

JUSTICIA MEDIÁTICA Y DERECHOS DE LOS INOCENTES¹

Ángel RODRÍGUEZ

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

Introducción

Me gustaría empezar con dos precisiones. En primer lugar, voy a abordar el tema de mi ponencia desde una perspectiva propiamente jurídica, ese es mi *background*, mi formación académica, y por lo tanto diré algo de fenómenos mediáticos y audiovisuales, pero me voy a centrar no tanto en la descripción de estos fenómenos, ya que se ha venido haciendo a lo largo de toda esta sesión, sino en las propuestas de regulación que creo que son necesarias para cubrir algunas de sus lagunas.

Y, en segundo lugar, me he permitido hacer una variación en el título que constaba en el programa porque cuando lo vi reflejado como "otros derechos, rectificación, honor, intimidad, presunción de inocencia" me pareció que lo que mejor resumía, por las razones que después les voy a explicar, lo que yo pensaba contarles era titularlo de este modo: "Justicia mediática y derechos de los inocentes".

De manera que la primera parte de mi presentación va a consistir, precisamente, en definir estos dos términos, qué entiendo por derechos de los inocentes y qué entiendo por justicia mediática, y en segundo lugar me centraré en el principal argumento que explica la situación actual en relación con estos temas, que es lo que podríamos llamar la mutación funcional del principio de publicidad de las actuaciones judiciales. Después describiré sucintamente dos fenómenos que creo que se pueden asociar a esta mutación funcional del principio de publicidad procesal: en primer lugar, el florecimiento de la defensa mediática, es decir, de estrategias procesales orientadas a los medios de comunicación; y, en segundo lugar, la justicia como espectáculo, es decir, el *info-entretenimiento* y el *show judicial*. A la hora de abordar estos fenómenos me centraré no tanto en su descripción, sino, aún siendo consciente de que esto puede ser un poco polémico, en las propuestas de regulación que considero que debe hacerse sobre cada uno de ellos.

Los derechos de los inocentes

Los derechos de los inocentes y la justicia mediática. Siendo este el título de mi ponencia, la primera cuestión sería qué entendemos por derechos de los inocentes. La pregunta a responder en primer lugar es ¿quiénes son los inocentes? Podríamos pensar que inocentes somos todos, de hecho, nuestra Constitución cuando habla del derecho a la presunción de inocencia se refiere a todos, todos tenemos ese derecho; pero no nos referimos a los inocentes en un sentido tan amplio, porque es cierto que todos en ese sentido somos inocentes, pero no es menos cierto que en determinadas circunstancias hay una serie de derechos que se manifiestan de una manera más

¹ Texto de la intervención en las Jornadas *La Regulación Audiovisual en una Sociedad Democrática*, organizada por el Consejo Audiovisual de Andalucía (CAA) y celebradas en el Parlamento de Andalucía los días 22 y 23 de octubre de 2018. Agradezco a la Presidenta del CAA, la profesora Emelina Fernández Soriano, su invitación para participar en las Jornadas, a los servicios del CAA la facilitación de la transcripción de la intervención oral y a Andrés Torres Fonseca la ayuda prestada en la corrección del texto.

prevalente, más trascendente o más importante. Hay una serie de circunstancias en las que las personas que son titulares de derechos de todos, como el honor, la intimidad, la propia imagen o la presunción de inocencia, pueden ejercerlo con una mayor fortaleza frente al otro derecho que típicamente se contraponen con estos, que es, en muchas ocasiones, la libertad de expresión o la libertad de información.

Así se deduce también, por lo que respecta al derecho a la presunción de inocencia, de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos es un poco más específico que nuestra Constitución y no dice "todos tienen derecho a la presunción de inocencia" sino "toda persona acusada de una infracción tiene derecho a la presunción de inocencia", de manera que cuando alguien es acusado de una infracción, es decir, está implicado en un procedimiento penal en un sentido amplio porque además, aquí la terminología procesal ha cambiado recientemente, como ustedes saben, (de imputado a investigado) cuando alguien está sometido a una actuación por parte de la Administración de Justicia o de las fuerzas policiales, en ese momento sí entra dentro de la categoría de inocente a los efectos de poder ejercer estos derechos con un plus de fortaleza frente a la libertad de expresión.

