

Medios de tutela ante los juicios paralelos
durante la fase de juicio oral
(a propósito de la STC 136/1999, de 20 de julio
–caso de la Mesa Nacional de HB–)

PILAR OTERO GONZÁLEZ

Profesora Titular Interina. Universidad Carlos III de Madrid

SUMARIO: I. Planteamiento.–II. Concepto de «juicio paralelo».–III. Posibles riesgos del juicio paralelo. 1. Posible influencia sobre el órgano judicial. 1.1 El derecho a la imparcialidad del juez. 1.2 La independencia de la función jurisdiccional. Aproximación al concepto penal de independencia. 1.3 La autoridad del Poder judicial. El desaparecido delito de desacato. 2. Riesgo de pre-juzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial. 3. La posible vulneración de los derechos al honor y a la intimidad. Aproximación al concepto penal de honor.–IV. Presencia de los periodistas y de los medios audiovisuales en las audiencias procesales.–V. El juicio paralelo en la fase de deliberación de la sentencia.–VI. Medios de tutela frente a los riesgos detectados.

I. PLANTEAMIENTO

La STC 136/1999, de 20 de julio, que otorgó el amparo a los miembros de la Mesa Nacional de HB, los cuales habían sido condenados por el TS en sentencia de 29 de noviembre de 1997 como autores de un delito de colaboración con banda armada, permite profundizar de nuevo en un tema tan conocido como es el de los

juicios paralelos y el derecho a la tutela judicial efectiva, en la medida en que es útil como hilo conductor para intentar delimitar cuáles son los bienes jurídicos en conflicto, si es que están efectivamente enfrentados, así como arbitrar los posibles medios de tutela para proteger el bien jurídico preferentemente aplicable.

La Mesa de HB acordó asumir el contenido de unas videocintas que determinados miembros no identificados de la organización armada ETA les habían hecho llegar, así como difundirlas cediendo a dicha organización los espacios electorales correspondientes a la citada asociación política. Las videocintas no llegaron a emitirse por decisión de la Audiencia Nacional.

Los demandantes de amparo alegan que han sido condenados por el «acuerdo e intento» de difundir durante la campaña electoral, en su condición de dirigentes de una asociación política legal, una información veraz sobre un hecho de interés general y relevancia pública como son las propuestas de ETA para «lograr el final de la violencia en el País Vasco». La condena, a juicio de los recurrentes, conculca, a los efectos que ahora nos interesa –porque se dilucidaron otras muchas cuestiones en la sentencia–, el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.2 CE) por vulneración del derecho a un juez independiente e imparcial y el derecho a la presunción de inocencia así como la libertad de información prevista en el artículo 20.1.d).

Al respecto, se quejan los demandantes de la pasividad del Ministerio Fiscal y del Tribunal al no haber adoptado medida alguna para preservar su independencia frente a presiones de instancias políticas mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación informando de la decisión que supuestamente adoptarían los Magistrados al enjuiciar la causa.

En esta alegación se plantea el riesgo que supone el juicio paralelo de poner en peligro el regular funcionamiento de la Administración de Justicia y, en especial, no tanto la pérdida de respeto por la función de los tribunales o su propio prestigio, cuanto el menoscabo de la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de jueces y tribunales en la medida en que la opinión en los medios de comunicación sobre un proceso y su fallo puede influir en la decisión de los jueces, influencia que puede ser mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación sobre procesos en curso corresponden a miembros destacados de otros poderes públicos del Estado.

II. CONCEPTO DE «JUICIO PARALELO»

«[...] La protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos se encuentra contrapesada, externamente por las libertades de expresión e información que reconoce el artículo 20 de la CE e, internamente, encuentra límites dentro del propio artículo 24 CE, porque la publicidad no sólo es un principio de ordenación del proceso sino un derecho fundamental deducido del artículo 24.2 CE. En consecuencia, la salvaguarda de la «autoridad e imparcialidad» del poder judicial puede exigir restricciones a la libertad de expresión e información pero ello no significa, ni mucho menos, que permita limitar todas las formas de debate público sobre asuntos pendientes ante los tribunales» [...].

«[...] Cuando las declaraciones sobre los procesos en curso se dirigen a la conclusión de que los acusados son culpables, prediciendo la condena, se justifican las restricciones a las libertades de expresión y de información, a pesar del carácter esencial de estas libertades en una sociedad democrática, que se aplica también en el ámbito de la Administración de Justicia pues sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido [...]».

«[...] Si estas libertades operan como instrumento de los derechos de participación política debe reconocérseles, si cabe, una mayor amplitud que cuando actúan en otros contextos por el relieve que adquiere aquí la formación de la opinión pública libre. Por ello, a esta función de los medios de comunicación se añade el derecho del público a recibirla. Esto no significa que los asuntos de que conoce la jurisdicción penal no puedan dar lugar a debates en los medios de comunicación, compatible con las exigencias del principio de publicidad procesal siempre que no franqueen los límites que marca la recta administración de justicia».

Es cierto que efectuar declaraciones en el curso de un proceso acerca del sentido que debiera tener el fallo no contribuye positivamente a la incolumidad del ejercicio de la función de juzgar, pero también es cierto que manifestar el deseo de cuál debiera ser el sentido del fallo no significa un juicio paralelo capaz de menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad del tribunal.

Partiendo de esta idea, es preciso recordar (aunque el recordatorio resulte tedioso) que, desde hace unos años, la información sobre los procesos penales ha adquirido una inusitada y preocupante trascendencia. Si bien es justo reconocer el importante papel que cumple en nuestra sociedad la publicidad de la justicia en general, y

los medios de comunicación en particular, siendo un instrumento de control de la actividad judicial, no es menos cierto que no siempre son éstos sus intereses, sino que tras ellos se encierran otros de índole económica o política, dirigiendo su actividad hacia las noticias más impactantes no exentas de un posible significado tergiversado. De forma que el ocultismo, la falta de rigor informativo, la desinformación intencionada, la manipulación, el sensacionalismo, configuran una realidad a la medida de las necesidades de los medios de comunicación que dejan al receptor sin armas para reaccionar y sin una información veraz y contrastada.

El principio de publicidad procesal (1), pues, cumple la doble función de ser, en primer lugar, una garantía del individuo sometido a un proceso penal (es el aspecto subjetivo e interno de la publicidad), y, en segundo lugar, se concibe desde una perspectiva social, al constituirse en uno de los más importantes criterios legitimadores del Poder Judicial, lo que hace más difícil una actuación arbitraria (interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos –art. 9.3 CE–), procurando la credibilidad de las actuaciones de los Tribunales de justicia, lo que contribuye a asegurar la *confianza* de la opinión en la Administración de Justicia (2).

Es cierto que el derecho a la tutela judicial efectiva precisa de la publicidad de la justicia, pero si ésta es desmedida e incontrolada compromete, al mismo tiempo, el derecho a un juez independiente e imparcial, íntimamente vinculado con el derecho a la tutela judicial efectiva. Es decir, la publicidad del proceso contribuye a la conformación del proceso justo en la medida en que los medios tienen como misión difundir esa información y el público el derecho a recibirla. El problema es excederse de los límites porque lejos de suponer una sobreprotección del derecho a un justo e imparcial, deriva en una vulneración de ese mismo derecho.

(1) Sobre este principio, puede consultarse mi trabajo, *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1999, pp. 11 a 27.

(2) RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo, «El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información», en *Consejo General del Poder Judicial: la instrucción del sumario y las diligencias previas*, pp. 2 y 3. MARTÍNEZ PEÑA, Eduardo, «Procesos paralelos: información y veracidad. Marco jurisprudencial», en *La Ley*, 19 de febrero de 1999, pp. 1 y 2. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «La dimensión constitucional del principio de publicidad de la justicia», en *Revista del Poder Judicial, núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 65 ss.

En concreto, una publicidad abusiva puede perjudicar la necesidad de que el proceso se desarrolle equitativamente, creando lo que se denomina «juicio paralelo» o proceso paralelo, como lo denomina algún autor (3), esto es, el conjunto de informaciones aparecidas durante un largo período de tiempo, en los medios de comunicación sobre un asunto *sub iudice*, a través de las cuales se efectúa una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial, de tal forma que los medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y de abogado defensor, así como muy frecuentemente de juez (4); no consiste, pues, en criticar una actuación judicial, aportando nuevos elementos de juicio cuya veracidad se ha contrastado, sino de sustituir, mediante la propia versión de los hechos, los resultados de las actuaciones, pese a que la veracidad de lo expuesto no haya sido verificada.

En otros términos, el juicio paralelo es distinto de la información exhaustiva realizada por el medio de comunicación. La reiteración de noticias (dice la STC de 20 de julio de 1999) y el debate sobre sucesos judiciales importantes suponen una lícita actividad profesional. Por el contrario, el juicio paralelo, por motivos políticos, económicos o demagógicos implica un acoso, una presión manifiesta a la labor judicial, porque analiza las pruebas, las declaraciones testificales, los dictámenes periciales, tratando de suplantar al juez (5).

Sin embargo, los juicios paralelos (6) no tienen por qué constituir necesariamente un problema, plantearlo como problema es en sí mismo problemático, porque supondría poner en tela de juicio la coherencia del sistema democrático, sostenido sobre el pilar esencial del libre flujo de informaciones y opiniones.

Hay que partir, por tanto, de la base de que los medios de comunicación tienen encomendada la misión de informar sobre la

(3) MARTÍNEZ PEÑA, Eduardo, «Procesos paralelos...», p. 11, porque se trata de la injerencia informativa que se inicia desde la *notitia criminis* hasta la fase de ejecución de la sentencia.

(4) ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, «En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales», en *Poder Judicial*, núm. especial XIII, 1990, p. 123.

(5) DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Madrid: Universitas, 1998, p. 61.

(6) Como afirmó Vives Antón, T. S., en una conferencia pronunciada el 8 de mayo de 1998, en Sevilla.

justicia penal de la forma más libre y objetiva, de «vigilar» el sistema judicial penal, por exigirle el interés social (7). Por otro lado, el tribunal, si ha de ser imparcial, debe actuar ateniéndose a razones que sólo pueden proceder del Derecho. Luego, en principio, el juez tiene que ser imparcial porque es la base de su legitimación, y para conseguirlo, ha de permanecer ajeno a toda influencia y, muy especialmente, a la que procede de las opiniones de los medios de comunicación.

Quizá por eso sea más correcto en esta fase de juicio oral no hablar de enfrentamiento de derechos. El derecho a informar y a ser informado no se enfrenta en la mayoría de los casos al derecho a toda persona a la presunción de inocencia, a un juicio justo, a ser juzgada por un juez independiente e imparcial sino, en su caso, al derecho al honor, intimidad e imagen y dignidad, conflicto que debe solucionarse con los mismos criterios con los que se resolvería ese enfrentamiento entre los derechos de un ciudadano y los de un informador fuera del ámbito judicial (8).

Ahora bien, partiendo de que la deseable impermeabilidad de los jueces no existe, es *posible* que el juicio paralelo pueda resultar perturbador desde la perspectiva de un juez imparcial. Por tanto, el «problema» consiste en determinar, que no es poco, cuándo la campaña de prensa (a mi juicio, *excepcionalmente*), tiene virtualidad para afectar al derecho a un proceso con todas las garantías.

