

ALGUNOS ASPECTOS DE LA ACTUACIÓN POLICIAL EN EL CON- TEXTO DE LA DIRECTIVA 2016/343 DE 9 DE MARZO

Jesús Miguel HERNÁNDEZ GALILEA
Universidad de Oviedo

Resumen: La ampliación del contenido de la presunción de inocencia realizada por la Directiva 2016/343/UE, no obliga a cambios legislativos en nuestro proceso penal, que pasa sobradamente el examen de homologación según los estándares europeos. Pero esa expansión del contenido pone de relieve la falta de atención que ha habido hasta ahora sobre ciertos aspectos estrechamente conectados con la presunción de inocencia como los despliegues policiales para la práctica de detenciones o registros, los traslados de los detenidos, la aplicación de medidas de contención por los cuerpos de seguridad o la exposición a los medios de comunicación. Falta de atención que conlleva una ausencia de criterios sobre las circunstancias tales intervenciones son adecuadas. Lo cual es grave, teniendo en cuenta que, en muchos casos, pueden ser más aflictivas para el investigado que la propia sentencia, aunque sea condenatoria.

Para conseguir una adecuada protección de estos aspectos de la presunción de inocencia se subraya en el artículo la importancia de aplicar las normas vigentes que en las propias leyes procesales establecen la protección de estos derechos y, también partiendo de la normativa vigente y la jurisprudencia relacionada con ella, establecer con claridad quién debe decidir en cada caso sobre la adopción o no de estas medidas. En el fondo late la necesidad de reconocer con sinceridad el peso real que tiene la intervención policial en la investigación criminal.

Palabras clave: Proceso Penal, Actuación policial, presunción de inocencia, derecho al honor, despliegue policiales, grilletes, exposición a los medios, Directiva (EU) 2016/343.

Summary: The enlargement of the meaning of the presumption of innocence in the Directive 2016/343/eu will not make necessary to introduce reforms into the Spanish criminal procedure, which is amply complying with the European criteria of due process of law. But in the light of the new Directive's concept it can be seen the lack of concern about certain aspects of police actuations, closely connected with the presumption of innocence. One symptom of this is the absence of regulation about measures like prep-walks, raids, handcuffs, mass-media exposures, etc., and the consequent lack of criteria about the circumstances in which they may be appropriate. The important of this is evident, especially when these measures may be in many cases more afflictive than judgment itself.

To overcome those deficiencies, the author underlines the importance to recognize and incorporate to the legal norm the true role of police intervention in the criminal investigation. And furthermore on the basis of the law nowadays in force and the case law related with it, it will be necessary to establish clearly who should decide in each case about the adoption or not of these measures.

Key Words: Criminal Procedure, Police intervention, presumption of innocence, privacy, raids, handcuffs, Mass media exposure.

Sumario: 1. La ampliación del contenido de la presunción de inocencia en la Directiva 2016/343. 2. Actuaciones policiales relacionadas con la nueva presunción de inocencia. 2.1. La detención. 2.2. La utilización de grilletes y la exposición de los detenidos ante los medios de comunicación. 2.3. La divulgación información sobre los sospechosos. 3. Algunos viejos preceptos que adquieren nuevo brillo. 4. Conclusión. Referencias bibliográficas.

1. LA AMPLIACIÓN DEL CONTENIDO DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN LA DIRECTIVA 2016/343

Hasta ahora el derecho a la presunción de inocencia ha tenido dos acepciones que convivían pacíficamente. Por un lado, está la acepción estricta, procesal, con trascendencia en el enjuiciamiento considerada como parte integrante del derecho al proceso con todas las garantías en el ámbito penal y confinada en el momento de la emisión del juicio jurisdiccional. Por otra, una acepción genérica, utilizada tanto en el ámbito jurídico como en los medios de comunicación y el lenguaje común, que distinguía, de cara a las informaciones o declaraciones sobre las personas, la existencia o no de una sentencia condenatoria¹. La propia Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio (en adelante la Directiva), que estamos comentando, en su artículo 1º propicia esta concepción amplia del derecho a la presunción de inocencia.

En el supuesto de la acepción técnica-procesal la infracción del derecho a la presunción de inocencia sólo se producía cuando el juez o tribunal dictaba sentencia condenatoria sin que existiera una prueba de cargo mínima. En el segundo, a parte de las posibles reprobaciones a la autoridad o medio que no respetaba esa diferencia entre el condenado y el que no lo estaba, existía y existe la posibilidad de ejercitar acciones legales, de rectificación o indemnización. Este esquema se puede decir que ha cambiado con la Directiva 2016/343 que amplía la presunción de inocencia incluyendo en su contenido, además de la acepción estricta referida al enjuiciamiento, otros aspectos que hasta ahora quedaban encuadrados exclusivamente dentro del derecho al honor o a la propia imagen.

