprema que ambos coexistan, como veremos más adelante. Las que no tendrían por qué resultar inconstitucionales serían reglas más concretas que, para determinadas actuaciones, momentos o personas participantes en el proceso, regulasen el grado de secreto o de publicidad. Según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la viabilidad de tales reglas dependería de dos aspectos: que no vulneren el «contenido esencial» del principio o derecho limitado, y que establezcan medidas razonables, proporcionadas y, en suma, justificadas¹³. Ciertamente, la concurrencia de estas exigencias depende de nuevo de la ponderación, pero no de la efectuada por el juez ordinario, sino de la que realiza el propio Tribunal Constitucional al enjuiciar eventualmente la regla limitadora.

2. Los principios en juego

La publicidad no es moral ni jurídicamente unívoca, no constituye siempre un bien que merezca tutela, pero tampoco representa siempre un vicio que justifique su rechazo¹⁴. Que un determinado suceso, opinión o estado de cosas se exteriorice y publique puede resultar muchas veces inocuo, en algunas ocasiones lesivo y en otras benefactor desde la perspectiva de cualquiera de los valores que se supone que ha de proteger el Derecho y, más concretamente, el Derecho de un Estado democrático; es más, puede ocurrir que ante un mismo caso el juicio que merezca la publicidad sea simultáneamente contradictorio, según el valor que se tome como prevalente. Tal vez por eso durante algún tiempo el Código penal consideró a la publicidad como

13 De estas dos condiciones me he ocupado en mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1990, págs. 146 y ss.

14 En sentido conforme J. de Lucas, «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII, 1990, pág. 139.

una circunstancia mixta, que a veces agravaba la responsabilidad criminal y otras veces, en cambio, la atenuaba¹⁵.

Sin duda, en el ámbito político o de las decisiones sociales la publicidad presenta connotaciones abiertamente positivas que hunden sus raíces en los ideales mismos de la Ilustración y de la modernidad. No en vano los *arcana imperii* se consideraron bajo la monarquía absoluta como una de las claves de la dominación y quizás como la genuina esencia del poder; ocultar los mecanismos del Estado e incluso ocultar el Derecho positivo, engañar al pueblo y hacer del gobierno una especie de gran representación teatral, de inmensa ficción, son rasgos característicos del Estado del Barroco, hasta el punto de que absolutismo y secreto parece ser un binomio inescindible¹⁶; como lo es también, consecuentemente, libertad y publicidad. La transparencia del poder y de los procesos políticos, sinónimo de limpieza y honestidad, representa sin duda una herencia de la filosofía de las Luces, que hoy cobra renovada importancia en la ética del discurso y en la fundamentación de la democracia, por cuanto encarna una exigencia indispensable de la información y del debate, que son a su vez presupuestos de la participación libre y democrática.

Lo dicho vale también para el proceso penal, incluso con mayor razón dado que aquí existen dos intereses en favor de la publicidad: el interés político o general en una administración de justicia transparente y, por tanto, controlable; y el interés individual del sujeto cuyos derechos se discuten en el proceso, que encuentra en la publicidad una condición indispensable para su defensa y una garantía de la regularidad de las actuaciones. Ambas preocupaciones se hallan presentes en la filosofía de la Ilustración, si bien seguramente predominó la segunda: de un lado, porque su confianza en una aplicación mecánica o logicista del Derecho hacía relativamente innecesario un control externo o social para el que la publicidad constituye una pieza básica, pero que sólo adquiere toda su importancia cuando se toma conciencia de la discrecionalidad judicial; de otro, y sobre todo, porque a finales del siglo XVIII quizás se considerase más urgente la lucha contra un proceso penal que se juzgaba cruel, inhumano y arbitrario; un proceso en el que precisamente el secreto representaba uno de sus rasgos esenciales, hasta el punto de que, por ejemplo, en España había logrado institucionalizarse la figura del «soplón» o delator¹⁷.

Sea como fuere, lo cierto es que la publicidad del proceso se convirtió en una de las exigencias fundamentales de la abundante literatura que en favor de la reforma

15 Vid. C. Lamarca, «La publicidad en Derecho penal. Una aproximación conceptual e histórica», *Anuario de Derecho Penal*, 1981, págs. 573 y ss.