III. POSIBLES RIESGOS DEL JUICIO PARALELO

El juicio paralelo puede suponer una distorsión para el proceso penal, que se acentúa en la fase de juicio oral cuya publicidad se

(7) SCHNEIDER, Hans Joachim, «La criminalidad en los medios de comunicación de masas», en *Doctrina Penal. Teoría y Práctica en las Ciencias Penales*, año 12, núm. 45, enero-marzo, 1989, p. 95. JUANES PECES, Ángel, «Los juicios paralelos. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El derecho a un juicio justo», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 378, año IX, 18 de febrero de 1999, p. 5. El mismo autor, en *Revista del Poder Judicial...*, p. 156.

(8) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial», en *Revista del Poder Judicial, núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 236.

permite, y que se concreta, en mi opinión, en tres aspectos fundamentales: Primero: posible influencia sobre el órgano judicial. Segundo: riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso. Tercero: posible vulneración de los derechos al honor y a la intimidad del inculpado.

1. Posible influencia sobre el órgano judicial

La posible influencia sobre el órgano judicial implica que se reconozca una evidente conexión entre la publicidad del proceso y el derecho a la imparcialidad del juez que tiene su asiento en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable», en el artículo 10.2 del Convenio Europeo: «el ejercicio de estas libertades –expresión, información, etc.–, podrá ser sometido a ciertas condiciones... para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial», y en el artículo 24 de la CE.

1.1 EL DERECHO A LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

La imparcialidad del juez (9) ha sido abordada por el TEDH (entre otros en el caso *Piersack c. Bélgica*, 1 de octubre de 1982) y se compone de un aspecto subjetivo, conectado con la convicción personal de éste de enjuiciar sin influencia de ninguna índole (desde esta perspectiva, la imparcialidad del juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas, es decir, objetivamente justificadas, tal como ha asumido el TC, entre otras, en STC 162/1999 –caso Hormaechea–; 66/2001 –caso Marey–), y de un aspecto objetivo (10) que representa la imagen de un juez que ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su gestión, lo que implica una manifestación del principio de

(9) *Vid.*, ampliamente, ORTELLS RAMOS, Manuel, «Jurisprudencia del TEDH sobre el artículo 6 del CEDH en el proceso penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 181 a 186.

(10) Sobre la construcción equivocada de estos términos y el consiguiente rechazo de estas dimensiones, *vid.* VIVES ANTÓN, T. S., *La reforma del proceso penal (II)*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1992, p. 67.

presunción de inocencia. Esta perspectiva se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto (caso Hauschildt, parágrafo 48).

Es decir, «imparcialidad» puede definirse, en general, como la ausencia de prejuicio o prevención, sin embargo, el TEDH ha sostenido en repetidas ocasiones que lo que está en juego al defender la imparcialidad de los tribunales es la confianza que éstos deben proporcionar al acusado en un proceso penal y a los ciudadanos en general (caso Frey c. Austria de 24 de febrero de 1993, caso Worm c. Austria 1997: «minar la confianza del público en la función que desempeñan los tribunales en la Administración de la justicia penal» o STEDH de 11 January 2000 case of news verlags GmbH & CoKG v. Austria, parágrafo 56).

La imparcialidad es así el *fundamento de la confianza* de los ciudadanos en el funcionamiento de la Administración de justicia (STC 66/2001, de 17 de marzo –caso Marey–). En la STC 136/1999 se alude a esta vertiente de imparcialidad: se afecta a la misma «cuando se propicia un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados poniendo en entredicho la necesaria serenidad del tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores». En consecuencia, es preciso salvaguardar esta imagen de objetividad que el juzgador ha de transmitir a la comunidad. Por eso en esta materia las apariencias son relevantes.

El problema de garantizar la imparcialidad del juzgador se incrementa en el sistema de justicia por jurados, pues parece que éstos son más vulnerables a la profusión de información que los jueces técnicos (11). En todo caso, el modelo mixto de escabinado como en países de nuestro entorno, Francia, Italia..., reduciría este problema, al mismo tiempo que cumple sobradamente el mandato constitucional consistente en el derecho subjetivo del ciudadano a participar en los asuntos públicos (art. 125 CE). Un ejemplo puede

(11) En sentido contrario, FERNÁNDEZ VEGA, Teresa, «Procesos paralelos en prensa (la constante necesidad de pactar la convivencia)», *Conferencia pronunciada el 4 de mayo de 1998. II Jornadas sobre medios de comunicación y sistema constitucional*, Universidad de Sevilla: Fundación El Monte, p. 2, quien afirma que aunque pueden parecer más propensos los jueces legos que los profesionales a dejarse influenciar por las informaciones acerca del proceso, la realidad no es ésa, pues el problema del proceso paralelo, a su juicio, afecta a cualquier forma de enjuiciamiento, y quizá el juicio por jurado dispone de más mecanismos de defensa que el juez técnico para aislarse de tal influencia.

refrendar esta idea: el sociólogo Simon (12) investigó la relación entre la exposición a publicidad del juicio y el veredicto de los miembros del jurado. Los jurados empapados de esta publicidad tendieron a creer en mayor medida que el acusado era culpable. Asimismo, hubo problemas a la hora de confeccionar un jurado imparcial para juzgar al general Noriega, después de las informaciones acaecidas en los medios de comunicación.

La garantía de imparcialidad conecta con otra garantía esencial del proceso debido; la práctica de pruebas pertinente en condiciones óptimas de inmediación y contradicción (13), en la medida en que la interferencia de los medios de comunicación puede influir en el contenido de las declaraciones testificales vertidas en la fase de juicio oral, con lo cual, este aspecto del proceso debido se ve afectado en mayor medida en esta fase de juicio oral a través de la presión de los medios de comunicación.

La regla de producción plenaria de la prueba sirve, además, como test de la imparcialidad del tribunal en cuanto la previa inmersión procesal al acto de juicio oral por parte del tribunal en la obtención de medios de prueba, constituye causa de abstención/recusación por pérdida de imparcialidad objetiva. Ello permite afirmar que la inmersión por parte de los medios de comunicación durante el desarrollo del juicio oral produce el mismo riesgo de afectación a la imparcialidad (14), porque no es relevante que el juez sea realmente imparcial o no (cuestión de difícil prueba) sino que es suficiente que de su comportamiento se pueda deducir de forma razonable tal suposición, en cuyo caso debería abstenerse (15).

(12) SIMON, R. J., «The effects of newspaper on the verdicts of potential jurors», en R. SIMON (ed.), *The Sociology of Law*, San Francisco: Chandler, 1968. Sobre otros factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los jurados, *vid.* DE PAUL VELASCO, Pilar, «Factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los miembros del jurado», en *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 50, 1993, pp. 657 a 666.

(13) HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos y proceso penal (Razones para una necesaria intervención legislativa)», en *Revista de Derecho y Proceso Penal*, núm. 3, Pamplona: Aranzadi, 2000, p. 123. Del mismo autor, «Justicia Penal y medios de comunicación: los juicios paralelos», en *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona: Bosch, 2001, p. 77.

(14) HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos...», p. 130. Del mismo autor «Justicia penal...», p. 88.

(15) MORENO CATENA, Víctor, «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», en *Constitución y Derecho Público. Estudios en homenaje a Santiago Varela*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 307.

1.2 LA INDEPENDENCIA DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL. APROXIMACIÓN AL CONCEPTO PENAL DE INDEPENDENCIA

La independencia judicial es el instrumento de la imparcialidad, es una condición indisolublemente unida a la imparcialidad del ejercicio de jurisdicción sin soportar presión de especie alguna y, en la misma medida, sin que la decisión jurisdiccional pueda ser fruto de las personales convicciones o intereses del juez (16), y supone la garantía de que no habrá otro imperio que el de la ley (17), idea que inevitablemente se relaja con la admisión de múltiples métodos interpretativos que convierten el acto de interpretación del juez prácticamente en acto de creación del derecho.

En otros términos, la independencia es incompatible con cualquier clase de presión exterior e interior, lo que significa que una decisión judicial que no esté inspirada en la ley sino en personales convicciones o intereses del juez no sería expresión de independencia y la crítica a esa actuación no podría ser calificada de crítica a la independencia judicial (18). Desde este punto de vista (19), el órgano judicial debe ponderar hasta el límite racionalmente asumible qué tipo de información procede transmitir durante el proceso a los medios de comunicación (20) al objeto de no incentivar los efectos más perniciosos del juicio paralelo que se genera precisamente, en muchas ocasiones, a través de una gratuita actividad informativa del órgano judicial, lo que no implica (21), ni mucho

(16) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 346.

(17) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 346. Del mismo autor, ampliamente, *La justicia penal en España*, Pamplona: Aranzadi, 1998.

(18) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 347 y 348.

(19) CARRILLO, Marc, «Los tribunales de justicia y sus obligaciones informativas», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 195.

(20) Sobre los límites a la libertad de expresión y opinión de los jueces, *vid. MARTÍNEZ-VARES GARCÍA*, Santiago; *BODAS MARTÍN*, Ricardo; *RACIONERO CARMONA*, Francisco; *BELTRÁN NÚÑEZ*, Arturo; *GABALDÓN LÓPEZ*, José; *ATIENZA RODRÍGUEZ*, Manuel, en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 373 a 444.

(21) En sentido contrario, *GOMIS SANAHUJA*, Lorenzo, «Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Po-

menos, que se deba mantener alejados a los jueces de los medios de comunicación.

Con ello pretendo significar (22) que los juicios paralelos pueden parecernos desagradables, desinformadores, pero no deben atacar a la independencia judicial puesto que ésta no tiene por qué sentirse turbada por lo que se diga extramuros del proceso, salvo que la jurisdicción esté a cargo de personas inadecuadas para ejercerla. Pero ello no obsta para que un juicio paralelo pueda implicar un ataque al honor de las personas o al respeto debido a los jueces, que merecerán otra calificación jurídica distinta a un atentado a la independencia. Por tanto hay una confusión entre autoridad (falta de respeto a la actuación judicial) y ataque a la independencia.

Cuestión diferente es que estos medios puedan hacer creer que una determinada decisión jurisdiccional no es conforme a derecho sino que ha sido forzada mediante presiones externas. En este sentido, el ataque a la independencia es un ataque a la imparcialidad (que guarda, por cierto, relación con la vertiente de imparcialidad que se ha destacado digna de protección).

Es necesario, como siguiente paso, acuñar un concepto penal de independencia de la función jurisdiccional para saber si el ataque a la misma se debe castigar penalmente, debido a que la palabra independencia (23) en relación con la justicia es usada con una ligereza proporcional a la falta de reflexión sobre su significado. Antes de definir esta independencia en sentido penal es preciso concretar de quién se predica esa independencia. Se habla de independencia de la función jurisdiccional.

El primer requisito que se exige a los Jueces y Magistrados para administrar justicia con el fin de garantizar la correcta aplicación de la ley es la *independencia*. Este término comprende tanto la independencia del Poder Judicial como abstracción o institución, vinculada a la teoría de la separación de poderes nacida del Estado

der Judicial, 1999, p. 170, pues sostiene que la mejor manera de respetar la independencia de los jueces, defender la confianza en los mismos, la presunción de inocencia de los inculcados y la credibilidad de los medios parece ser la de mantenerlos alejados de los medios de comunicación quedando en manos de protavoces neutros nombrados por ellos en nombre de los cuales deberá informar a la opinión.