En nuestro ordenamiento el derecho a la presunción de inocencia aparece mencionado dentro del artículo 24 de la Constitución Española, referido al derecho a la tutela judicial efectiva. Su contenido ha sido perfilado a través de la doctrina del Tribunal Constitucional que a partir de la STC 31/1981 de 28 de julio y sus sucesivas aclaraciones, ha dejado establecido que el derecho fundamental a la presunción de inocencia despliega sus efectos esencialmente sobre el enjuiciamiento, la valoración probatoria inherente y las garantías asociadas. La incorporación legislativa de esta jurisprudencia constitucional se observa especialmente en el marco de las causas con jurado en el art. 846 bis c) de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y en el art. 70 de la Ley orgánica del Tribunal del Jurado. Esa línea de jurisprudencia constitucional y legislativa es plenamente acorde con las referencias de la Directiva al derecho al silencio o a no declarar contra uno mismo (art. 7) o a las reglas de carga de la prueba (art. 6).

No obstante, la Directiva abre una nueva perspectiva del derecho a la presunción de inocencia al conectar ese derecho fundamental con las informacio-

¹ Vid sobre esto, ampliamente Nieva Fenoll, Jordi (2016) “La razón de ser de la presunción de inocencia” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº 1. *passim*. Un análisis exhaustivo de las fuentes normativas internacionales puede encontrarse en Martín Diz, Fernando (2011) “Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea” *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº. 18, págs. 142 y ss. En relación con la directiva que estamos comentando vid. tb. Villamarín López, María Luisa (2017) “La Directiva Europea 343/2016, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio” *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3. págs. 14 y ss.

nes sobre los procesos o la presentación del sospechoso o acusado en los arts. 4 y 5. No se trata, desde luego de una novedad en sentido estricto, pues como acabamos de comentar, la relación entre la presunción de inocencia y el tratamiento de la información sobre una persona investigada o acusada, o el modo en que es presentada ante los tribunales o en público, está generalmente aceptada. Lo cierto es, sin embargo, que hasta ahora, en la ciencia jurídica y específicamente en el ámbito procesal, se ha venido entendiendo que se trataba de ámbitos pertenecientes a derechos fundamentales diferentes como el derecho al honor o a la propia imagen mientras que se reservaba para la presunción de inocencia ese contenido más técnico, restringido al enjuiciamiento².

La conexión que establece la Directiva entre ambos aspectos exige un análisis dogmático cuidadoso pues, en el ámbito procesal –especialmente en el ámbito procesal penal–, la posible infracción de derechos fundamentales es siempre una cuestión extremadamente delicada³ y por ello será preciso clarificar cuáles serían las consecuencias de su violación. La infracción del derecho a la presunción de inocencia entendida en sentido estricto, como lo ha sido hasta ahora, conlleva, de ser admitida en el recurso, la revocación de la sentencia y en la mayoría de los casos a la absolución del recurrente pues, tratándose de un defecto cometido en la propia sentencia, no obliga a retrotraer las actuaciones y permite al tribunal del recurso dictar una nueva. Una consecuencia tan contundente es explicable porque la observancia de este derecho fundamental está en el núcleo del enjuiciamiento penal.

Ahora bien, no parece que toda esa doctrina se pueda trasladar sin más a los aspectos añadidos por la Directiva al contenido de este derecho entre otras razones porque se compone de elementos muy heterogéneos y no todos, ni en todos los casos, influyen en el enjuiciamiento. Y, desde luego, ninguno de modo tan incisivo como la "ausencia de una prueba de cargo mínima". Por mucho que se consideren incluidas en el contenido del mismo derecho fundamental no parece que deban tener las mismas consecuencias la condena sin una prueba de cargo mínima que la utilización injustificada de grilletes. Según nuestra jurisprudencia lo primero daría lugar a la rescisión de la sentencia, pero no así lo segundo que generaría en todo caso derecho a recibir una indemnización u otro tipo de reparación.

Por ello, sin perjuicio de la necesidad de un estudio más profundo, se puede entrever la necesidad de distinguir, dentro del derecho a la presunción de inocencia, entre las infracciones *que afectan al enjuiciamiento* y las que afectan al *derecho al honor y a la propia imagen*. Las primeras serían infracciones procesales, protegidas por el derecho a un proceso debido, y podrían provocar la revocación de la sentencia o, en último caso, su rescisión. Las segundas, aunque se entiendan comprendidas en el derecho a la presunción de inocencia, seguirían estando relacionadas con otros derechos fundamentales y en principio no tendrían efectos en el enjuiciamiento, salvo que se dieran circunstancias especiales. La reparación de la infracción en ese caso sería por medio de condenas de hacer o no hacer o de indemnizar, pero fuera del proceso en el que se cometió la infracción. Así cabe deducirlo de la propia Directiva que, si bien impone a los estados el deber de