¿Cuáles serían estos derechos de los inocentes, así considerados? Pues los que ya he mencionado, el derecho al honor, el derecho a la intimidad, el derecho a la propia imagen, el derecho a un juez imparcial, el derecho a la presunción de inocencia. En este último derecho hay cierta polémica jurisprudencial y doctrinal, hay quien piensa de una manera más restrictiva que el derecho a la presunción de inocencia solamente puede ser vulnerado por un juez cuando condena a una persona sin una prueba de cargo suficiente, pero que no puede ser vulnerado, en un sentido técnico, por los medios de comunicación. Todos decimos que los medios de comunicación deben de respetar la presunción de inocencia y así se encuentra en varias recomendaciones, por ejemplo, del Consejo Audiovisual de Andalucía, pero no tenemos hasta ahora ninguna sentencia que establezca que este derecho ha sido vulnerado por un medio de comunicación.

¿En qué situación nos encontramos? Si nos acogemos a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, hay una evolución importante, es verdad que dicho tribunal ha dicho que se puede vulnerar la presunción de inocencia, no solo por una resolución judicial sino también, por ejemplo, por una declaración de un poder público, incluso de carácter no jurisdiccional, unas declaraciones de un ministro del interior o de un jefe de la policía dando por culpable a una persona que aún no ha sido condenada puede vulnerar su presunción de inocencia. Sin embargo, todavía no ha llegado al extremo de decir que un medio de comunicación puede vulnerar el derecho a la presunción de inocencia de alguien que está siendo sometido a una actuación judicial. Todavía no ha llegado, pero probablemente llegará, porque los indicios jurisprudenciales apuntan en esa línea, de manera que en adelante hablaremos de esos derechos, particularmente la presunción de inocencia, el derecho a un juez imparcial, el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen de las personas involucradas en un procedimiento judicial, como "derechos de los inocentes".

Ahora bien, es necesario exceptuar los que podríamos denominar "pleitos políticos", porque del mismo modo que cuando alguien está siendo acusado de una infracción, puede ejercer estos derechos con mayor fuerza, por una razón muy sencilla que es que se está jugando una condena que puede llevar acarreada, incluso años de privación de libertad, nuestra jurisprudencia y la jurisprudencia europea es muy clara en señalar lo contrario, cuando estamos ante una discusión

política, en debate público o en debate que involucra a figuras públicas o a cargos representativos. En esas ocasiones, la libertad de expresión se ejerce con una mayor fortaleza. Por lo tanto, todo lo que voy a decir de ahora en adelante debe de limitarse a personas acusadas de haber cometido una infracción, como dice el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero dejando de lado los casos en los que estas personas ejercen un cargo de representatividad pública, porque en esos casos sí es donde la libertad de expresión se puede ejercer con un mayor despliegue.

La justicia mediática: los «juicios paralelos»

¿A qué nos referimos cuando hablamos de justicia mediática? Me parece que esto requiere poca explicación en el foro en el que nos encontramos. Tenemos que partir de la idea de que en toda sociedad democrática conviven dos sistemas distintos, el sistema mediático y el sistema judicial, que cada uno tiene sus propias lógicas, su propio *tempo*, su propia dinámica y que ambos son igualmente esenciales para una democracia.

Siempre se cita aquella *boutade* de Jefferson de "si me dan a elegir entre prensa sin gobierno o gobierno sin prensa, yo elegiría prensa sin gobierno". En realidad, ni siquiera como *boutade* lo podríamos repetir hoy porque tan fundamental para la democracia es una prensa libre como un sistema judicial que funcione con carácter independiente.

Ahora bien, entre los sistemas judicial y mediático hay una tensión estructural, inevitable, que podemos administrar, graduar, regular, pero teniendo siempre en cuenta que cada uno de estos sistemas tiene su propia lógica y como no sería posible y por supuesto, no sería conveniente, suprimir ninguno de ellos, tienen que aprender de alguna manera a convivir.

Esto que digo condiciona también la idea que debemos tener de los llamados juicios paralelos. Hay quien considera que solamente existe un juicio paralelo cuando se da una situación patológica de las relaciones entre el sistema mediático y el sistema judicial. Solamente cuando la prensa abandona su buena praxis, cuando los medios de comunicación invaden las esferas propias del poder judicial, podríamos hablar de juicios paralelos.

En mi opinión, esta afirmación hoy en día no se sostiene. Inevitablemente, cualquier actuación de los medios de comunicación, cualquier información que tenga como objeto a alguien acusado de haber cometido una infracción en los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos, va a incidir de un modo u otro en sus derechos como justiciable, por lo tanto, la tensión entre el sistema mediático y el judicial es algo que va a estar siempre presente.