16 Todavía en 1778 la Academia Prusiana de Ciencias y Letras convocaba un concurso acerca de la conveniencia de engañar al pueblo. Existe una edición crítica con estudio preliminar de J. de Lucas, *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, C.E.C., Madrid, 1991.

17 Dice F. Tomás y Valiente que la delación constituyó casi una profesión en España, *El Derecho penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1969, págs. 169 y ss.

del Derecho penal y procesal se desarrolla en la segunda mitad del siglo XVIII. De Voltaire a Beccaria, de Filangieri a Bentham¹⁸, la censura contra las acusaciones secretas fue un clamor unánime, íntimamente unido a la reivindicación de las demás garantías que hoy forman el derecho a la defensa y a un proceso justo. Por eso, como se ha sugerido, la publicidad es entonces concebida principalmente desde una perspectiva subjetiva e interna: subjetiva, porque lo que interesa son sobre todo los derechos del justiciable, más que un eventual control externo de la argumentación y de la decisión; e interna porque es una publicidad en primer lugar para las partes en el proceso y sólo secundariamente destinada a la difusión social.

Naturalmente, este interés individual que se vincula a la protección de los derechos fundamentales sigue hoy presente, y así debe entenderse la garantía a un «proceso público» (art. 24,2 C.E.). Sin embargo, casi tan importante como ese interés individual es el interés social que subyace a la transparencia del proceso en tanto que actividad estatal que requiere control y legitimidad. A mi juicio, esta es una dimensión que adquiere toda su importancia cuando se abandona la creencia, simplista en el siglo XIX y más compleja en la actualidad, en la unidad de solución justa o correcta; esto es, cuando el juez viene a ser concebido como el titular de un poder de decisión, no libre o arbitrario, pero sí discrecional, donde en último término la legitimidad se recaba y el control social se ejerce a través de la exteriorización, debate y crítica sobre un doble proceso de motivación: de motivación interna llamada a justificar el nexo entre unas premisas fácticas y normativas y la decisión o fallo; y de una motivación externa destinada a justificar las propias premisas¹⁹. En suma, si es cierto que la diferencia entre juez y legislador es procedimental y no sustantiva²⁰, si es cierto que las fórmulas de control social sobre la actividad judicial se proyectan no sobre el origen o elección del sujeto, como ocurre con el legislador, sino sobre el modo de ejercer la propia actividad²¹, entonces la publicidad se erige en un elemento esencial tanto de la legitimidad como de la crítica de la jurisdicción. Tal vez por eso la Constitución, junto al derecho subjetivo a un proceso público, establece también la garantía institucional de que, como regla general, las actuaciones judiciales serán públicas (art. 120,1).

18 Un buen resumen de las opiniones ilustradas sobre el principio de publicidad del proceso aparece en L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione. Teoria del garantismo penale*, 2ª ed., Laterza, Bari, 1990, págs. 632 y ss. Hay traducción española en Trotta, Madrid, 1995. De la filosofía penal de la Ilustración tuve oportunidad de ocuparme en el trabajo que, con ese mismo título, fue publicado en el *Anuario de Derechos Humanos*, 3, 1985, págs. 288 y ss.

19 Vid. J. Wróblewski, «Motivation de la décision judiciaire», en Perelman y Foriers, *La motivation des décisions de justice*, Bruylant, Bruxelles, 1978, págs. 69 y ss.

20 Vid. M. Cappelletti, *Giudice legislatori?*, Giuffrè, Milano, 1984, págs. 63 y ss.

21 Vid. G. Tarello, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milano, 1980, págs. 67 y ss.

Y, finalmente, en favor del principio de publicidad milita otra razón que directamente no tiene que ver con el interés individual ni con el estatus de la jurisdicción, aunque muchas veces resulta fundamental desde ambas perspectivas; se trata del derecho «a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión» (art. 20,1 d. C.E.). Es obvio que numerosos procesos presentan una gran relevancia para la opinión pública y, en cualquier caso, si bien esa relevancia puede servir para modular el grado de publicidad, su inexistencia tampoco la impide, pues el precepto constitucional garantiza el derecho sin condicionarlo a un juicio sobre el interés o transcendencia social del objeto de la información. En este sentido, la asistencia de los medios de comunicación a un juicio oral ha sido calificada por el Tribunal Constitucional como un «derecho preferente»²², como preferente es en general la libertad de información cuando entra en conflicto con otro derecho o valor²³.