² Cfr. Muerza Esparza, Julio J. (2016) *Actualidad Jurídica Aranzadi* num. 919. Tribuna. Editorial

³ Especialmente desde la reforma del art. 241 de la LOPJ operada por la Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo. Ref. BOE-A-2007-10483, que menciona hace una mención genérica a los derechos fundamentales del art. 53 de la Constitución española dentro del incidente de nulidad.

garantizar mecanismos de impugnación adecuados, sólo lo hace en relación con los supuestos relativos pruebas obtenidas ilícitamente o en contra del derecho a no declarar contra uno mismo (su art. 10).

2. ACTUACIONES POLICIALES RELACIONADAS CON LA NUEVA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

En este nuevo marco de la presunción de inocencia extendida, casi se puede decir que coincidente con el que comúnmente se le asigna, existen determinadas actuaciones policiales o relacionadas con ellas, que adquieren una particular relevancia. He seleccionado para esta comunicación algunas de las que pueden ser más problemáticas pues, si es cierto que la actuación policial en nuestro país tiene un grado de respeto a la legalidad que pocos países superan, existen determinados aspectos colaterales que deben ser reconsiderados a la luz de la Directiva, sin que a mi juicio sea estrictamente necesaria ninguna modificación legal, pues como veremos, las normas existentes al respecto, aunque escuetas, son suficientemente explícitas como para servir de criterio de actuación y constituir la base de una sólida doctrina jurisprudencial acorde con la Directiva.

2.1. La detención

La excepcionalidad de la detención, que tiene su fundamento en la propia Constitución Española, está perfectamente asentada. Sin embargo, puede observarse un cierto descuido respecto al modo y lugar de practicarse –descuido extensible también a otras diligencias de investigación potencialmente infamantes– que ha acabado por hacer pasar como usuales modos de actuar que en absoluto deberían serlo: porque no siempre son necesarios y afectan gravemente a la presunción de inocencia en este sentido amplio que estamos viendo. La propia aplicación que se viene haciendo de los criterios constitucionales, eminentemente restrictivos, sobre los casos en los que procede la detención debería ser objeto de examen.

Las circunstancias en que se produce una detención cumpliendo los presupuestos constitucionales y legales son variadísimas. En algunos casos la detención conlleva un riesgo, incluso grave, para la vida o integridad física de los agentes que intervienen o de terceros, como sucede en los delitos violentos flagrantes o en grado de tentativa. En estas situaciones lo único exigible a los agentes es profesionalidad, pues deben tomar las decisiones que procedan dentro de su función de prevención o persecución guiados por criterios de ciencia policial y no parece que las leyes procesales deban penetrar en ese campo.

Pero en otros muchos casos la decisión sobre la práctica de la detención, el lugar y los detalles, se toman de forma meditada y sin ningún tipo de presión o riesgo. En la mayoría de las ocasiones cuando la decisión procede del Juez de Instrucción o del Fiscal se limita a ordenarla dejando en manos de la Policía Judicial los detalles de su ejecución. Y es en ese terreno de los pormenores donde la Directiva puede ser decisiva para una nueva cultura o sensibilidad y unas nuevas exigencias para la actuación policial.

No se trata tanto de coartar o reglamentar casuísticamente la actuación de la policía judicial, que ya tiene suficientes complicaciones por sí misma, como de resaltar la importancia de estos aspectos y, por tanto, la necesidad de que las decisiones que se tomen sobre ellos estén justificadas y se sepa con claridad quién

tiene competencia para tomarlas y responder en su caso de los motivos que han llevado a hacerlo.

Una operación policial puede exigir p. ej. la detención simultánea de varias personas para evitar que la comunicación entre ellos provoque la fuga de algunos o la destrucción de fuentes de prueba. Qué duda cabe que en ese caso está justificada la adopción de los medios que sean necesarios para conseguirlo. Pero cuando no existen ese tipo de riesgos, la detención de una persona para que preste declaración, si puede comparecer por su propia voluntad en las dependencias policiales, no estaría justificada. Y menos aún si se hace con un despliegue de medios desproporcionado; o, pudiendo elegir diversos lugares, se elige para practicar la detención aquél en el que presumiblemente tendrá mayor publicidad, como el banquete de una boda o la celebración de una conferencia. La decisión sobre los pormenores de la detención debe estar justificada y no puede estar supeditada a criterios diferentes de la efectividad de la acción policial y la seguridad de los agentes y terceros.