(22) Siguiendo a QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 352 y 358.

(23) Como afirma QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 344.

liberal, como la independencia entendida como condición de la imparcialidad y proclamada, por tanto, no del Poder Judicial como institución sino del juez o magistrado en concreto.

Los atentados a la independencia de los *órganos* que llevan a cabo tal función, que es un problema de carácter político, atinente a la división de poderes del Estado, en el ámbito penal se canalizan a través de la usurpación de atribuciones y suponen, en definitiva, un atentado al orden Constitucional. De hecho la figura delictiva se encuadra en el Título «Delitos contra la Constitución», en concreto, el artículo 508.2 del CP castiga a «la autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución [...]».

Por tanto, el ataque a la independencia en sentido amplio, vinculada a la separación de poderes, para que sea penalmente relevante, ha de ser cometida por funcionarios o autoridades (art. 508). Si la conducta que pretende doblegar la voluntad imparcial de los jueces ha sido realizada por particulares, no tiene repuesta penal, porque el legislador penal entiende que un particular puede desatar una campaña contra un juez para desacreditarlo pero no forzar su independencia, carece de capacidad formal suficiente para ello (24). Por tanto, primera consecuencia penal (en este caso no penal) que se puede deducir: que el ataque a la independencia del poder judicial vinculada a la separación de poderes no tiene relevancia penal cuando se realiza por particulares. Hay, en este sentido, una confusión entre *autoridad* (falta de respeto a la actuación judicial) y ataque a la independencia.

Sin embargo, a los efectos que nos interesa, esa independencia debe predicarse en la segunda acepción apuntada, esto es, no frente a otros poderes del Estado sino vinculada a la idea de ausencia de influencias externas de cada juez o magistrado en concreto que conoce de un asunto determinado, a fin de conseguir un juicio imparcial. Cuando se alude a la agresión a la independencia judicial en el ámbito de los juicios paralelos en la prensa se trata, por tanto, de tutelar la *función* jurisdiccional en cuanto tal, no a los *órganos* que llevan a cabo tal función.

Esta acepción entremezcla el respeto personal con el institucional, lo que explica que se hable de atentado a la independencia tanto por la producción de críticas injuriosas cuanto por la publicación de semblanzas personales del juez que impliquen un intento de

(24) Cfr. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 353.

dar la imagen de falta de independencia (como condición de imparcialidad). La independencia, entonces, sólo puede considerarse atacada si se intenta que un juez resuelva un conflicto que no sea conforme a la voluntad del derecho (25).

Es decir, por un lado, la independencia es un concepto polisémico y, por otro, la idea de independencia no puede dominar toda la variedad de métodos de interpretación de la ley por parte de los jueces.

1.3 LA AUTORIDAD DEL PODER JUDICIAL. EL DESAPARECIDO DELITO DE DESACATO

Resta decidir si las conductas gravemente irrespetuosas hacia la persona de un juez o tribunal que implican el intento de dar la imagen de falta de independencia merecen respuesta penal específica. Para ello creo que se debe analizar –por su conexión– el concepto de «autoridad» del artículo 10.2 del Convenio: «el ejercicio de estas libertades –expresión, información, etc.– podrá ser sometido a ciertas condiciones... para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial».

¿Qué es, pues, «autoridad»? «Autoridad» significa en el sentido del CEDH (por ejemplo, en el caso *Worm c. Austria* de 29 de agosto de 1997, caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979, párrafo 55) que los tribunales de justicia son los órganos apropiados para resolver las controversias jurídicas y para pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de quien es acusado penalmente, de forma tal que los ciudadanos interioricen tal valor y que su capacidad para cumplir tal función les inspire respeto y confianza.

El TC español ha manifestado, acogiendo esta doctrina, que el conflicto, en este caso, es entre el derecho al honor de una persona revestida de *auctoritas* y el derecho a la libertad de expresión, más que de información, que tradicionalmente se ha incardinado en el delito de desacato.

El desacato ha desaparecido en el CP de 1995 (26) debido a que para muchos (entre los que me incluyo) no había razón constitu-

(25) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 348, 349 y 352.

(26) Sobre el delito de desacato en el Código penal anterior, *vid.* ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Barcelona: Bosch, 1993.

cional que justificara un plus de injusto y de penalidad cuando el sujeto pasivo de una injuria o calumnia era un funcionario o autoridad. Por tanto, estas conductas hoy deben tratarse como delitos de injuria o calumnia que, dirigidas a funcionarios, se sustraen del régimen general de persecución a instancia de parte porque sólo requieren la denuncia del ofendido (art. 215 CP).

Algunos autores (27) proponen acometer una reforma del vigente CP en la que expresamente se contemplaran como delito público, tanto las injurias al Poder Judicial, como las agresiones difamatorias de la presunción de inocencia del imputado, con el ánimo de influir en el órgano enjuiciador. Pero el hecho de que existan —por desgracia, frecuentemente— campañas de desacreditación a las decisiones judiciales no justifica, por mero criterio de oportunidad, la creación de un tipo específico de insulto a la autoridad, porque se recuperaría la polémica que llevó a la supresión de esta figura por ser contraria al principio de igualdad en la dignidad personal (28).

Hay que distinguir lo que constituye una simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad con una lesión a su honor personal (STC 40/1992). La difusión de hechos relativos al ejercicio de la actividad judicial puede ser constitutiva de una intromisión ilegítima del derecho al honor si exceden de la libre crítica a la labor profesional, siempre que por su naturaleza, características y forma en que tiene lugar la divulgación la hagan desmerecer en la consideración ajena de su dignidad como persona, máxime teniendo en cuenta que su posición institucional, como miembros del poder judicial, les obliga a mantenerse apartados del debate público, viéndose, en consecuencia, impedidos de reaccionar frente a los ataques, a diferencia de quienes voluntariamente se dedican a profesiones o actividades con notoriedad pública.

En este sentido, es preciso advertir que la crítica y la información dan paso muchas veces a la descalificación ofensiva a los tribunales. Estas campañas son atípicas penalmente porque, como se ha señalado, ha desaparecido el delito de desacato y porque hay que dejar constancia del papel esencial de la prensa en una sociedad de-

(27) Como GIMENO SENDRA, Vicente, «La sumisión del juez a la crítica pública», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 305.

(28) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 352 y 353.

mocrática al que le incumbe comunicar informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general, siempre que no rebase ciertos límites, especialmente en cuanto a la reputación y los derechos del otro (caso Haes et Gisels c. Bélgica, STEDH 24 de febrero de 1997).

El tránsito de una campaña de presión que constituye una simple crítica a la pericia de un profesional en el ejercicio de una actividad al ataque personal se incardinará en el ámbito de las injurias o calumnias (29).

La confianza del público en la justicia constituye así el fundamento de la *auctoritas* del poder judicial que puede quedar lesionada mediante la crítica de las resoluciones judiciales cuando la misma afecte directamente al honor de los jueces. De forma que la «autoridad del poder judicial» entronca directamente con el aspecto de la imparcialidad que se ha destacado, como fuente de legitimación de la actividad judicial (30).

En el CP actual, por otra parte, se mantiene la falta de desacato (art. 634), dentro de las faltas contra el orden público. Ha cambiado, lógicamente, el propio bien jurídico. Ahora, el interés a proteger es el orden público que, mediante esta conducta, se ve afectado en la medida en que se falta al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes. Quizá se haya rebajado este tipo de conductas a la categoría de falta cambiándose el objeto de protección porque la sanción como delito (además de los problemas de inconstitucionalidad que planteaba) había supuesto un «efecto de desaliento» (31) sobre la libertad de expresión, dada la concepción que se mantiene de ésta en un Estado de Derecho. En consecuencia, las exigencias de tipicidad, que siempre son rigurosas, se deben extremar cuando limitan la libertad de expresión.

Por último, en relación a este primer posible riesgo de influencia sobre el órgano judicial que genera el juicio paralelo, hay que tener en cuenta que una cuestión es que se intente presionar al juez y otra distinta que esa presión surta el efecto buscado, que éste se

(29) QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», pp. 350 y 351.

(30) En palabras de VALLDECABRES ORTIZ, Isabel, «Jurisdicción, imparcialidad y juicio justo en el ámbito penal» (inédito), p. 94, esta idea de legitimación a través de la imparcialidad con el fin de contar con la confianza de los ciudadanos, se pone de relieve si reparamos en que la exigencia de imparcialidad es tan fuerte que cualquier juez que pueda resultar sospechoso de tener un interés en el litigio que ha de resolver, ha de ser apartado de su conocimiento.

(31) Sobre el efecto de desaliento, *vid.* SSTC 78 y 79/1995 y STC 190/1996.

sienta efectivamente presionado (32). Obviamente, el problema es demostrar que el tribunal efectivamente ha abandonado esa apariencia de imparcialidad como consecuencia de la opinión creada en torno al caso (33), porque si se exigiera la prueba de que la campaña informativa ha influido decisivamente en el Tribunal, sería prácticamente imposible su apreciación. De hecho, normalmente, no se necesita probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, basta la probabilidad fundada de que tal influencia existió (caso Worm, parágrafo 54).

Y si se prueba que efectivamente tal influencia existió, de forma que determinó la parcialidad del tribunal al dictar sentencia, estaríamos ante una verdadera prevaricación judicial, por tanto, ante un delito.

2. Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial

La práctica demuestra la lamentable frecuencia con que las informaciones por parte de los medios de comunicación se convierten en verdaderas «sentencias periodísticas que adelantan una condena». Se trata de la pena de banquillo o lo que es lo mismo, una condena social implícita, aun cuando la ulterior resolución sea absolutoria (34). Un claro ejemplo fue el caso de Telecinco en el que un periodista publicó el informe de acusación de un fiscal sin indagar la verdad contrastándola con todas las partes afectadas, atentando al derecho a la presunción de inocencia y, de forma indirecta, el derecho al honor. En efecto, el periodista publicó una interpretación sobre el informe del fiscal y el auto del juez estableciendo conclusiones que ni uno ni otro se habían atrevido a sacar (35).

(32) DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 79.

(33) Por ejemplo, en el caso del síndrome tóxico (STS de 23 de abril de 1992) se afirma que «la problemática de la imparcialidad de los tribunales no se logra excluyendo toda manifestación de opinión. Sólo se afecta si se demuestra que el tribunal ha abandonado las formas objetivas que corresponden a un tribunal imparcial como consecuencia de la opinión creada en torno al caso».

(34) CARRILLO, Marc, «Juicios paralelos y derecho a la información», en diario *El País*, jueves, 2 de abril de 1998, p. 11.

(35) Cfr. la crítica que hace a la actuación de este periodista MUÑOZ MACHADO, Santiago, «Informe de una causa penal», en Diario *El Mundo*, viernes, 17 de abril de 1998.

Este derecho a la presunción de inocencia, por naturaleza, sólo puede ser violado por los poderes públicos y, más en concreto, por los órganos judiciales (36), aunque, indirectamente se puede recurrir ante los tribunales por violación de los derechos reconocidos en el artículo 18 la CE (honor e intimidad).