Sin embargo, si esto fuera como hasta aquí se ha descrito, si sólo concurriesen razones en favor de la publicidad, entonces estaríamos en presencia de una regla que abriría las puertas de cualesquiera actuaciones judiciales; acaso de una regla sometida a límites o excepciones, pero de una regla al fin y al cabo. Pero, como se ha indicado, nos hallamos ante lo que suele llamarse un problema de principios, y esto significa que pueden concurrir razones o argumentos en contra de la publicidad y a favor del secreto; razones o argumentos que *a priori* presentan el mismo valor o jerarquía que sus oponentes y cuyo peso o importancia relativa sólo se puede dilucidar mediante la ponderación en el caso concreto.

En primer término, cabe aducir el interés público en el éxito de la investigación judicial, que pudiera verse menoscabado mediante una información prematura, y que con toda probabilidad es el motivo que inspira el secreto sumarial que impone el art. 301,1 L.E.Crim. En realidad, si el secreto sumarial fuese riguroso operaría como una auténtica excepción a la publicidad (entiéndase publicidad externa o frente a terceros), es decir, como una regla; de modo que el proceso quedaría perfectamente escindido en dos fases: antes de la apertura del juicio oral, todo secreto, y a partir de ese momento, todo público. Sin embargo, no ocurre así, como luego veremos.

Pero si el secreto sumarial que responde al interés de preservar el éxito de la investigación no opera como una auténtica excepción a la publicidad, sí puede venir en auxilio de otras dos fundamentales razones que cabe aducir en favor de la discreción o del secreto; en primer lugar, el derecho al honor. La sanción penal,

22 S.T.C. 30/1982.

23 La libertad de información «como regla general debe prevalecer siempre que la información transmitida sea veraz y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y las personas que en ellas intervienen», S.T.C. 143/1991.

consecuencia de una declaración de culpabilidad, presenta casi siempre un efecto estigmatizador donde, al margen de otras consecuencias materiales como pueda ser la privación de libertad, se ve lesionado objetivamente el honor de la persona afectada. Por eso, los llamados juicios paralelos y la misma calificación de *delincuente*, aunque vaya acompañada por la fórmula de *presunto*, suponen un proceso criminalizador, una penalización social preventiva, en suma una pena anticipada²⁴. Y algo parecido cabe decir desde la perspectiva del derecho a la intimidad de las víctimas, que al daño del delito han de sumar a veces el calvario de una publicidad desmedida y, desde luego, no buscada.

Por otro lado, en segundo lugar, si la publicidad es una garantía para los justiciables y para el desarrollo regular del proceso, puede convertirse en ocasiones en una amenaza para un juicio justo e imparcial, así como para el pleno ejercicio del derecho de defensa. Es evidente en este sentido que una información masiva a través de los grandes medios, reiterativa, espectacular y acaso sesgada, puede influir negativamente sobre las partes, sobre los testigos y peritos, e incluso sobre los mismos jueces, carentes de la necesaria libertad de ánimo para realizar sus actuaciones. Y no cabe duda que el problema ofrece una nueva dimensión ante el Tribunal del Jurado, formado por no profesionales quizás menos resistentes a soportar influencias externas; aunque también, preciso es reconocerlo, menos preocupados por su carrera. Por eso, y aun cuando se trata de una doctrina no desarrollada, el Tribunal Constitucional ya ha advertido que «la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación, en la medida en que pueden interferir el curso del proceso penal, y prejuzgar y perjudicar su defensa en el seno del proceso»²⁵.

Estos son, en mi opinión, los principales valores en pugna, que pueden ser ponderados en los más variados contextos: pleitos civiles en defensa del derecho al honor, causas penales por delito de injurias, recursos de amparo por violación de la libertad de expresión o, al contrario, por violación del derecho a un juicio justo e imparcial, etc.²⁶. Sin embargo, con el solo juego de estos criterios resulta difícil llegar más lejos, es decir, resulta difícil determinar momentos, personas o actuaciones judiciales que deban estar presididos bien por la publicidad, bien por el secreto. Para ello, son necesarias reglas que operen en casos concretos como confirmaciones de uno de los principios y, por tanto, como excepciones frente al otro; reglas que,

24 Vid. P. Andrés Ibáñez, «Información y Criminalización», en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, Madrid, 1988, págs. 277 y ss.