2.2. La utilización de grilletes y la exposición de los detenidos ante los medios de comunicación

Más llamativa aún es la casi nula atención que merece en nuestro país la utilización de grilletes en la detención y traslado de los detenidos tratándose, como sucede en realidad, de una acción que en sí misma constituye un trato inhumano y degradante⁴, que entra claramente dentro de lo que la Directiva considera actos lesivos para la presunción de inocencia. Se trata de una desatención o falta de sensibilidad que es común a muchos otros países⁵. El art. 549 de la Ley Orgánica del Poder judicial parece dejar bien claro que las medidas de coerción deben ser ordenadas la autoridad Judicial o Fiscal⁶. Por su parte el art. Artículo 525 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que no se adoptará contra el detenido o preso ninguna medida extraordinaria de seguridad sino en caso de desobediencia, de violencia o de rebelión, o cuando haya intentado o hecho preparativos para fugarse, añadiendo que la medida deberá ser temporal, y sólo subsistirá el tiempo estrictamente necesario. Existen también una insuficientes y poco útiles referencias realizadas al respecto en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad⁷. De todos modos, sean más o menos perfectibles o esca-

⁴ Cfr. arts. 1, 2 y 11 del Convenio contra la tortura y otros tratos crueles inhumanos o degradantes. Nueva York, 10 diciembre de 1984. Ratificado por España el 21 Oct 1987 <http://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?lang=en>. E igualmente en el art. 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos

⁵ Cfr. Henstock, Darren; Ariel, Barak. (2017) "Testing the effects of police body-worn cameras on use of force during arrests: A randomised controlled trial in a large British police force". *European Journal of Criminology*, p. 147. En su estudio analiza el muy significativo descenso de engrilletamientos cuando se utiliza la cámara incorporada.

⁶ Muestra su extrañeza Goyena Huerta, Jaime (2005) "Las intervenciones corporales coercitivas" *Actualidad jurídica Aranzadi*, N° 695, pág. 3 respecto a la contundencia con la que se incluye en un texto procesal aplicable a todos los órdenes jurisdiccionales una previsión de este tipo cuando tanta cautela ha habido hasta ahora con la regulación de las intervenciones corporales.

⁷ Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Considerada en general insuficiente para regular con precisión y utilidad ara los propios agentes los criterios de actuación. En cuyo art. 3º se hace referencia a que, en el tratamiento de detenidos, velarán por la vida e integridad física de las personas a quienes detuvieren o que se encuentren bajo su custodia y respetarán el honor y la dignidad de las personas.

sas, lo cierto es que la decisión sobre el engrilletamiento de una persona no debe ser considerado un acto rutinario ni vinculado necesariamente a la detención, sino una decisión grave, que debe ser tomada con una justificación clara. Justificación que se presume en casos como los mencionados en el apartado anterior, en los que la peligrosidad del sujeto que está siendo detenido o trasladado es evidente: por el delito cometido, por la resistencia opuesta a la detención o por ser sospechoso de formar parte de algún grupo terrorista o dedicado al crimen organizado.

Salvo esa referencia de la Ley Orgánica del Poder judicial y la que se hace en la regulación específica para los menores detenidos⁸ en la que se especifica que el aseguramiento físico de los menores detenidos se llevará a cabo en los casos en que sea estrictamente necesario y como medida proporcional de seguridad para el propio menor detenido y los funcionarios actuantes, cuando no sea posible otro medio de contención física del menor, no he encontrado ningún criterio sobre el uso de los grilletes, ni jurisprudencia al respecto exceptuando alguna sentencia aislada relativa a las lesiones que se han producido por su uso⁹. Tampoco es muy extensa la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos humanos, aunque si los suficiente para considerar que no se trata de un asunto de menor importancia¹⁰. Un delito no violento de una persona sin antecedentes por delitos violentos no debería dar lugar a la utilización de grilletes salvo en casos muy concretos, debiendo quedar claro en todo caso quién ha decidido su uso y los motivos por los que se ha hecho. Así creo que debe entenderse el apartado 2 del art. 5 de la Directiva que condiciona la utilización de medios de coerción física a la necesidad por motivos del caso específico, relacionados con la seguridad o la necesidad de evitar que los sospechosos o acusados se fuguen o entren en contacto con terceras personas.

Lo mismo puede decirse de la exposición innecesaria de los detenidos ante los medios llevados del brazo o introducidos en furgones de traslado de presos cuando no existe necesidad. El *paseillo –prep-walk* en terminología inglesa– no está justificado si puede evitarse, pues el investigado o acusado no tiene por qué soportar otras penas que las establecida por la Ley, entre las que no está su exhibición ante los medios. Si bien es cierto que en este punto la Directiva en su art. 5 une la exhibición como culpable a la utilización de medios de coerción todos los paseillos se llevan a cabo en contra de la voluntad del conducido que si pudiera llegaría de otro modo o por otro sitio. Por ello, entiendo que es también aplicable

⁸ Art. 2 del Reglamento de Responsabilidad Penal de los Menores Real Decreto 1774/2004, de 30 julio RCL\2004\1935 relativo a la actuación de la Policía Judicial.