De manera que en el término de juicio paralelo hablaría de dos tipos de metáforas, una temporal y otra espacial. Según la primera, habría juicio paralelo porque coinciden en el tiempo el juicio ante los tribunales de justicia y la información que sobre él se da en los medios de comunicación. La metáfora temporal no es excesivamente afortunada, puesto que el juicio paralelo puede empezar antes de la actuación de los tribunales de justicia y prolongarse después. La metáfora espacial es más interesante: hablamos de juicios "paralelos" porque no hace falta que la prensa influya en el sistema judicial, no hace falta que se toquen (en el bachillerato aprendimos que las líneas paralelas se tocan en el infinito), es decir, que puede que no haya ninguna conexión entre lo que dice la prensa y lo que se ventila en el juicio, pero aún así sigue existiendo un juicio paralelo.

Siendo esto así, lo que tiene que hacer el legislador, a mi juicio, es ver en qué casos la intensidad del juicio paralelo es suficientemente alta como para exigir una regulación de carácter restrictivo y cuando no ¿Cómo podemos medir la intensidad? Esto es muy difícil. Para hacernos una idea de la complejidad del asunto, podemos encontrar hasta doce indicadores distintos de cómo se podría medir la intensidad de un juicio paralelo, que siempre se va a dar en mayor o menor medida: entre ellos, la repercusión mediática de la detención y la prisión provisional, la aparición en los medios de información sometida a secreto sumarial, la revelación en los medios de datos íntimos incluidos en el sumario, la predeterminación mediática de la culpabilidad, la predeterminación de la culpabilidad por los poderes públicos, la ya mencionada defensa mediática (es decir, la aparición de las partes en los medios de comunicación social), el respeto a los límites de la publicidad del juicio oral, la influencia mediática sobre el jurado, la filtración en los medios de la sentencia, la repercusión mediática de la vida en prisión, los programas de info-entretenimiento judicial o el respeto en los medios del principio procesal de igualdad de armas.

En definitiva, es imposible una información sobre una actividad judicial que no incida de alguna manera en los derechos del justiciable, por tanto la cuestión no es si se da o no un juicio paralelo, sino que lo importante es con qué intensidad se manifiesta.

La mutación funcional del principio de publicidad procesal

El principio de publicidad procesal tiene una trascendencia imposible de exagerar. Una de las grandes conquistas de La Ilustración con su idea de humanizar el proceso penal, fue acabar con el secreto que imperaba en el proceso penal en el Antiguo Régimen, de manera que se pasa de una Administración de Justicia regida por el secreto a una Administración de Justicia regida por el principio de publicidad. Por ello, podemos leer en *De los delitos y las penas* de BECCARIA, que el secreto es el más eficaz escudo de la tiranía. Con la ingenuidad que manejaban los primeros ilustrados, que confiaban plenamente en la posibilidad de introducir la razón en estas cuestiones, pudo MIRABEAU proclamar en la Asamblea Nacional francesa en pleno periodo revolucionario: "Dadme el juez que queráis, el más torpe, el más corrupto, que nada deberé temer de él, si tiene que justificar sus actuaciones en público".

Sin duda exageraban, pero lo cierto es que, aún así, el principio de publicidad procesal tiene una trascendencia innegable. Tanto es así que la Constitución Española (CE) lo consagra de manera directa o indirecta, nada menos que en tres de sus artículos, el artículo 20 CE, que es el más conocido de todos al hablar de la libertad de expresión; el artículo 24 CE que establece los derechos de las personas sometidas a la acción de justicia y entre ellos el derecho a un juicio público, y el artículo 120.1 CE que habla del principio de publicidad de las actuaciones judiciales, bien es verdad que la misma Constitución añade que con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento porque no todas las actuaciones judiciales son públicas.

Sin embargo, existe una inevitable tensión entre estas tres disposiciones constitucionales. Podría pensarse que los tres artículos de la Constitución que consagran el principio de la publicidad procesal se refuerzan mutuamente, pero en realidad cada uno de ellos tiene su propia lógica y a veces entran en conflicto entre sí

El artículo 20 CE consagra la libertad de expresión, la libertad de información, la libertad de los medios, pero no pretende alcanzar la tutela judicial efectiva, lo que protege es el derecho de la sociedad a mantenerse informada sobre un tema de interés público como es la Administración de Justicia.

El artículo 24 CE establece un derecho del justiciable, el derecho a un juicio público, pero hay ocasiones en que una publicidad excesiva no beneficia al supuesto titular de ese derecho, sino que por el contrario, lo perjudica.