25 Auto del T.C. 195/1991. Vid. un amplio resumen de esta jurisprudencia del Tribunal Constitucional en A. del Moral y J.M^a. Santos, *Publicidad y Secreto en el proceso penal*, citado, págs. 34 y ss.

26 Que la violación del derecho tenga su origen en la actuación de particulares no debe representar ningún obstáculo. Vid. mis *Estudios sobre derechos fundamentales*, citado, págs. 205 y ss.

desde luego, no eliminarán todo posible conflicto entre los principios, pero que, de ser válidas o constitucionales, limitarán el área de la ponderación imponiendo soluciones claras *a priori* para determinados supuestos, del estilo, por ejemplo: «la policía no podrá proporcionar la identidad de los detenidos», «en ningún caso se informará de la identidad de los menores implicados», etc.

3. La publicidad en la fase de detención y prisión provisional

Creo que cuantas consideraciones se han hecho hasta aquí son válidas también para la primera fase del proceso penal, que es cuando se puede producir la detención o prisión provisional, si bien conviene hacer dos matizaciones. La primera es que, de todos los valores examinados, en este momento adquiere una especial relevancia el interés público en el éxito de la investigación, pues justamente es ahora cuando se produce la acumulación de información por parte del órgano instructor; y de ahí la previsión de secreto por parte de la L.E.Crim.²⁷. Con ello no queremos decir lógicamente que no estén en juego los demás valores enunciados; lo que ocurre es que la exigencia de preservación de estos últimos es igual durante todo el proceso, mientras que el éxito de la investigación se ventila sobre todo en esta primera fase. La segunda precisión es que, si se puede hablar en estos términos, es también ahora cuando existe una mayor descompensación o asimetría en la respectiva posición de la Justicia y de los medios de comunicación, pues cuando menor es el caudal informativo del juez y de las partes, mayor es el impacto social de la noticia del hecho criminal, dada la cercanía del mismo y su carácter de «descubrimiento»; con lo cual mayor es también la «indefensión» de quienes intervienen en el proceso ante un cúmulo, a veces agobiante, de informaciones y opiniones no siempre suficientemente contrastadas. Es más, en esta fase el problema no consiste sólo en que se quiebre el secreto sumarial, sino en que se proporcionen noticias u opiniones que ni siquiera están respaldadas por una investigación rigurosa.

Casi la única regla que contiene nuestro Derecho es el ya comentado secreto del sumario, tan maximalista si se observase con rigor, como ineficaz en la práctica. Esta ineficacia, que acaso responda a la fuerza normativa de lo fáctico, a la imposibilidad real de limitar en nuestros días con tal extensión la actividad de los medios de comunicación, ha recibido además un decidido espaldarazo del Tribunal Constitucional, cuya doctrina en conjunto confirma y al mismo tiempo desvirtúa las previsiones de la L.E.Crim. De un lado, en efecto, resulta que el principio de publicidad se predica sólo para el juicio oral y para el pronunciamiento de la

27 Partimos, naturalmente, del sistema procesal vigente, pues en un modelo acusatorio puro las cosas deberían plantearse de otra forma, más atenta a los derechos del justiciable y menos preocupada por el buen fin de la investigación.

sentencia, de manera que el secreto de las fases precedentes resulta ser una excepción legítima, como por otra parte han confirmado las instituciones europeas de protección de los derechos humanos²⁸. Pero, en segundo lugar, resulta también que la obligación de secreto comprende sólo a las actuaciones o diligencias del órgano jurisdiccional, prohibiendo su difusión además únicamente cuando la información haya sido indebidamente obtenida. Sin embargo, «el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social... sean arrebatados a la libertad de información... De este modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima «materia reservada» sobre los hechos mismos acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial»²⁹.

Las consecuencias de esta interpretación son las que cabe prever: el secreto del sumario es cotidianamente vulnerado, lo cual tampoco significa, como luego veremos, que la información sumarial sea transparente. Nada impide, en efecto, que los medios de comunicación difundan los hechos, y no sólo los que son notorios (v. gr., un incendio, un atentado) sino también los que proceden directamente de actuaciones sumariales y que son proporcionados por cualquiera de los intervinientes en el proceso. Ciertamente, sobre éstos pesa un deber de discreción, pero como la Constitución garantiza también el secreto profesional de los periodistas, es decir, el derecho a no revelar las fuentes de donde procede la información, resulta que un secreto se superpone sobre otro secreto, dando lugar finalmente a la publicidad. Es más, parece que nada impide que las partes y los testigos, tras prestar declaración judicial o incluso antes, den cuenta, no de su declaración que es ya formalmente una actuación sumarial, sino de lo que saben o conocen de modo directo, lo que a la postre viene a ser lo mismo.