En la actualidad, sin embargo, ha habido diversos intentos de extensión de la presunción de inocencia a las relaciones entre particulares, que no han llegado a cuajar por la amenaza que representa para la libertad de prensa. No obstante, este postulado sigue siendo discutible, creo yo, porque, aunque la presunción de inocencia sólo se tiene formalmente frente al Estado, las «condenas» de los medios de comunicación pueden vulnerar este derecho, en la medida en que esta afectación guarda estrecha relación con la garantía del justiciable (piénsese en el caso Army, Alcásser, juicio Amedo-Domínguez, caso Filesa, caso Banesto...).

En consecuencia, el Poder judicial está legitimado para limitar el derecho a la información sobre el proceso para garantizar un juicio justo, pero ello no impide toda declaración a la prensa sino tan sólo aquellas que incluyan apreciaciones formales sobre culpabilidad (37).

Esta ponderación puede variar cuando el proceso afecta a un personaje público, porque estas personas están inevitablemente expuestas a un riguroso examen público tanto por los ciudadanos como por los periodistas (asunto Lingens c. Austria, de 8 de julio de 1986, parágrafo 42). Por todo ello, la posibilidad de pronunciarse sobre estos asuntos es más extensa cuando se refiere a un personaje público que cuando afecta a un particular. Lo mismo ocurre cuando colisiona el derecho a la información con el derecho a la in-

(36) Y, como afirma DE MIGUEL ZARAGOZA, Juan, «Libertad de información y “juicios paralelos”: la doctrina del Consejo de Europa», en *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, año 15, núm. 1881, noviembre 2000, p. 14, sólo juega en una fase del proceso: en el momento de dictar una condena o absolución. Por eso tienen habilitación legal las medidas aseguratorias respecto a la persona o bienes del acusado que en otro caso supondrían una violación del principio a partir de indicios. No obstante, como afirma GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso...», pp. 166 y 167, la detención preventiva, utilizada con prodigalidad, puede favorecer el prejuicio de culpabilidad de la persona (al igual que también debilita la presunción de inocencia la lentitud del proceso).

(37) LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, «El derecho a la libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Comisión y del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 356.

timidad en el caso de personajes públicos, que se examinará a continuación.

3. La posible vulneración de los derechos al honor y a la intimidad. Aproximación al concepto penal de honor

La posible vulneración de estos derechos a través del juicio paralelo es particularmente difícil de subsanar en el ámbito penal por la protección fragmentaria de esta última (38) (limitada a aspectos puntuales), paliada, en parte, en el actual CP, cuyo Título X está dedicado a los delitos contra la intimidad. Pero fuera de estas figuras específicas, la intimidad recibe una protección indirecta por medio de las injurias (arts. 208 y ss.), debido entre otras causas a la imprecisa distinción entre los bienes jurídicos honor e intimidad y a la dificultad de la propia definición del bien jurídico «honor» y del bien jurídico «intimidad».

Ello ha obligado a la Jurisprudencia del TC a desarrollar un sólido posicionamiento en cuya evolución pueden distinguirse varios momentos, de los que ya me ocupé en otro lugar (39) y que huelga reproducir aquí, entre otros motivos, porque no se puede trasladar miméticamente la doctrina constitucional al ámbito penal ya que el esquema y las armas de tutela son radicalmente distintos.

Sin embargo, creo que interesa destacar el hecho de que en muchos casos [algunos autores (40) dirían en todos los casos] el honor es el único bien jurídico que se ve afectado por los juicios paralelos, pues, a mi entender, no deberían afectar ni a la presunción de inocencia, porque es garantía procesal de los ciudadanos frente al Estado –aunque sea un postulado discutible– ni a la independencia, que no puede considerarse alterada por las manifestaciones de

(38) Sobre el derecho al respeto de la esfera privada en el TEDH, *vid.* MORENILLA RODRÍGUEZ, José María, «El derecho al respeto en la esfera privada en la Jurisprudencia del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 291 a 333.

(39) *Vid., in extenso*, mi trabajo *Protección penal...*, pp. 49 a 56.

(40) CARBONELL MATEU, Juan Carlos, «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXIII: La libertad de expresión y el Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 132. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Libertad de prensa...», p. 358.

los medios de comunicación, pues, de lo contrario, habríamos de preocuparnos seriamente por la calidad y acierto de las resoluciones judiciales.

Es decir, la vulneración de la tutela judicial efectiva a través del juicio paralelo se produce fundamentalmente en la fase del sumario, de por sí secreto para los terceros ajenos al proceso (art. 301 de la LECr), pero no implica, necesariamente, la vulneración de los derechos del honor y de la intimidad, y, en todo caso, los instrumentos de protección del primer derecho afectado no sirven para proteger también necesariamente los derechos al honor y a la intimidad.

Por el contrario, en la fase de juicio oral, el honor es el bien jurídico fundamentalmente afectado a través de los juicios paralelos. Un ejemplo permite aclarar esta idea: se ha estimado parcialmente la demanda interpuesta por la madre de una de las niñas de Alcàsser, de Desirée, contra el autor del libro *¿Qué pasó en Alcácer?*, en donde aparecen determinadas fotografías del cadáver de la niña tomadas con motivo de la autopsia y, por tanto, extraídas del sumario. Concluida la fase sumarial y, a mi juicio, en contra de lo que afirma la citada sentencia, se levanta automáticamente el secreto externo porque el fin para el que el instrumento del secreto servía ya no se mantiene y, en consecuencia, la posterior publicidad del proceso penal en la fase de juicio oral puede amparar la publicación de materiales sumariales que, en principio, ya son de libre acceso al público, y, sin embargo, puede suponer una vulneración del derecho a la intimidad, como ocurrió, efectivamente, en el caso que nos ocupa, al reproducir el cadáver de una persona tras cometerse sobre él actos de violencia y su posterior asesinato.

En efecto, la invasión de los medios de comunicación en el ámbito de la intimidad de las víctimas del delito, especialmente en los de índole sexual, produce el riesgo de lo que se ha llamado victimización secundaria.

Si es el honor el bien jurídico en mayor medida afectado, encuentra su protección penal a través de las calumnias e injurias. Y partiendo del hecho de que la intervención penal, en este caso, respeta el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 20 CE, es preciso delimitar el concepto penal de honor.

A mi juicio, el concepto de honor que debe tutelarse en el ámbito penal es un concepto de honor real o merecido que significa que todas las imputaciones de hechos que sean objetivamente verdaderas, no lesionan el honor, son atípicas, lo que me obliga a de-

cantarme por un concepto concreto de falsedad en los delitos contra el honor, que conlleva la inclusión tanto de la falsedad objetiva como de la subjetiva como elementos del tipo, y, que a su vez, está directamente relacionado con la aplicabilidad de la *exceptio veritatis*.

Esto significa por ejemplo, en el ámbito de la calumnia (es decir, imputación de un delito –un hecho–) que si la imputación es falsa pero el autor la cree verdadera, esto es, es veraz, nos encontramos ante un error de tipo, lo que da lugar –si es vencible– a una conducta imprudente, que carece de relevancia penal (por la incriminación específica de la imprudencia en el actual CP), pero no desaparece la lesión del honor.

Por el contrario, si la información no está contrastada pero resulta objetivamente verdadera, hay una tentativa inidónea del delito, que no se castiga en el ámbito de la calumnia por la función de la *exceptio veritatis*, calificada, según esta opción, como elemento del tipo (41), que excluye la punición de las formas imperfectas (42).

El CP español de 1995, sin embargo, parece decantarse por un concepto de honor aparente (que significa que cualquier hecho que menoscabe la fama de un sujeto, sea o no objetivamente verdadero, jurídicamente lesiona el honor), lo que implica que no se incluya la falsedad objetiva como elemento del tipo en el delito de calumnia (sólo la falsedad subjetiva es elemento del tipo, según esta opción), de tal forma que para que exista calumnia no es necesario que lo difundido sea objetivamente falso, puede ser objetivamente verdadero y constituir calumnia.

Ello impide aplicar la causa de justificación 20, 7.^a por falta del elemento subjetivo de justificación –la información es inveraz–. Son estos casos los únicos en los que, según esta opción, es opera-

(41) En cambio, bajo el CP anterior, los que consideraban que la *exceptio veritatis* era causa de atipicidad, en el ámbito de la calumnia resultaba innecesaria y redundante. Así, DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «Algunos aspectos sustantivos y procesales de los delitos de injuria y calumnia», en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXIII: La libertad de expresión y el derecho penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, p. 184. En el mismo sentido, DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 121, al afirmar que la *exceptio veritatis* y la veracidad de la información guardan entre sí una relación sustancial.

(42) MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando, «Delitos contra el honor», en *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, vol. II, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 1998, p. 277.

tiva la *exceptio veritatis*. Es decir, por razones político-criminales, así parece ser la voluntad del legislador, la *exceptio veritatis* es una excusa absoluta, lo que implica que el derecho penal exime de pena en estos casos porque, aunque haya sido por puro azar, al haber resultado la información objetivamente verdadera, se ha contribuido a perseguir un delito.

Por el contrario, y según esta opción, los casos en los que el periodista ha contrastado diligentemente la información pero resulta ser objetivamente falsa, en el ámbito de la calumnia se resuelve en tipicidad (sería atípico porque la falsedad objetiva no es elemento del tipo).

Esta concepción presenta, a mi juicio, varios problemas: parece resucitar la polémica función de la *exceptio veritatis* como una inversión de la carga de la prueba (43), que sería incompatible con el principio de presunción de inocencia. En segundo lugar, la veracidad de la información tal como se concibe por el TC, esto es, como verdad subjetiva del periodista, conlleva que los ciudadanos no tenemos un derecho a recibir información verdadera sino falsa siempre que el periodista crea que es verdadera, en la medida en que la veracidad de la información, diligentemente contrastada, ha pasado a ser indemostrable, pues el nivel probatorio del deber de contrastar la información se reduce a la mera declaración de los periodistas (44) amparada por el secreto profesional.

La cuestión siguiente a resolver entonces será fijar los parámetros para determinar el grado de diligencia exigible, y si debe ser distinto en función del emisor de la información (45). Por eso, las manifestaciones de los periodistas acerca de un proceso penal aun contrastadas no deben sobrepasar el límite que supone su capacidad de perjudicar, dolosamente o no, las posibilidades, de las que toda

(43) En todo caso, para poder solventar este problema basta con no interpretar tal figura como una inversión de la carga de la prueba. Es decir, si el acusado no ha podido probar la verdad de la imputación pero la noticia es veraz, el tribunal debería dictar sentencia absoluta.

(44) GÓMEZ-BENÍTEZ, José Manuel, Prólogo al libro de MUÑOZ LORENTE, José, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 19.

(45) Como afirman BASTIDA FREJEDO, FRANCISCO J. y VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Libertades de expresión e información y medios de comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional (1981-1998)*, Pamplona: Aranzadi, Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional, núm. 1, 1998, p. 34, el TC ha hecho tímidos intentos de delimitación de dicha diligencia en la STC 144/1988.

persona ha de gozar, de tener un juicio justo, o de aminorar la confianza de los ciudadanos en el papel que corresponde jugar a la Administración de Justicia penal.

La virtualidad justificante del ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión e información se manifiesta, en el ámbito de las injurias leves.