⁹ Tribunal Supremo (Sala Segunda) Sentencia: nº 256/2006 de fecha 10/02/2006 que puede ser una muestra del umbral de acostumbramiento a la falta de control sobre las condiciones y justificación de la decisión de colocar los grilletes. En ella se examinan los resultados lesivos causados por la aplicación de los grilletes por parte de miembros de la policía local a un detenido que el Tribunal Supremo rebaja de delito a falta de lesiones, pero sin aportar los criterios sobre las condiciones de uso legítimo que hubieran sido tan oportunos.

¹⁰ Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 5ª) Caso *Duval c. Francia*. Sentencia de 26 mayo 2011. JUR 2011\175013. Existen algunos documentos internacionales que tratan de concretar estos criterios. Vid- p. ej. Los Principios Básicos sobre el Empleo de la Fuerza y de Armas de Fuego por los Funcionarios Encargados de Hacer Cumplir la Ley Adoptados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990 cuyo regla 15 dice que “Los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, en sus relaciones con las personas bajo custodia o detenidas, no emplearán la fuerza, salvo cuando sea estrictamente necesario para mantener la seguridad y el orden en los establecimientos o cuando corra peligro la integridad física de las personas”.

a este caso. Y, cuando no haya otra posibilidad –porque deba reconocerse un terreno, o hacerse un registro–deberían tomarse las medidas razonables para evitar la toma de imágenes. No por limitación del derecho a la información, sino porque lo exige la presunción de inocencia y la propia labor de investigación. La casuística es compleja y el tema muy delicado y por ello el considerando 19 de la exposición de motivos de la Directiva deja expresamente aparte el Derecho nacional en materia de protección de la libertad de prensa y otros medios de comunicación¹¹.

2.3. La divulgación información sobre los sospechosos

En su intento por homologar las regulaciones de los distintos países, la Directiva establece como mínimo exigible la obligación de los estados de “garantizar que, mientras no se haya probado la culpabilidad de un sospechoso o acusado con arreglo a la ley, las declaraciones públicas efectuadas por las autoridades y las resoluciones judiciales que no sean de condena no se refieran a esa persona como culpable”¹².

Tomado literalmente se puede decir que se trata de un deber que se cumple en nuestro país, aunque en ocasiones ese cumplimiento parezca haberse reducido a la utilización del adjetivo “presunto” junto nombre o a las iniciales de la persona identificada como sospechoso de haber participado en un hecho delictivo. Con ello se crea la apariencia de que se trata de una cuestión meramente terminológica o formal pero no parece que sea esa la finalidad de la Directiva. La cuestión que debe plantearse creo que es hasta qué punto la difusión de información por las autoridades relacionadas con la investigación y el modo de hacerlo puede inducir a personas ajenas al proceso a pensar que ya existe constancia de su participación en los hechos.

Desde luego hay determinados supuestos, que la propia Directiva¹³, en los que la divulgación de información constituye un mecanismo más de investigación, como cuando se trata de obtener la colaboración ciudadana para la identificar o localizar a un sospechoso. En esos supuestos la divulgación de imágenes de la comisión del delito o del *retrato robot* obtenido a partir de testimonios, etc. no constituyen violaciones del derecho a la presunción de inocencia pues “la obligación de no referirse a los sospechosos o acusados como culpables no impedirá a las autoridades públicas divulgar información sobre el proceso penal cuando sea estrictamente necesario por motivos relacionados con la investigación penal o el interés público”¹⁴.

Ahora bien, en lo que se refiere a la información sobre procesos penales, hay actuaciones a las que, a pesar de su evidente ilicitud, no se presta apenas

¹¹ Vid. sobre esto, ampliamente, Leturia Infante, Francisco J. *La actividad judicial...* cit. págs. 439 y ss.

¹² Art. 4 de la Directiva

¹³ Cfr. Ap. 3 del art. 4.

¹⁴ Cfr. ap. 3 del art. 4 de la Directiva. La exposición de motivos de la directiva cita como ejemplos en el n. (9) los supuestos en que “por razones de seguridad, se facilita información a los habitantes de una zona afectada por una presunta infracción penal contra el medio ambiente, o cuando el ministerio fiscal u otra autoridad competente facilita información objetiva sobre el estado de la causa penal con el fin de evitar alteraciones del orden público. El recurso a este tipo de motivos debería limitarse a situaciones en las que resulte razonable y proporcionado, teniendo en cuenta todos los intereses. En cualquier caso, la forma y el contexto en que se divulgue la información no deben crear la impresión de que la persona es culpable antes de que su culpabilidad haya sido probada con arreglo a la ley”.

atención y que deberían ser revisadas a la luz de la Directiva. Es lo que ocurre con la divulgación de información –incluso imágenes o grabaciones audiovisuales– de detenciones o diligencias de investigación, como la entrada y registro en un determinado lugar, la declaración ante el juez o la policía de un testigo o del propio investigado, etc.