No cabe duda que nos hallamos ante una regulación muy poco satisfactoria. Para empezar, no existe ninguna norma que sancione de modo expreso la revelación de actuaciones policiales³⁰, y de hecho es frecuente que las autoridades informen de sus «éxitos» antes incluso de la puesta a disposición judicial. En segundo lugar, un criterio tan riguroso en favor del secreto como el consagrado en la ley impide su

28 S.T.C. 176/1988. Sobre la jurisprudencia europea vid. el ya citado trabajo de J. J. López Ortega; también Lezertúa Rodríguez, «El derecho a la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Comisión y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, C.G.P.J., Madrid, 1993, XI.

29 S.T.C. 13/1985. Este pronunciamiento lleva a Espín a decir que en su actual formulación «el secreto sumarial puede no ser una medida necesaria en una sociedad democrática, no por su inidoneidad, sino por vulnerar el principio de proporcionalidad», «Secreto sumarial y libertad de información», citado, pág. 139.

30 Vid. L. Varela, «Proceso penal y publicidad», *Jueces para la Democracia*, 11, 1990, págs. 41 y ss.

modulación y, concretamente, impide a los jueces impartir instrucciones de reserva en relación con determinados aspectos de la investigación: las diligencias son absolutamente secretas, pero los hechos son absolutamente públicos, sobre las primeras no se prevén limitaciones al secreto, pero sobre los segundos tampoco se admiten limitaciones a la publicidad³¹.

Pero, sobre todo, la situación es insatisfactoria porque la violación del secreto no equivale paradójicamente a transparencia, sino a información sesgada, murmuración aventurada y asimetría en el acceso y dosificación de las noticias. Con acierto observa Ferrajoli que este híbrido de publicidad en el juicio oral y de secreto en la fase sumarial comporta para el imputado las desventajas de ambos criterios; «la media publicidad del proceso mixto termina por ser sólo una publicidad de la acusación y no también de la defensa, transformándose así, de garantía contra el arbitrio, en instrumento ulterior de penalización social preventiva»³². No sé realmente si este sistema «beneficia» siempre a la acusación, pero en cualquier caso parece que refuerza la posición privilegiada de la parte socialmente más poderosa, de aquella que domina o que cuenta con mejor acceso a los medios de comunicación.

Pero la solución tampoco es sencilla. Reafirmar los mecanismos del secreto sumarial, sancionando efectivamente las revelaciones o amordazando a la prensa, al margen de que tal vez fuera como poner puertas al campo, resultaría probablemente inconstitucional; sencillamente no se justifica una regla que *a priori* o en abstracto hurtase a la opinión pública cuantos datos figuran en un sumario, pues ello lesionaría inevitablemente las razones que militan en favor de la publicidad³³; equivaldría a transformar un conflicto entre principios en un conflicto entre reglas, sustituyendo la exigencia de ponderación por una decisión imperativa del legislador; todo lo cual pugna, como sabemos, con el sentido del constitucionalismo actual.

En segundo lugar, es muy tentadora la propuesta que hacen algunos autores en el sentido de permitir al juez que decida en cada caso los límites de la publicidad, pudiendo imponer restricciones a la difusión, no ya de las diligencias sumariales, sino incluso de noticias legítimamente obtenidas al margen de la instrucción³⁴. Incluso Espín propone tres garantías que deberían acompañar a esta facultad judi-

31 Aunque parece un *obiter dictum*, la S.T.C. 13/1985 rechaza con carácter general la posibilidad de que el juez limite el derecho a informar sobre los hechos. Vid. críticamente J. E. Peces Morate, «Publicidad y secreto sumarial», *Poder Judicial*, núm. especial XI, pág. 146; también A. del Moral y J.M^a. Santos, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, citado, pág. 120.