En efecto, el delito de injurias se tipifica en el artículo 208.3 y tiene una estructura idéntica a la calumnia. Dice: «no se considerarán injurias graves» (aunque lo fueran) si se difunden sin falsedad subjetiva. En este caso se trata de injurias leves constitutivas de falta. La falta de injurias (puesto que en este ámbito no tiene aplicabilidad la *exceptio veritatis*, ya se considere causa de atipicidad o excusa absoluta) puede justificarse a través del ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo, si, además de la veracidad de la noticia, se constata el interés público de la información. Por esta vía se ensanchan, por tanto, los estrechos márgenes de operatividad de la *exceptio veritatis* en el delito de injurias (46).

Para que el atentado al honor se justifique, la información ha de reunir, según la doctrina del TC, tres requisitos:

Primero: la veracidad informativa (asunto Sara Montiel, STC 197/1991, de 17 de octubre o 19/1996, de 12 de febrero), que es un concepto equidistante entre la verdad absoluta y la verdad subjetiva y que se plasma en la afirmación de que quien informa ha de haber puesto de su parte el máximo celo exigible a sus posibilidades en la comprobación de la verdad de sus informaciones, es decir, se exige el deber de diligencia de contrastar una noticia propio del hombre medio.

En este campo no será operativa la *exceptio veritatis* porque ésta no es un medio de defensa de la responsabilidad penal del acusado de falta de injuria, por ello, y a raíz de la interpretación que da el TC sobre el término *veracidad* la falta de interposición de la *exceptio veritatis* no prejuzga la falta de veracidad de la información, pues ésta se mide desde una perspectiva *ex ante* (STC 28/1996).

Es decir, el concepto de veracidad de la causa de justificación que realiza el TC es tan laxo que impide a veces aplicar nuestras propias reglas del derecho penal, porque en el ámbito del ejercicio legítimo de un derecho, como causa de justificación que es, impli-

(46) DEL MORAL GARCÍA, Antonio, «Algunos aspectos...», p. 187.

ca que si una persona se cree amparada por el ejercicio legítimo del derecho pero la información es falsa, dogmáticamente se trata de un error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación que, siguiendo la teoría de la culpabilidad estricta, si es vencible da lugar a una culpabilidad atenuada.

No obstante, es de justicia reconocer (o, al menos, así quiero creerlo) que las exigencias estrictas de veracidad coincidirán en la mayoría de los casos con el propio concepto de invencibilidad del error.

¿Cuándo se llegará a aplicar, entonces, la doctrina del error sobre los presupuestos de hecho de una causa de justificación? Cuando la información pese a ser veraz, esto es, contrastada (y luego resulte objetivamente falsa) no tenga interés público porque entonces no puede aplicarse la causa de justificación (al no admitirse la exigente incompleta en estos casos, por la propia amplitud del concepto de veracidad de la información).

Segundo: el interés público, esto es, que la noticia tenga relevancia a la hora de formar la opinión pública del ciudadano por servir de cimiento en una sociedad pluralista y democrática que implica traspasar el ámbito de lo personal para adquirir relevancia pública, lo cual no supone dejar vacíos de contenido los derechos fundamentales al honor y a la intimidad, porque ni siquiera los personajes públicos han de ver sacrificado ilimitadamente su derecho a la intimidad. (En el caso Sara Montiel no se justificó el pretendido interés público del asunto.)

Tercero: la proporcionalidad (STC 107/1988): si la información es veraz y tiene relevancia pública pero la difusión de la noticia es innecesariamente ofensiva, vejatoria e insultante conforma la injuria formal que no se ve amparada por la libertad de expresión.

Evidentemente (así lo confirma la STC 136/1999) no cabe considerar ejercicio legítimo de estas libertades y, por tanto, no quedan amparados por el artículo 20 CE aquellos mensajes que no sean neutrales (aquellos casos en que un medio de comunicación se limita a dar cuenta de las declaraciones o afirmaciones de terceros: STC 232/1993, o 52/1996, de tal manera que no es posible calificar al medio mismo autor de la noticia: STC 41/1994; en estos supuestos, el deber de diligencia se cumple con la constatación de la verdad del hecho de la declaración, pero no se extiende a la constatación de la veracidad de lo declarado; esta responsabilidad es exigible al autor de la declaración –STC 22/1995–), o aquellos que incorporen amenazas o intimidación a los ciudadanos ya que, en

este caso, no se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de «libre».

Por otro lado, los juicios de valor, en sentido estricto, carecen de elementos fácticos demostrables, por lo que, tras la sentencia Lingen queda comprometida su penalización, porque la exigencia de la prueba de la verdad es en estos casos irrealizable (47).

No estoy de acuerdo con la citada sentencia del TEDH, porque, efectivamente, la prueba de la verdad en estos casos es irrealizable, porque las opiniones no son susceptibles de prueba, pero no hace falta probar la verdad de un juicio de valor para constatar que sea injurioso. La exigencia de veracidad se refiere sólo al derecho a la información. Es cierto, como dice el TEDH, que el ejercicio de la libertad de expresión permite emitir un juicio de valor que moleste o inquiete y, evidentemente, la condena penal será más difícil por este motivo, pero no es un problema de no poder probar la verdad de lo dicho sino de comprobar si ese juicio de valor es insultante y, por tanto, injurioso.

Los juicios de valor, que forman parte del ejercicio de la libertad de expresión, si son insultantes conforman una «injuria formal» en la que tampoco cabe ni la *exceptio veritatis* ni se puede justificar a través del ejercicio legítimo del derecho (la STC 107/1988 legitima la crítica a las resoluciones judiciales siempre que no se incurra en frases formalmente injuriosas o aquellas que carezcan de interés público y por tanto, resulten innecesarias...). Es decir, la tutela del honor ha de respetar el contenido esencial de la libertad de expresión lo que se traduce en la punición de los juicios de valor sobre cuestiones públicas que supongan descalificaciones globales e innecesarias con absoluto desprecio a su dignidad.

En estos supuestos, la dignidad de la persona sometida a juicio ha de quedar salvaguardada; su situación procesal no puede convertir el proceso judicial en un espectáculo al servicio de otros fines, como la obsesión de aumentar los índices de audiencia o la instrumentalización política de lo que se difunde aunque sea fruto de una información diligente (48).

En otros términos, si la información es veraz y tiene relevancia pública pero la difusión de la noticia es innecesariamente ofensiva,

(47) LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, «El derecho a la libertad de expresión...», pp. 364 y 365.

(48) CARRILLO, Marc, «Juicios paralelos...», p. 11. Cfr. STC 6/1988.

vejatoria e insultante, conforma la *injuria formal* que no se ve amparada por el ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión.

Si la crítica que se realiza a través de un juicio de valor no es insultante, por muy acerba que sea, no lesiona el honor en sentido objetivo, aunque subjetivamente la persona pueda sentirse ofendida, ya que el artículo 208 nos ofrece un concepto de honor objetivo. En cambio, se es insultante objetivamente, ya lesiona el honor, ya es un hecho típico, contra lo que no se admite causa de justificación (ni completa ni incompleta) ni *exceptio veritatis*. Así, la discusión se centrará no en la existencia o no del *animus*, sino en si el ejercicio de tales derechos constitucionales ha sido legítimo. Cuando se hayan rebasado sus límites estaremos ante una conducta típica y anti-jurídica.

En el supuesto de que se esté difundiendo una información deshonrosa pero verdadera mediante la imputación de hechos íntimos, acogiendo un concepto de honor real o merecido, no habrá lesión jurídica del honor, pero puede suponer una lesión a la intimidad de esa persona, que encuentra tutela en el Título X: delitos contra la intimidad.

Es decir, la veracidad, protege constitucionalmente la información errónea, sin embargo, si lo narrado es cierto y afecta a la esfera íntima se ha probado la intromisión de ese ámbito y, por tanto, la lesión del derecho a la intimidad (49).

Si estos delitos han sido cometidos a través de la prensa, el CP actual mejora la responsabilidad en cascada en favor de la libertad de expresión en la medida en que las responsabilidades sucesivas del artículo 30 del CP (directores de la publicación, de la empresa editor y de la empresa impresora...) sólo pueden exigirse si las que en él se consideran como autores los son conforme a las previsiones del artículo 28 (es decir, como autores, inductores o co-operadores necesarios –siempre que actualicen su función en fase ejecutiva según el dominio del hecho–). La exclusión de los cómplices del ámbito de responsabilidad penal en estos delitos pretende evitar la limitación excesiva de la libertad de expresión en la prensa impidiendo la censura interna.

(49) STC 65/1991. *Vid.*, al respecto, BASTIDA FREJEDO, Francisco J. y VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Libertades de expresión...*, pp. 33 y 34.

IV. PRESENCIA DE LOS PERIODISTAS Y DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES EN LAS AUDIENCIAS PROCESALES

Salvo que —en virtud de los artículos 232.1 de la LOPJ y 680 de la LECr— se establezcan excepciones a la publicidad externa, por razones de «moralidad» (50) (STC 62/1982, de 15 de octubre), «orden público» (Sentencia del Tribunal Militar Central de 10 de julio de 1997) y «respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia» (71/1990, de 5 de abril), hoy no se discute (51), gracias a una doctrina asentada del TC [STC 30/82 de 1 de junio, 96/1987, de 10 de junio, entre otras (52)], la presencia de los periodistas en las sesiones del juicio oral, por tener un derecho preferente al ser intermediarios entre la sociedad y la noticia en cuanto representantes de los intereses legítimos de todas las personas (53).

(50) En razones de «moralidad» suelen incluirse los delitos contra la libertad sexual, e igualmente delitos relativos a la prostitución. Así, el artículo 15.5 de la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se refiere a la posibilidad de celebración a puerta cerrada del juicio oral para proteger la intimidad de la víctima. Es regla general que si los ofendidos son menores siempre se acuerde la celebración a puerta cerrada. De hecho, el artículo 35.2 de la LO 5/2000, reguladora de la responsabilidad penal del menor, establece que el juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas y en ningún caso se permitirá que los medios de comunicación social obtengan o difundan imágenes del menor ni datos que permitan su identificación, suscribiendo los pronunciamientos del TC en esta materia (STC 71/1990 y 36/1991).

(51) A pesar de las lagunas y contradicciones de la LECr en este punto.

(52) Vid. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Protección penal...*, pp. 145 a 149.

(53) ONETO, José, «El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios», en *Libertad de expresión y derecho penal*, Madrid: EDERSA, 1985, pp. 29 a 31. DE VEGA RUIZ, José Augusto, «El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios», en *Libertad de expresión y Derecho Penal*, Madrid: Edersa, 1985, p. 24. Del mismo autor, *Libertad de expresión...*, p. 170. BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia», en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 229. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, *El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Madrid: Civitas, 1985, pp. 82 a 92. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia penal», en *Jueces para la Democracia*, núm. 20, 3/1993, p. 26. LACABA SÁNCHEZ, Fernando, «Libertad de información y derecho a la seguridad: ¿bienes en necesario conflicto?», en *La Ley*, año XXI, núm. 5079, martes, 20 de junio de 2000, pp. 1 y 2.

Se justifica, pues, la preferencia de este derecho a la libertad de información en la medida en que el titular es la sociedad, siendo el periodista un mero intermediario. Desde esta perspectiva, el secreto periodístico (54) adquiere una vertiente institucional de la que carecen los demás secretos profesionales, de suerte que la información en un sistema democrático se sustenta en el principio de libertad tanto activa, de informar, como en el interés de la colectividad a recibir información, que fundamenta la opinión pública libre (55), indisolublemente ligada al pluralismo político.