Y el artículo 120.1 CE establece la publicidad como un principio estructural, por lo tanto la somete también a la recta administración de justicia, es decir, ordena que la justicia será pública en la medida en que esta publicidad no perjudique su recta administración.

De manera que la cuestión de publicidad procesal es un poco más compleja de lo que parece a primera vista y a esto se añade lo que creo que ya podemos calificar de mutación funcional del principio de publicidad procesal.

No quiero decir con ello que la publicidad procesal no siga cumpliendo la importantísima función que describieron los ilustrados, por supuesto que cualquiera de nosotros, si alguna vez estamos sometidos a la actuación de los tribunales de justicia, queremos que esas actuaciones se rijan por el principio de publicidad. Sigue siendo cierto lo que decía BECCARIA, la publicidad es el más firme freno contra la tiranía. Pero junto con esta función importantísima, la publicidad procesal ahora sirve también para dar cobertura a otros fenómenos. Las funciones de la publicidad procesal hoy en día no son solamente las que los ilustrados definieron.

Se ha llegado a decir que la publicidad procesal que en su momento fue el principio que humanizó el proceso, hoy en día es una de las más firmes amenazas contra la recta administración de justicia. Yo no comparto esa afirmación, no creo que deje de tener esa función que ha tenido y que consagra nuestra Constitución y que por tanto debemos de respetar, pero sí creo que convive con otras. Como ejemplos de esta mutación funcional me voy a referir a dos fenómenos que me interesa resaltar: la defensa mediática y el info-entretenimiento judicial que toma la justicia como espectáculo.

La defensa mediática

En primer lugar, tenemos la llamada defensa mediática. Hay un florecimiento de estrategias procesales de relación con los medios. Un buen ejemplo de este fenómeno lo trajo el conocido caso de la llamada "crisis del pepino". En el año 2011 hubo una epidemia de una bacteria, la *E. coli*, que en Alemania causó hasta 50 muertes. En una rueda de prensa, la ministra de sanidad del *Länder* de Hamburgo culpó directamente a los pepinos españoles importados por Alemania de haber sido la causa de esos problemas. Lo que nos interesa del caso son las declaraciones del gerente de Frunet, una cooperativa agrícola de la Axarquía malagueña que proveía toneladas de pepinos a Alemania y que vio que su prestigio se hundía cuando comenzó la crisis del pepino. Convocó a los medios y dijo: "Vamos a contratar a los mejores abogados y al mejor equipo de comunicación". Efectivamente, Frunet contrató a una empresa de comunicación especializada precisamente en gestionar la reputación pública de empresas en situación de crisis y desde luego no lo hicieron nada mal porque hace un año, en 2017, finalizó el proceso con una condena a Alemania que debió indemnizar a dos empresas españolas entre ellas Frunet, por las declaraciones de aquella ministra de sanidad.

Esta es la defensa mediática. Cada vez más los abogados no solamente tienen como tarea defender a sus clientes ante los tribunales, sino gestionar también su reputación pública, sobre todo en asuntos que tienen cierta trascendencia mediática. Pero el fenómeno de la defensa mediática no es privativo de los abogados. Las campañas de publicidad que hacen todos los operadores jurídicos de manera más o menos abierta, fuerzas de seguridad, fiscalía o incluso los

jueces, etc., es lo que está a la orden del día. El problema es que este fenómeno no tiene actualmente ninguna normativa que los regule de forma coordinada y sistemática. La actuación de los abogados ante los tribunales de justicia, por ejemplo, se encuentra regulada prácticamente al detalle, pero la defensa mediática, no solo de abogados sino de todos los operadores jurídicos, está totalmente ayuna de regulación en nuestro país.

Yo, modestamente, hago una propuesta que se basa en la jurisprudencia que ya tenemos de nuestro Tribunal Constitucional que sí se ha referido a la libertad de expresión en el ejercicio de la defensa letrada, pero lo ha hecho de un modo muy restrictivo, básicamente para referirse en exclusiva al régimen jurídico de la libertad de expresión de los abogados en el ejercicio de la defensa letrada ante en los tribunales, y sus límites con respecto al debido respeto al resto de las partes o a los jueces. Deberíamos aprovechar esa jurisprudencia para configurar, con carácter más amplio, un nuevo régimen jurídico para la libertad de expresión forense, entendiendo por tal la que ejercen no sólo los abogados, sino todos los operadores jurídicos, y con base en la misma abordar la regulación del fenómeno de la defensa mediática.