Hay dos aspectos diferentes implicados en los supuestos que acabo de mencionar. Por un lado, el derecho a la difusión de información, que no puede ser limitado injustificadamente. Por otro, la necesidad de respetar las disposiciones legales que protegen el desarrollo de la investigación, la presunción de inocencia y el derecho al honor y a la intimidad de las víctimas y testigos.

Por lo que respecta al primero de ellos, esto es, la adecuada armonía entre el derecho a la libre difusión de información y los derechos al honor, intimidad y propia imagen, se trata de una materia que ha dado lugar a una abundantísima jurisprudencia tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo. Con la imprecisión inevitable en una síntesis de este tipo se puede decir que la doctrina sentada al respecto otorga claramente preponderancia al derecho a la libre difusión de información. Así, por lo que se refiere al derecho a la propia imagen, basta con que la información sea de interés general, veraz y no vejatoria¹⁵ para que no exista intromisión ilegítima. Y, cuando se trata de informaciones policiales o judiciales, ese interés general se presume y se extiende referido a “cuantos datos o hechos novedosos puedan ir descubriéndose por las más diversas vías, en el curso de las investigaciones dirigidas al esclarecimiento de su autoría, causas y circunstancias del hecho delictivo, lo que desde luego comprende el seguimiento puntual de la fase de instrucción penal y de la ulterior de juicio oral, incluyendo la cobertura de las sesiones del mismo en casos de delitos tan graves y de tanta trascendencia mediática”¹⁶. La veracidad vendría determinada por “el resultado de una razonable diligencia por parte del informador para contrastar la noticia de acuerdo con pautas profesionales ajustándose a las circunstancias del caso, aun cuando la información, con el transcurso del tiempo, puede más adelante ser desmentida o no resultar confirmada. El requisito de la veracidad no empece que la total exactitud de la noticia pueda ser controvertida o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado”, etc.¹⁷.

Esta doctrina jurisprudencial, favorable al derecho a la difusión de información, podría llevar a concluir que la información sobre actuaciones judiciales, sean del tipo que sean, tienen el mismo tratamiento que cualquier otra clase de información. Pero eso no es lo que se deduce de la regulación legal. La Ley de Enjuiciamiento Criminal en su art. 301 dispone que las actuaciones sumariales serán reservadas –lo que se conoce como *secreto de primer grado*– y establece una sanción disciplinaria para abogados y procuradores que lo infrinjan, sin perjuicio de la responsabilidad penal en que puedan incurrir. Por su parte el art. 302 permite al juez instructor motivadamente decretar el secreto del sumario para las propias partes intervinientes, exceptuando al Ministerio Fiscal, por un plazo de-

¹⁵Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 80/2017 de 13 febrero. RJ 2017\417

¹⁶ Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) Sentencia núm. 426/2017 de 6 julio. RJ 2017\3194. Vid igualmente Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección1ª) Auto de 7 noviembre 2014. JUR 2014\284067

¹⁷ Vid. STS Núm. 812/2010 de 29 de noviembre RJ 2011\1778, que remite a su vez, entre otras, a la STC 139/2007 (RTC 2007, 139).

terminado –lo que se conoce como *secreto de segundo grado*–. La vulneración de ambos está tipificada en los arts. 415-418 y 466 del Código Penal¹⁸.

La reserva de las actuaciones sumariales, además de ser necesaria para la eficacia de las investigaciones lo es para preservar la presunción de inocencia en el sentido de la nueva directiva. Y, puesto que se especifica que es un derecho que existe desde el primer momento, deberá modificarse el criterio jurisprudencial que limita la reserva a las actuaciones judicializadas.

La confianza de la sociedad en la justicia exige el cumplimiento de esas normas por los operadores jurídicos y los medios de comunicación pues son esenciales para su correcto funcionamiento. La presencia en los medios de comunicación de diligencias que no deberían haber trascendido o la divulgación de actuaciones reservadas dice muy poco de la profesionalidad de los funcionarios y profesionales de la justicia. Evidentemente en situaciones como la de un atentado terrorista, una explosión, delitos flagrantes, etc., no sólo es inevitable la presencia de los medios de comunicación, sino que es deber de los medios estar presentes e informar y sería absurdo intentar limitar esa labor. No obstante, incluso en esos casos, la profesionalidad de los comunicadores debe llevarles a discernir las informaciones que pueden dificultar la labor policial o poner en peligro a quienes intervienen en ella. Una labor de comunicación pública eficiente de las brigadas de policía judicial y del Ministerio Fiscal una vez judicializada la investigación, debería ser el medio usual de obtención de información en esta fase del proceso. Información que deberá ser respetuosa con la presunción de inocencia y con la reserva legalmente prevista.