Sin embargo, esta configuración no debe permitir que los informadores se apoyen en el llamado periodismo de investigación para, a su vez, ampararse en el secreto profesional porque a ellos corresponde demostrar la veracidad de la información difundida (STC 23/1995).

Sin embargo, un tema al que no se ha hallado una solución definitiva en el derecho español (56) ni tampoco en el ámbito del derecho comparado (57) es el de la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales, que se plantea especial-

(54) Sobre el modo en que queda configurado este derecho en una sociedad democrática, *vid.* OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Justicia y secreto profesional*, Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., 2001, pp. 51 a 91.

(55) Sobre la relevancia constitucional del pluralismo informativo, *vid.* RALLO LOMBARTE, Artemi, *Pluralismo informativo y Constitución*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2000, pp. 61 ss.

(56) Cfr. artículos 680 de la LECr, 8.2.a) y 8.2.c) de la LO 1/1982. Los límites de la intervención de los medios de comunicación audiovisuales vendrán encuadrados, en primer lugar, por el artículo 20.4 de la CE –respeto al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia– y, en segundo término, por la LO 1/1982, de 5 de mayo sobre «Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen» que determina lo que son «intromisiones ilegítimas», que nunca lo serán las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente aun cuando predomine un interés histórico, científico o cultural.

Con mayor concreción se ha planteado el tema por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, quien ha aprobado Acuerdos desde 1995. La STS de 9 de julio de 1999 sobre el acceso de los periodistas a las sedes judiciales desestima los recursos contencioso-administrativos interpuestos por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España contra el Acuerdo del CGPJ de 7 de febrero de 1996 sobre Normas de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo. Lo desafortunado, de los acuerdos anteriores de la Sala de gobierno había consistido en pretender que prevalezca esta decisión gubernativa sobre la de los órganos jurisdiccionales, suponiendo, en consecuencia, una invasión de atribuciones.

(57) Sobre las soluciones que ofrecen Alemania, Francia, Italia, Portugal, Estados Unidos y Reino Unido, *vid.* mi trabajo *Protección penal...*, pp. 152 a 154.

mente en aquellos juicios que versan sobre temas que impactan a la opinión pública —terrorismo, agresiones sexuales, grandes delitos socioeconómicos, etc.

Ante la ausencia de una regulación específica, se ha generalizado una opinión favorable a la presencia de los medios audiovisuales en las audiencias penales, que encuentra apoyo en la ausencia de obstáculo legal.

No obstante, pueden hacerse una serie de reflexiones al respecto. Una primera afirmación es clara: en los supuestos en los que la LECr permite la exclusión de la publicidad externa, evidentemente y con mayor motivo, se puede prohibir la captación y difusión de imágenes y sonido del juicio oral.

Segunda: la difusión de la imagen de los acusados por televisión puede hacer más profunda la lesión de su honor o representar un inconveniente para su integración social, entrando de este modo en crisis la prevención especial (58), sin que se sepa, por el contrario, en qué medida la divulgación de su imagen contribuiría a la prevención general. Asimismo, la difusión televisiva constituye una intrusión más grave en la intimidad y en la propia imagen del imputado, con el uso frecuente de la técnica del primer plano tendente a encuadrar el rostro del protagonista con sus muestras de ira, dolor o desesperación (59). No obstante, no hay que olvidar que en el caso de personajes públicos y notorios el derecho a la intimidad puede ceder por virtud del interés general, esto es, del interés público (60). Sin perjuicio de esto, la protección de la intimidad deberá ser igual que la que merecen las personas privadas cuando el presunto delito haya

(58) BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia»..., pp. 226 y 227. GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen*, Buenos Aires: Ad Hoc, 1995, p. 43.

(59) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 46 y 47. Sobre el derecho a la propia imagen se suelen distinguir varias facetas: como derecho autónomo, independiente del ámbito estricto de los derechos a la intimidad y al honor, por ejemplo, cuando la imagen se ha tomado con su consentimiento pero se reproduce sin su autorización; como derivación del derecho al honor, por ejemplo, la difusión de la imagen que hiera el sentimiento; por último, en general, se considera que toda difusión de la imagen contra la voluntad de la persona comporta un ataque contra su intimidad, al reconocerse que el anonimato forma parte del derecho a la intimidad. Cfr. *ibidem*, pp. 97 a 99.

(60) La jurisprudencia alemana soluciona este problema en el mismo sentido. *Vid.*, al respecto, ROXIN, Claus, «El proceso penal y los medios de comunicación», en *Poder Judicial*, 3.ª época, núm. 55, 1999 (III), pp. 76 y 77.

sido cometido, por ejemplo, fuera de la esfera funcional del funcionario o relacionado con la vida íntima del personaje notorio.

Tercera: la introducción en la Sala de los aparatos necesarios para la retransmisión de los debates por la televisión o por la radio, también puede plantear problemas de seguridad, seguridad que puede verse amenazada en el caso de crímenes organizados, cuando se juzga a integrantes de bandas armadas, en el caso de tráfico de estupefacientes. En estos casos, la limitación debe provenir no sólo de las medidas que impone la ley de protección de testigos (que no abarca al imputado), sino de la prohibición de difundir su imagen por la televisión. Al propio tiempo, estos medios técnicos que registran la voz y el sonido son ciertamente aparatosos, lo que puede afectar a la percepción y atención del Tribunal, las partes y el público, poniendo en peligro el principio de inmediación (61).

Cuarta: la abundancia de periodistas y fotógrafos presentes en la Sala puede dificultar el desarrollo normal de los debates, así como la espontaneidad con la que se realicen las diversas intervenciones (62), lo que afecta a la finalidad de la búsqueda de la verdad al incidir negativamente en la fiabilidad de los testigos. En efecto, la presencia de las cámaras puede desatar en los testigos sentimientos de miedo, nerviosismo o intranquilidad que puede afectar a su testimonio (63). En estos casos, no se cuestiona la posible presión sobre el tribunal que ha podido tener el exceso de información en el curso del proceso que permita una limitación del derecho a la información para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial, sino la denegación implícita de prueba testifical (64) al haber podido tener conocimiento los testigos que iban a declarar de las manifestaciones realizadas. El riesgo de esa comunicación es difícilmente evitable en un proceso de larga duración y más si es de

(61) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 44 y 130.

(62) BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia»..., pp. 226 y 227. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa...*, pp. 43 y 44.

(63) DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIANDE, Jesús M.^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada: Comares, 1996, p. 47.

(64) Es decir, como afirma GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco, «La televisión desde la sala del juicio en los procesos penales», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 234, la exigencia de aislamiento entre testigos que establece el artículo 704 LECr se hace irrisoria con la difusión televisiva de los cada vez más frecuentes macroprocesos.

relevancia pública, pero ello no implica necesariamente la existencia de indefensión de relevancia constitucional, afecta más al derecho a un juicio justo (65).

Quinta: en los juicios de mayor notoriedad, la manipulación de las declaraciones puede provocar en los medios de comunicación la celebración de juicios paralelos, especialmente las crónicas televisadas, pues parecen tomar el lugar de verdaderos juicios, con el posible riesgo de constituir una violación del principio de presunción de inocencia (66) (art. 24 de la CE) y un obstáculo para la independencia judicial (art. 117.1 de la CE).

Sexta: aunque las retransmisiones pretendan ser neutrales, ocasionan una serie de efectos secundarios, al margen de los inconvenientes expuestos anteriormente: así, la explotación con fines comerciales del dolor de los acusados y de las víctimas, propiciar artículos de opinión sobre el acusado, publicación de pruebas inadmisibles en el juicio, crear un estado de opinión en la sociedad, etc. (67).

Para paliar estos inconvenientes, se proponen las siguientes pautas:

1.^a La presencia de periodistas en los juicios respeta el contenido esencial de la libertad de información, por lo que acordar la no presencia de cámaras de televisión en el juicio oral, en general, no menoscaba esa libertad informativa (68). En otros términos, el jui-

(65) Cfr. Auto del TC de 28 de noviembre de 1990.

(66) BUENO ARÚS, Francisco, «Libertad de expresión y Administración de Justicia»..., pp. 226 y 227. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., *Juicio oral y medios de prensa...*, pp. 31 y 42.

(67) VERGER GRAU, Joan, «Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado», en *La criminalidad organizada ante la Justicia (Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi -Director-)*, Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, p. 216.

(68) DEL MORAL GARCÍA, Antonio y SANTOS VIANDE, Jesús M.^a, *Publicidad y secreto...*, p. 165. En sentido contrario, O'CALLAGHAN, Xavier, «Audiencias públicas y cobertura informativa», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 273 a 281, quien se manifiesta claramente a favor de la retransmisión por televisión, siempre que se respeten los derechos a la intimidad y a la imagen. En este último sentido, GIL SÁEZ, José M.^a, «Televisión y juicio penal», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 243. DE CARRERAS, Luis, «La autorregulación como alternativa a las restricciones legales informativas y como sistema de relación entre las televisiones y los jueces», en *Revista del Poder Judicial*

cio no deja de ser público (69) porque se prohíban las filmaciones o registros sonoros. La transmisión de imágenes constituye un complemento de la información que rara vez conforma la información misma, y, aunque se utilice como instrumento exclusivo de información, es un medio sustituible por la expresión oral o escrita. No se condiciona, por tanto, el contenido de la información sino que tan sólo se proscribe el empleo de aparatos técnicos (70).

En todo caso, la presencia de las cámaras debe requerir autorización judicial, sujeta a una doble condición: que no se perjudique el regular desarrollo de los debates y que el juez obtenga la conformidad de las partes aunque excepcionalmente pueda otorgarse la autorización, a pesar de la oposición del interesado si el juez aprecia un interés social relevante en la información.

Evidentemente, deben establecerse medidas especiales de protección para determinados testigos, como los niños, o para ciertos acusados, como los enajenados (71).

2.^a Es posible, pues, poner restricciones al registro de sonido o imagen y, por tanto, límites al derecho a acceder a la información, sin agravio del derecho a la propia libertad de prensa en la medida en que estas restricciones estén destinadas a proteger otros intereses *en concreto* prevalecientes (72), para lo cual es indispensable la téc-

núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 267. GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco, «La televisión...», p. 233, también defiende la presencia de las cámaras siempre que no se perturbe el normal funcionamiento del juicio. También DEL VAL VELLILLA, Luis, «El tratamiento televisivo de las noticias criminales», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 239, quien rotundamente manifiesta que el sistema de emisión del juicio íntegramente ofrece muchas ventajas: veracidad absoluta; las partes son mucho más escrupulosas ante la presencia de las cámaras; las cámaras acercan la justicia a la sociedad; fortalecen el respeto al sistema; son garantes de un juicio objetivo, de la imparcialidad y la igualdad.

(69) Más optimista se muestra, MORENO CATENA, Víctor, «El derecho a un proceso público...», p. 306, a quien no le parece que en España la presencia de los medios de comunicación en las salas de las audiencias pueda realmente llegar a torcer el ánimo de los juzgadores.

(70) PEDRAZ PENALVA, Ernesto, «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», en *La criminalidad organizada ante la justicia*, Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi (Director), Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, p. 189.

(71) LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28.