32 L. Ferrajoli, *Diritto e Ragione*, citado, pág. 635.

33 De ahí que no se justifique, como regla general, el principio de secreto externo del sumario.

34 Así, por ejemplo, entre otros E. Berlanga, «Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», *Poder Judicial*, núm. especial XIII, pág. 114.

cial: que sea una medida imprescindible para asegurar la investigación, sin que exista otra menos lesiva; que se delimite con absoluta precisión la información cuya publicación se prohíbe; y, por último, que se establezca un límite temporal³⁵. Dado que aquí la ponderación es imprescindible y que, por tanto, se garantiza la coexistencia de los principios, una solución como la comentada resultaría acorde con la Constitución.

Ahora bien, dicha facultad judicial puede estar motivada, bien por el interés de garantizar el éxito de la investigación, bien por el deseo de preservar el honor de los imputados o la imparcialidad del juicio. Si es lo primero, en verdad no se entiende muy bien la restricción *sólo* de la publicidad externa y no también de la interna, pues, al margen de que gracias al secreto profesional de los periodistas es casi imposible garantizar un secreto sin asegurar el otro, resulta que el peligro de dañar la instrucción no se evita desde el momento en que justamente las partes toman conocimiento completo del procedimiento. Y si es lo segundo, tampoco se entiende la necesidad de la medida o, mejor dicho, parece que resultaría en todo caso desproporcionada, pues el hecho mismo de informar verazmente sobre un suceso no lesiona el honor de las personas ni la imparcialidad del órgano, y, en todo caso, esa eventual lesión ha de considerarse soportable en aras de la libertad de información; lo que acaso puede resultar insoportable es el tratamiento o forma de presentar la noticia, cuestión que más tarde podrá justificar un recurso o un proceso independiente, pero que difícilmente cabe limitar en la fase sumarial, pues las ordenes del juez parece que deberían circunscribirse a lo que se puede o no publicar, sin añadir precisiones en torno a la forma de publicarlo.

Así pues, en mi opinión para preservar el buen curso de la investigación sólo cabe la declaración del secreto sumarial, incluso para las partes³⁶; lo que significa que, en principio, la instrucción ha de ser pública, aunque, eso sí, concediendo al juez la facultad de limitar el conocimiento de ciertos aspectos del sumario tanto para las partes como para terceros. Dicha declaración de secreto, no hace falta decirlo, debe ser tan restringida en su objeto y duración como resulte posible, pues aquí no sólo está en juego el principio de publicidad o libre información, sino también, y sobre todo, el de defensa del imputado. Levantado el secreto que en su caso se hubiera acordado, la publicidad debe regir con carácter general.

Esto no significa dejar inermes los otros dos valores que venimos comentando. De un lado, porque, como se ha dicho, siguen jugando como principios que requieren ponderación, por ejemplo, en un eventual recurso por juicio no imparcial, en un proceso independiente en defensa del honor, etc. Y segundo porque, si se quiere, aquí sí podría resultar procedente dictar algunas reglas concretas dirigidas a evitar

35 Vid. E. Espín, «Secreto sumarial y libertad de información», citado, pág. 146.

36 Vid. en igual sentido L. Varela, «Proceso penal y publicidad», citado, pág. 43.

las más groseras o evidentes violaciones del derecho al honor, a la intimidad o a un juicio justo. La *Contempt of Court Act* británica tal vez pueda servir de inspiración, aunque sólo de inspiración³⁷. Por ejemplo, prohibición de revelar los antecedentes penales del inculpado, su raza o sus costumbres, prohibición de los llamados juicios paralelos³⁸, prohibición de divulgar imágenes del acusado cuando está en duda su identidad, etc.

En principio, no parece que el hecho de haberse dictado prisión provisional deba alterar el régimen de publicidad o de secreto existente en la fase sumarial. Pensar en una regla que, por ejemplo, prohibiese difundir que determinada persona ha ingresado en prisión provisional sería con toda probabilidad una medida desproporcionada y, por tanto, inconstitucional. Sin embargo, no cabe duda que la prisión sitúa al sujeto que la padece en una situación particular que, a los ojos de la opinión pública, lesiona su reputación y honor, algo que no puede dejar de ser valorado en un eventual proceso en defensa de ese derecho o incluso en un ulterior recurso por violación de la garantía a un juicio justo. En especial, es en estas ocasiones cuando resultan más odiosos los llamados juicios paralelos, dado que entonces el inculpado se encuentra de hecho en una mayor indefensión, agravada si además se ha dictado incomunicación, y que una atribución de culpabilidad por parte del medio periodístico parece contar con el respaldo o confirmación del auto judicial de prisión³⁹.