Sin embargo, es un hecho que diariamente se divulga información relativa a diligencias de investigación con la más absoluta impunidad desdibujando la peculiaridad de la información sobre asuntos *sub iudice*, especialmente en el orden penal, en cuanto pueden afectar a la presunción de inocencia en sentido amplio o incluso estricto en causas con jurado¹⁹. La permisividad de nuestros tribunales con estas infracciones cuando existe una finalidad informativa y por tanto son un ejercicio del derecho a la libertad de información ha llegado a convertir la normativa procesal y penal prácticamente en *papel mojado*. Una explicación de esta actitud podría encontrarse en la propia generalización del fenómeno que daría lugar a una especie de *error de prohibición colectivo*²⁰ que ha servido para asentar una doctrina que, en el fondo, hace inocua la previsión legal de reserva de las actuaciones del sumario y no demasiado importante la declaración de secreto pues, incluso en aquellos casos en los que las filtraciones han obligado a adelantar operaciones policiales en curso, se ha puesto muy poco interés en averiguar su procedencia.

¹⁸ Cfr. un desarrollo de esto y cita jurisprudencial en la Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Civil y Penal, Sección1ª). Auto de 14 octubre 2005. JUR 2005\266833.

¹⁹ Vid. al respecto Leturia Infante, Francisco J. (2015) *La actividad judicial y el derecho a un juicio justo frente a la libertad de expresión. Análisis de los desafíos impuestos desde el constitucionalismo contemporáneo*. Universidad de Salamanca, págs. 606 y ss. Acceso abierto en: GREDOS

²⁰ Quizá contribuyó a ello, sin pretenderlo, la sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985 de 31 de enero RTC 1985\13STC, dictada en un asunto muy peculiar, que traía a la memoria la censura de prensa, en el que la advertencia de que se había producido una filtración llevó al juez a prohibir la publicación de información, cosa que la sentencia considera inadmisibles. Cfr. Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) 1020/1995 de 19 octubre. RJ 1995\7722 que cita a su vez la mencionada del Tribunal Constitucional, doctrina matizada en la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección1ª) núm. 80/2017 de 13 febrero. RJ 2017\417.

La Directiva viene a renovar la vigencia de nuestras disposiciones legales y se puede decir que lo hace en perfecta concordancia con la mayor sensibilidad que existe actualmente al respecto ante la posibilidad de que cualquier persona pueda convertirse en comunicador de masas a través de las redes de comunicación. Podría decirse que la Directiva muestra que las previsiones legales sobre la reserva de las actuaciones están hoy más justificadas que nunca tanto para salvaguardar la eficacia de la investigación como para proteger a los intervinientes y en concreto, a la luz de la Directiva, la presunción de inocencia de los sospechosos.

3. ALGUNOS VIEJOS PRECEPTOS QUE ADQUIEREN NUEVO BRILLO

El denominador común de todas estas es la escasa atención que reciben y el acostumbramiento generalizado a un modo de actuar que está en contradicción con lo que la Directiva pretende. Ahora bien, las normas están ahí: son escuetas, puede discutirse si deberían ser más precisas, pero existen y no parece que la trasposición de la Directiva exija ningún cambio. Es más, la experiencia de las recientes modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal hace preferible evitarlas pues puede acabar convirtiéndose en una especie de manual desordenado, incompleto y malo de investigación criminal, con la consiguiente confusión de planos y un mayor peligro de obsolescencia prematura.

Me parece respetable que se sostenga la necesidad de introducir modificaciones legislativas en alguno de estos aspectos como las que existen en otros países. Pero con independencia de ello lo que puede y debe hacerse sin demora es aplicar la normativa vigente y redescubrir los preceptos legales que a pesar de su laconismo contienen una riqueza que puede muy bien servir de base para una articulada y sensata jurisprudencia.

Así sucede con el primer párrafo del art. 520 Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece que la detención y la prisión provisional deberán practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio. Quienes acuerden la medida y los encargados de practicarla, así como de los traslados ulteriores, velarán por los derechos constitucionales al honor, intimidad e imagen de aquéllos, con respeto al derecho fundamental a la libertad de información. Parece difícil superar en claridad y concreción lo que ahí se dispone y no cabe duda de que cumpliéndolo se evitarían prácticas de justicia efectista que, aunque tengan la intención de escarmiento y evitación de la sensación de impunidad, pueden provocar, precisamente por el momento en el que se producen y la distancia temporal respecto a la decisión definitiva, la condena anticipada de quien puede ser finalmente absuelto²¹. Lo mismo sucede con los mencionados preceptos relativos a la reserva de las actuaciones, sin que pueda servir de excusa que las partes tienen acceso a esa documentación pues es a ellas, además de a los funcionarios, a obliga la reserva.