(72) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 127, 162 y 163. En el mismo senti-

nica de la ponderación (73). Sin embargo, no se dispone de una solución fácil para los casos de emisiones en diferido (74). En todo caso, podrán restringir las grabaciones cuando pongan en peligro la finalidad del proceso, afectando a la imparcialidad del mismo, la presunción de inocencia (75), la seguridad del imputado, de los testigos o de sus familias. Es sobre todo la televisión la que agudiza estos problemas porque la imagen, si no se maneja con excesivo rigor, equilibrio y objetividad puede ser un medio de manipular y de desconcertar a la opinión (76).

3.^a Cuando esté en juego el derecho al honor, intimidad y propia imagen del imputado, deberá contarse con su consentimiento para la grabación televisiva (77), ponderando de nuevo estos intereses en relación al derecho a la información. Incluso puede excluirse el acceso a la televisión en los procesos por determinados delitos que afectan intensamente a la vida privada de la víctima, como los crímenes sexuales (78).

do, VERGER GRAU, Joan, «Los juicios paralelos...», p. 216, partiendo de la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en *Nebraska Press Association v. Simants* 427 US. 539, 96. SCT, 2791, 49 L., ed. 2d, 683/1976. En este contexto, resultan interesantes las recomendaciones realizadas por el Consejo Audiovisual de Cataluña (cfr. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Materiales y contenidos del encuentro», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro jueces-periodistas*, noviembre, 1999, pp. 27 y 28).

(73) LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28, destaca como ejemplo de cómo debe tratarse el conflicto entre el interés informativo y los derechos del acusado, desde la óptica de la ponderación, la decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán en el caso *Lebach* (BverfG 35, 202), por la que se prohibió la emisión de un programa documental sobre el asesinato de cuatro soldados, que se pretendía televisar dos años después de producida la condena, destacando el Tribunal la relevancia del principio de rehabilitación de las personas condenadas, al que se recurre para limitar la difusión de noticias judiciales, máxime tratándose de la repetición de una información.

(74) GARCÍA PÉREZ, Siro Francisco, «La televisión...», p. 233.

(75) En este sentido, es interesante un proyecto de ley francés sobre la presunción de inocencia que contiene dos medidas para preservar la presunción de inocencia que pudiera debilitarse por los medios de comunicación audiovisuales; a saber: prohíbe difundir imágenes de personas esposadas, porque la fuerza de la imagen de una persona conducida a la fuerza con esposas, instrumento destinado aparentemente a evitar que huya, debilita la presunción de inocencia. Y, en segundo lugar, prohíbe los sondeos sobre la culpabilidad de un ciudadano. Cfr. GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso...», p. 167.

(76) DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 175.

(77) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, p. 163.

(78) LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28.

4.^a Los tribunales pueden dictar providencias para garantizar la concurrencia de todos los medios de comunicación en igualdad de condiciones, para no otorgar privilegios o ventajas competitivas (79) y, al mismo tiempo, como garantía del orden.

5.^a Las restricciones a la publicidad también pueden centrarse en prohibir que los abogados, las partes y los testigos efectúen declaraciones públicas, tras las retransmisiones televisadas o radiadas de los juicios.

6.^a En el resto de los supuestos, el Tribunal, para favorecer el desarrollo del juicio, puede limitar el número de cámaras televisivas, imponer su ubicación en lugares fijos y relativamente distanciados (80), de forma que no entorpezcan la atención y percepción del tribunal y del resto de las partes, prohibir el destello de los flashes y reflectores, regular el comportamiento de los propios periodistas en la sala, o incluso imponer, en determinados supuestos, que la retransmisión se haga en diferido. Es decir, no se trata de prohibir de modo absoluto su uso sino limitar su número, características y ubicación (81).

Se trata, en definitiva, de un problema de autorregulación (82) de los profesionales (83) o de algún tipo de norma legal (84), como existe en otros países europeos, o de reforma de la ya existen-

(79) GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 155, 156 y 165.

(80) Ya en 1987, en el proceso sobre el síndrome tóxico, la Audiencia Nacional, mediante una providencia, mantuvo esta postura sobre la captación de imágenes en la sala del juicio.

(81) En este sentido, GARCÍA, Luis M., *Juicio oral...*, pp. 130 a 132; LÓPEZ ORTEGA, Juan José, «Televisión y audiencia...», p. 28. Sobre las restricciones a esta publicidad partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, *vid.* VERGER GRAU, Joan, «Los juicios paralelos...», pp. 216 a 219.

(82) Para algunos, como ZARZALEJOS NIETO, José Antonio, «Estrategias informativas de la crónica judicial», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 227, la autorregulación constituye un objetivo aún lejano, lo que explica, aunque sean discutibles, propuestas restrictivas de la información judicial.

(83) PECES MORATE, Jesús E., «El juez ante la crítica pública», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 285 a 294, admitiendo que las críticas al juez o al tribunal producen más merma de confianza en la Administración de Justicia que en la imparcialidad del juez, cuya solución sólo es posible mediante una autoexigencia responsable por parte de los medios de comunicación.

(84) GIMENO SENDRA, Vicente, «La sumisión del juez...», p. 305.

te (85) que ampare al juez de las críticas que puedan afectar al prestigio de la justicia.

En este sentido, es deseable, especialmente en el campo de la televisión, el establecimiento de criterios deontológicos que vinculen a empresas y canales. A estos efectos son dignos de resaltar el Dictamen del Consejo de lo Audiovisual de Cataluña sobre la celebración de juicios y su tratamiento por televisión, redactado a propósito del tratamiento televisivo del juicio del crimen de Alcàsser, firmado el 6 de octubre de 1997, y, de otro lado, la propuesta de convenio de autorregulación sobre el tratamiento de los juicios por televisión suscrito por los directores de varias televisiones públicas autonómicas.

Ambos textos contienen una serie de recomendaciones comunes:

Primera: Que las empresas de televisión se abstengan de programar la intervención de testigos y peritos que constituyan medios de prueba. Abstención que no alcanza a los acusados en atención a su garantía de defensa y al principio de presunción de inocencia.

Segunda: Que las personas que actúan en los juicios como medios de prueba, si no tienen la consideración de públicas, tienen derecho a salvaguardar su intimidad y su propia imagen, con la posibilidad de solicitar que no se difunda su imagen por televisión.

Tercera: En relación a los menores (86) que aparecen como testigos, víctimas o inculcados en causas criminales —excepto víctimas de homicidio o asesinato—, con el fin de preservar su intimidad y el libre desarrollo de su personalidad, se evitará difundir el nombre, la voz, la imagen o los datos que permitan su identificación.

Cuarta: Debe diferenciarse claramente entre información, que tenderá a ser plural y objetiva, y opinión.

(85) AUGER LIÑÁN, Clemente, «Justicia, información y opinión pública», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 469.

(86) En este sentido, resultan de interés ciertas disposiciones del derecho comparado recogidas por LIS ESTÉVEZ, Rafael, «El menor, su protección ante los medios de comunicación dentro del ámbito del derecho penal», en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXIII: La libertad de expresión y el Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 329 a 335.

Quinta: En los juicios en que intervenga un jurado se recomiende que no participe ninguno de sus miembros en programa alguno hasta que se dicte sentencia, ni se difunda ningún dato que permita su identificación.

Sexta: Debe evitarse todo tratamiento de imagen que predisponga al espectador en favor o en contra de los intervinientes en el juicio. Los locutores sólo deben intervenir antes y después de terminada la sesión y sería deseable en procesos de gran trascendencia pública que un solo operador suministrara la sesión a las televisiones (87).

En definitiva, y extensivo a la prensa escrita, es preciso siempre una nítida separación entre descripción, análisis y opinión; rigor terminológico con información precisa y exacta sobre la situación procesal del inculcado, y especialización de los profesionales encargados de la crónica judicial convenientemente asesorados por expertos; delimitación del periodismo de investigación como contribución a la formación de la opinión pública y no como sustitutivo de la actividad judicial, y equidistancia entre las estrategias de acusación y defensa (88).

V. EL JUICIO PARALELO EN LA FASE DE DELIBERACIÓN DE LA SENTENCIA

Tras la celebración del juicio oral, se verifica la discusión y votación de las sentencias que se efectuará *a puerta cerrada*, y

(87) *Vid.*, ampliamente, GOMIS SANAHUJA, Lorenzo, «Publicidad del proceso...», pp. 167 a 170. También a favor de la autorregulación, DE CARRERAS, Luis, «La autorregulación...», pp. 253 a 271. TORRE CERVIGÓN, José M.^a, «Justicia y medios de comunicación», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 307 a 317. VARELA CASTRO, Luciano, «Proceso penal y publicidad», en *Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, p. 44. GAVELA ABELLÁ, Daniel, «Justicia, información y opinión pública», *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, p. 481. ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 91 a 93.

(88) ZARZALEJOS NIETO, José Antonio, «Estrategias informativas...», pp. 226 y 227.

por tanto, *en secreto*. El mantenimiento del secreto en la fase de deliberaciones ha sido abordado en la STC 66/2001, de 17 de marzo. El secreto en esta fase representa una garantía para el propio tribunal, pues permite evitar que sus miembros se vean presionados externamente en el momento de tomar su decisión y les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos, impidiendo, asimismo, juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada Magistrado durante los debates. De esta manera se salvaguarda la independencia y el prestigio más elemental al no revelarse las diferencias y dificultades que puedan surgir en el seno del tribunal para llegar a la obtención de la obligada mayoría (89). Sólo en la medida en que se acredite que la opinión de alguno o algunos de los integrantes del tribunal haya podido verse condicionada por circunstancias externas a la propia deliberación, o que la filtración iba encaminada a obtener una modificación interesada de lo previamente decidido, la garantía de imparcialidad podría afectarse en su vertiente subjetiva.

El derecho a la imparcialidad incide de forma distinta en cada fase del proceso y en el momento de la discusión de la sentencia, el instrumento del secreto sirve para que no se afecte a la libertad y espontaneidad en la decisión. Y si no, ¿por qué la deliberación secreta es facultativa en los órganos unipersonales? El peligro que puede representar en esta fase el juicio paralelo sólo puede afectar, por tanto, a la imparcialidad desde la perspectiva subjetiva, como arma para desacreditar la imagen de imparcialidad del juez, puesto que ya ha concluido el juicio oral y ya se ha desarrollado toda la prueba.

VI. MEDIOS DE TUTELA FRENTE A LOS RIESGOS DETECTADOS

Toda esta preocupación sobre los juicios paralelos, que no problema, no es nueva, y ha motivado resoluciones expresas tanto del Consejo General del Poder Judicial como de la Fiscalía

(89) Cfr. DE VEGA RUIZ, José Augusto, *Libertad de expresión...*, p. 166.

General del Estado (90) que no han sido especialmente fructíferas (91).