37 Vid. J. Miller, *Contempt of Court*, Clarendon Press, Oxford, 1990. También, entre nosotros, L.M. Díez-Picazo, «Parlamento, proceso y opinión pública», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18, 1986, págs. 83 y ss.; Fayos Gardo, «La Contempt of Court británica de 1981: el desacato cometido por los medios de comunicación social», *La Ley*, 1987, págs. 911 y ss.

38 Por juicio paralelo puede entenderse «el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*... a través de las cuales se efectúa por dichos medios una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial», E. Espín, «En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», *Poder Judicial*, núm. especial XIII, pág. 123. Aunque la definición me parece correcta, quizás no esté del todo justificado equiparar el «juicio paralelo» con una campaña publicitaria que se prolonga «a lo largo de un periodo de tiempo». En mi opinión, el juicio paralelo puede efectuarse en una sola información y consiste básicamente en «adelantar» un pronunciamiento de culpabilidad a partir de una presentación más o menos sesgada o interesada de un caudal probatorio también más o menos fundado; como por lo demás se deduce de la S.T.C. 6/1996, que luego comentaremos.

39 Cabe discutir si, además del derecho al honor, puede lesionarse también la presunción de inocencia, obviamente no frente al órgano juzgador, sino frente a la propia opinión pública. Aunque algunos lo niegan rotundamente, y así A. del Moral y J.M^a. Santos, *Publicidad y Secreto en el proceso penal*, citado, pág. 19, creo que la cuestión no está tan clara. En efecto, es cierto que básicamente la presunción de inocencia es el derecho a no ser condenado sin pruebas inculpatorias y que, desde un punto de vista técnico, condena es sólo la que dicta un tribunal. Sin embargo, teniendo en cuenta que, como se ha dicho, la información puede representar una «condena anticipada», entre otras cosas porque precisamente lesiona el honor del imputado, cabe decir que una atribución de culpabilidad

Por tanto, de nuevo este es un problema que no puede quedar resuelto mediante una regla, sino que reclama una ponderación especialmente cuidadosa que tome en consideración la particular situación del sujeto sometido a prisión provisional. La cuestión no es, pues, optar entre la publicidad o el secreto, sino atender al tratamiento de la información, a la diligencia del periodista para cerciorarse de la veracidad de la misma, a la difusión de aspectos ajenos al hecho criminal pero que merecen un juicio negativo por parte de la opinión pública, etc. En este sentido, una reciente sentencia del Tribunal Constitucional me parece ejemplar: no basta con invocar rumores obtenidos de medios policiales o de sectores cercanos a E.T.A., tampoco es relevante que el sujeto se halle procesado o condenado por otro hecho similar; si la imputación es objetivamente falsa y carece de un esfuerzo de comprobación razonable, si la publicación «no se limitó a desvelar la existencia de una investigación en curso», sino que hizo suya «una versión de los hechos en la que se parte de que el afectado ha sido intermediario en el referido secuestro, anticipando así peligrosas y graves conclusiones», bien puede considerarse conculcado el derecho al honor⁴⁰.

En resumen, el equilibrio entre los valores en pugna resulta difícil, pero constitucionalmente no se puede romper privilegiando de un modo absoluto y *a priori* bien el secreto, bien la publicidad. Ambos principios, junto con las razones que les acompañan, siguen estando llamados a la ponderación en el caso concreto. Sólo cabe superar esa ponderación de manera muy cautelosa y circunspecta: primero, concediendo al juez la facultad, que ya tiene, de declarar secreto el sumario en aras de la investigación, decisión que, por cierto, podrá ser luego revisada y ponderada a la luz del derecho a la defensa y a un proceso público; y segundo, mediante unas pocas reglas, precisas y rotundas, dirigidas no tanto a limitar la publicidad de los hechos relevantes, sino a impedir la difusión de aspectos que pueden ser lesivos para el honor o la intimidad de las personas, o para la garantía de un juicio justo.

aventurada afecta a la propia presunción de inocencia. Con ello, no sostenemos que todos los particulares se hallen en general vinculados por dicha presunción, pues su eventual «condena» carece de consecuencias; pero acaso sí lo estén los medios de comunicación, cuyas «condenas» en algunos casos pueden resultar incluso más gravosas que las judiciales.

40 S.T.C. 6/1996.