El info-entrenamiento judicial: el *show* de la justicia.

El segundo gran ejemplo, a mi juicio, de la mutación funcional del principio de publicidad procesal, viene dado por lo que podríamos llamar la justicia como espectáculo o el info-entrenamiento judicial.

Sobre esto no creo que sea necesario darles a ustedes muchos datos, comprobamos a diario como la justicia se ha convertido en una fuente de entretenimiento en los medios de comunicación, de una manera exponencial. Me gustaría solamente citar, no ejemplos, sino algunos conceptos que nos pueden ayudar a abordar desde un punto de vista teórico el fenómeno del que estamos hablando.

En primer lugar, la expresión "transparencia deslumbrante". Es un término que encontramos en el libro *La sociedad de la transparencia* de Byung-Chul HAN, uno de los filósofos contemporáneos más interesantes. En ese libro, cuya lectura les recomiendo, el autor desmenuza la idea de la transparencia como principio básico que deben respetar los poderes públicos. No es que la niegue, sino que alerta de que un exceso de transparencia puede deslumbrar. La sociedad de la transparencia produce varios fenómenos, los más relacionados con el mundo de la administración de justicia serían dos que él describe como la simplificación y la aceleración. El primer precio que se paga por hacer todo transparente es simplificar todo, no hay nada más complicado que un procedimiento judicial, pero si lo queremos hacer transparente, forzosamente tenderemos a simplificarlo. Lo segundo es acelerarlo: la transparencia no admite el *tempo* propio de la administración de justicia, sino que tiene que aspirar a la inmediatez que produce como efecto que la información, pretendidamente transparente, no solo falsee la realidad sino que a veces la oculte.

Un segundo elemento por considerar sería la conversión de nuestra sociedad en una *civilización del espectáculo*, este es el título de un reciente libro de Mario VARGAS LLOSA. En él describe un fenómeno que a ninguno de los presentes le es desconocido, que es el de la *tabloidización* de los medios de comunicación, cómo cada vez más la información va hacia el amarillismo, el sensacionalismo, el morbo, etc. Evidentemente, la información sobre procesos judiciales no escapa a esta tendencia.

Finalmente me gustaría resaltar la idea de Internet como una "cámara de resonancia a medida". La expresión es de Cass SUNSTEIN, catedrático de la Universidad de Harvard, que entre sus obras tiene una, traducida al castellano como *Rumorología*, en la que describe cómo Internet actúa como una cámara de resonancia a la medida de cada uno, en la que cada vez más nos comunicamos y nos relacionamos solamente con aquellos que piensan como nosotros. Esto constituye un caldo de cultivo que contribuye a crear una cascada continua de incremento de rumores y a la proliferación de *fake news*. Construimos nichos de realidad en los que nos movemos e interactuamos, en una búsqueda involuntaria de noticias y opiniones que no nos produzcan disonancia cognitiva, pues todos intentamos inconscientemente evitar la información que contradice nuestras ideas preconcebidas. Por eso dice SUNSTEIN que en Internet podremos encontrar siempre todo lo que necesario para confirmar nuestros propios prejuicios, sean estos cuales sean, que pueden ir desde la creencia en que la Tierra es plana, hasta en la culpabilidad absoluta de una persona sobre la que todavía no ha caído una sentencia que descarte su inocencia.

En este contexto, ¿cómo regular el info-entretenimiento judicial? Aquí entramos en un terreno más delicado, siempre que hablamos de regular la libertad de expresión es terreno delicado, pero creo que habría que partir de la posición no preferencial del info-entretenimiento en nuestro ordenamiento jurídico. La libertad de expresión es uno de nuestros más preciados bienes, de nuestros derechos más protegidos, pero en todas las jurisdicciones del mundo hay diferentes escalas de protección, hay lenguajes que están más protegidos y lenguajes que no tiene protección preferencial. El info-entretenimiento judicial debería estar en esa segunda categoría.

Finalmente, habría que regular de nuevo el secreto en los asuntos *sub iúdice*. Una sociedad madura tiene que reflexionar sobre el hecho de que el secreto del sumario en nuestro país sea una norma completamente en desuso y que la investigación judicial, que tiene una fase previa que debe estar rodeada por el secreto, o al menos, por la discreción, prácticamente se haga hoy cara al público desde el primer momento. Esta situación también merece alguna reflexión por nuestra parte.

Muchas gracias a todos por su atención.