²¹ Un ejemplo ilustrativo de esto puede encontrarse en MACIÁ BARBER, CARLOS (2012) “Presunción de inocencia y deontología periodística: el ‘caso Aitana’” *Revista Latina de comunicación social*, Nº. 67, 2. Acceso abierto.

4. CONCLUSIÓN

Como ya he comentado en otro lado²², la lectura de la Directiva provoca una cierta satisfacción sobre el nivel de adecuación de nuestra legislación procesal penal, que supera con nota los estándares mínimos requeridos. Igualmente notoria es la rectitud con la que de manera generalizada actúan nuestras fuerzas del orden, manifestada, entre otras cosas, en el grado de confianza que los ciudadanos muestran en las encuestas. El número de miembros de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y de la multitud de actuaciones que llevan a cabo, así como las circunstancias en las que muchas de ellas se producen hacen imposible la ausencia total de imprudencias, irregularidades o incluso la existencia de casos de actividad abusiva o incluso delictiva, pero se trata de supuestos aislados y adecuadamente perseguidos.

Otra cosa es la ausencia de una cultura que dé importancia a éstas y algunas otras cuestiones que, sin pertenecer al núcleo de la materia procesal penal, están estrechamente ligadas a ellas y que, con ocasión de esta directiva, merecen ser reconsideradas. No para complicar la regulación o la actividad policial sino para mejorar el nivel de profesionalidad dejando clara la importancia que tienen, la necesidad de valorar los intereses en presencia y de definir con claridad quién y por qué toma las decisiones. Cuestiones todas ellas en las que es fundamental la formación de todos los operadores jurídicos que deben interesarse por ellas y solicitar, en el caso de que sea necesario, al juez o a quien dirija la custodia, la rectificación de lo que considere que no es ajustado a derecho.

No puedo extenderme sobre las consecuencias que tendría el reconocimiento judicial de la existencia de una de estas infracciones relacionadas con la presunción de inocencia. Creo que, salvo en supuestos muy concretos, relacionados exclusivamente con causas con jurado, no debería influir en el enjuiciamiento ni por tanto provocar por sí mismos la revocación del fallo ni la devolución de las actuaciones. No obstante, como infracción de un derecho fundamental, si deberían tener consecuencias de reparación o indemnización en los casos en los que la violación se haya producido.

²² Hernández Galilea, Jesús Miguel (2016) "Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio" *Ars Iuris Salmanticensis: AIS* : Vol. 4, Nº. 2, págs. 178-181

Referencias bibliográficas

- Goyena Huerta, Jaime. (2005): "Las intervenciones corporales coercitivas". *Actualidad jurídica Aranzadi*, Nº 695, págs. 1-8.
- Henstock, Darren; Ariel, Barak (2017): "Testing the effects of police body-worn cameras on use of force during arrests: A randomised controlled trial in a large British police force". *European Journal of Criminology*, p. 147. En su estudio analiza el muy significativo descenso de engriletamientos cuando se utiliza la cámara incorporada.
- Hernández Galilea, Jesús Miguel (2016): "Directiva (UE) 2016/343 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de marzo de 2016, por la que se refuerzan en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio" *Ars Iuris Salmanticensis*, AIS : Vol. 4, Nº. 2, págs. 178-181
- Leturia Infante, Francisco J. (2015): "La actividad judicial y el derecho a un juicio justo frente a la libertad de expresión. Análisis de los desafíos impuestos desde el constitucionalismo contemporáneo". Universidad de Salamanca. Acceso abierto en: GREDOS
- Maciá Barber, Carlos (2012): "Presunción de inocencia y deontología periodística: el 'caso Aitana'" *Revista Latina de comunicación social*, Nº. 67, 2,
- Martín Diz, Fernando (2011): "Presunción de inocencia como derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea", *Revista europea de derechos fundamentales*, Nº. 18, págs. 133-166.
- Muerza Esparza, Julio J. *Actualidad Jurídica Aranzadi* (2016) num. 919. Tribuna. Editorial
- Nieva Fenoll, Jordi (2016) "La razón de ser de la presunción de inocencia" *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1
- Villamarín López, María Luisa (2017) "La Directiva Europea 343/2016, de 9 de marzo, sobre presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio" *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, ISSN-e 1698-739X, Nº. 3.