Partiendo de esta realidad, y ante un espacio tan marcado de conflicto, algunos autores (92) consideran necesaria la intervención

(90) Circular de 22 de julio de 1928 de la Fiscalía; la Fiscalía ha abordado recientemente el tema en la Instrucción 3/1993 de 16 de marzo la Memoria anual del CGPJ correspondiente a 1981. Acuerdo del CGPJ de 5 de noviembre de 1986 que lo calificaron de «Ley del Silencio», pues vieron en el mismo un intento de coartar el derecho a libre información en una sociedad democrática. Sin embargo, el mencionado Acuerdo significó una innovación respecto a las manifestaciones, que sobre esta materia se habían formulado anteriormente desde los órganos del Poder Judicial. En esta misma línea, el Pleno del CGPJ, el 15 de noviembre de 1989, adoptó un nuevo Acuerdo. Sobre el mismo, *vid.*, *in extenso*, ZURITA PINILLA, Agustín, «Oficinas de prensa en la Administración de Justicia», en *Poder Judicial, núm. especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación*, 1990, pp. 232 a 238. Asimismo, sobre la obligación de informar por parte de los órganos judiciales, *vid.* MÉNDEZ DE LUGO Y LÓPEZ DE AYALA, Augusto; CARRILLO, Marc; GOR, Francisco y YAÑEL NÚÑEZ, Agustín, «Los tribunales de justicia y sus obligaciones informativas», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 173 a 214, proponiendo soluciones ante esta carencia. No obstante, el Consejo General del Poder Judicial siempre se ha preocupado por la influencia de los medios de comunicación en el proceso, prueba de ello es la declaración del Pleno de tal órgano, de 25 de enero de 1995, recordando la necesidad de una regulación legal en esta materia. Es la primera vez, pues, que el Consejo aborda la posible afectación de los medios de comunicación al derecho a un juicio justo en imparcial, reclamando, ante este vacío legal, una regulación urgente de la materia. La declaración del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 2 de julio de 1997, sobre los denominados «juicios paralelos», advierte que «El principio constitucional de publicidad del proceso, que despliega su máxima amplitud durante la fase de juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales. No obstante, recaba la colaboración de los profesionales y de los ciudadanos e interesa, al propio tiempo, las reformas legislativas precisas para regular aspectos tales como las condiciones de acceso a los actos de juicio o la comparecencia de testigos y peritos ante los medios de comunicación mientras el procedimiento se encuentre pendiente de resolución». El acceso de los medios de comunicación a las Salas de Justicia ha sido objeto de tratamiento también por el Pleno del CGPJ, mediante Acuerdo de 7 de febrero de 1996. La STS de 9 de julio de 1999 sobre el acceso de los periodistas a las sedes judiciales desestima los recursos contencioso administrativos interpuestos por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España contra el Acuerdo del CGPJ de 7 de febrero de 1996 sobre Normas de acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo.

(91) Sobre estas resoluciones, *vid.* mi trabajo *Protección penal...*, pp. 73 ss.

(92) Así, HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos y proceso penal (Razones para una necesaria intervención legislativa)», en *Revista de Derecho y*

del legislador ordinario como instrumento singularmente eficaz de determinación normativa dotado de mayor certeza y previsibilidad jurídica, en la medida en que la Constitución no puede abarcar la regulación de todos los aspectos y conflictos de la vida social, intervención que debe hacerse desde el mayor consenso posible y desde la adecuada concreción de los intereses en conflicto y respetuosa con los núcleos esenciales de los respectivos derechos.

Otros optan por reinterpretar operativamente la cláusula del artículo 10.2 (93) del CEDH.

Algunos (94) proponen, incluso, la conveniencia de disposiciones penales que protejan a los jueces, en atención a la función que desempeñan, de determinados ataques o injerencias procedentes de la opinión pública, análogas, por ejemplo, a las de ciertas legislaciones de derecho comparado como la francesa (arts. 434-16 y 434-25 del Código penal de 1994), o como el artículo 23 de la Ley austríaca sobre los medios de comunicación (95).

Proceso Penal, núm. 3, Pamplona: Aranzadi, 2000, pp. 127 y 128. El mismo autor, «Justicia Penal y medios de comunicación: los juicios paralelos», en *Problemas actuales de la justicia penal*, Barcelona: Bosch, 2001, pp. 84 y 85.

(93) Sobre los artículos 6 y 10 del Convenio, *vid.* TRITUM, Patrick, «Libertad de información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos», en *Revista del Poder Judicial núm. especial XVII: Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999, pp. 361 a 370.

(94) Como ARAGÓN REYES, Manuel, «Independencia judicial y libertad de expresión», en *Derecho Privado y Constitución*, año 4, núm. 10, 1996, p. 296.

(95) Francia: el artículo 434-16 del Código penal francés de 1994, dentro del Capítulo IV «De los delitos contra la Administración de Justicia», y, a su vez, dentro de la Sección 2.ª «De la obstrucción del ejercicio de la Justicia», establece que «la publicación antes de que se pronuncie una decisión jurisdiccional firme, de comentarios tendentes a ejercer presión para influir en las declaraciones de los testigos o la decisión del juez de instrucción o sentenciador, será castigada con la pena de seis meses de prisión y 50.000 F. de multa.

En caso de que la infracción se haya cometido por medio de la prensa escrita o audiovisual, las disposiciones particulares de las leyes que rigen estas materias son aplicables en lo que se refiere a la determinación de las personas responsables.

Y en la Sección 3.ª «De los delitos contra la autoridad de la Justicia» y, en concreto, apartado 1. «De los delitos contra el respeto debido a la Justicia», el artículo 434-25 dice: «El que tratare de sembrar el descrédito, públicamente y mediante actos, palabras, escritos o imágenes de cualquier naturaleza, acerca de una acción o decisión judicial, en condiciones que pueden atentar contra la autoridad de la justicia o su independencia, será castigado con la pena de seis meses de prisión y 50.000 F. de multa.

En caso de que la infracción haya sido cometida a través de la prensa escrita o audiovisual, las disposiciones particulares de las leyes que rigen estas materias se-

Como se puede observar, los derechos internos austríaco y francés no exigen probar que la influencia ejercida en el caso concreto tenga un efecto específico sobre el proceso.

Se trata de un delito de peligro concreto en la línea de la institución del Reino Unido, *Contempt of Court*. En efecto esta figura, es el instrumento utilizado por los tribunales para impedir las perturbaciones al regular funcionamiento de la Administración de Justicia, imponiendo restricciones a la libertad de prensa. Puede ser preventivo o represivo (en este caso, como delito de peligro concreto), calificándose como paradigma de esta institución *Prejudicing a fair trial* que presume que el espectáculo de los juicios paralelos en la prensa puede llegar a producir nefastas consecuencias sobre el reconocimiento de los tribunales de justicia como foro para determinar la culpabilidad o inocencia de la persona sometida a un proceso penal, figura que se planteó, como es sabido, en el caso *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 (96). De hecho, tras la entrada en vigor de la *Contempt of Court Act* de 1981, late una cierta hegemonía del interés por la correcta Administración de Justicia respecto a la libertad de expresión aunque se pretende un equilibrio partiendo de la consideración de que la libertad de prensa es uno de los pilares de la democracia y que la *injerencia* en ella debe restringirse en la medida estrictamente necesaria para proteger intereses públicos. Penar la publicación de un proceso pendiente cuando conlleve este peligro de influencia supone —al igual que los ejemplos anteriormente destacados—, trasladándolo al derecho continental, un delito de peligro concreto.

Estos tres ejemplos del derecho comparado (Francia, Austria y *Contempt of Court*) que hemos puesto de manifiesto pueden servir de pauta para interpretar nuestra normativa en la fase instructoria e intentar conseguir el deseable equilibrio, pero, en ningún caso, son útiles para proponer una institución similar en nuestro derecho (97)

rán aplicables en lo que se refiere a la determinación de las personas responsables».

Artículo 23 de la Ley austríaca sobre los medios de comunicación: «cualquiera que en el curso de un proceso penal después de la inculpación y antes de juicio en primera instancia, exprese públicamente su criterio acerca del resultado probable del juicio o el valor de un medio de prueba, de forma tal que sea susceptible de influir sobre el resultado del proceso, será castigado con una pena de hasta 180-días multa».

(96) Sobre la institución de *Contempt of Court* y sobre la STEDH *Sunday Times*, vid. OTERO GONZÁLEZ, Pilar, *Protección penal...*, pp. 56 a 68.

(97) Porque, como afirma FAYOS GARDO, Antonio, «Libertad de prensa y procesos judiciales: una visión de la institución británica del *contempt of court*», en las instituciones jurídicas ni pueden ni deben importarse irreflexivamente. Igualmente, de

en la fase de juicio oral porque la solución de prohibir de forma general la publicación de asuntos *sub iudice* vulneraría el artículo 20 de la CE y la propia concepción asentada por el TC de la libertad de información como pilar esencial del Estado democrático.

Una cuestión es la línea iniciada por el TEDH, a raíz del caso *Sunday Times*, y otra distinta es que estas conductas constituyan delito. No puede desconocerse que este derecho a la libertad de información puede chocar con la salvaguarda de otros intereses constitucionalmente reconocidos, pero tampoco puede desconocerse el contenido del derecho a la información en una sociedad democrática, lo que exige una rigurosa ponderación de cualquier norma que coarte su ejercicio. Este reconocimiento debe constituir un poderoso límite interpretativo a la expansión de la tutela penal en esta materia.

En consecuencia, la necesidad de la injerencia (98), como concepto jurídico indeterminado que es, interpretada restrictivamente por el TEDH, junto con los principios de intervención mínima y de fragmentariedad que deben presidir el derecho penal, hace muy difícil la aplicación de medidas penales.

Tampoco es idónea (99), por exagerada como medida limitadora, la suspensión del juicio, porque la influencia del tribunal por

forma muy gráfica, PANTALEÓN, Fernando, «La Constitución, el honor y unos abrigos», en *La Ley*, D-162, 1996-2, p. 1689, «Las soluciones jurídicas no pueden importarse como frigoríficos: al igual que el desarrollo de ciertos animales y plantas sólo es posible en su hábitat natural, la racionalidad de las soluciones jurídicas descansa no pocas veces de tal manera en la estructura institucional en la que se producen que, desenraizadas de ella, pierden por entero su buen sentido». ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 81 y 82, también se muestra contrario a esta medida por la difícil comprobación de que una publicación es adecuada para influir en la decisión de un tribunal, sin olvidar, por otro lado, que el *Contempt of Court* se apoya en los precedentes jurisprudenciales lo que imposibilita una adopción sin reparos de este modelo.

(98) Sobre la *necesidad de injerencia* y sobre el principio de *proporcionalidad* (inherente al concepto de *necesidad de injerencia* del Convenio), que tiene una importancia decisiva a la hora de determinar en cada caso concreto si la limitación al derecho resulta convencionalmente justificable, cfr. LEZERTUA RODRÍGUEZ, Manuel, «El derecho a la libertad de expresión en la Jurisprudencia de la Comisión y del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial XI: La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 356 a 364. TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, «La libertad de expresión en la Jurisprudencia del TEDH», en *Cuadernos de Derecho Judicial núm. XXXIII: La libertad de expresión y el Derecho Penal*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1993, pp. 92 a 105.

(99) A juicio de ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 78 y 79, que comparto.

parte de los medios de comunicación se presume pero no hay una comprobación concreta, lo que hace que no sea conveniente suspender un proceso penal sobre la base de suposiciones, con el peligro añadido de erigirse los medios de comunicación, a través de esa medida en instancia decisoria dentro del proceso penal pues bastaría con que prejuzgaran el resultado de un proceso para que quedara excluido el derecho del Estado a castigar.

Se puede, pues, comprobar que en España no hay base legal en la fase de juicio oral para preterir la libertad de expresión de forma general en beneficio del derecho a la tutela judicial efectiva. Solamente se puede limitar la publicidad (100) en aspectos puntuales pero no imponer una prohibición total de publicación sobre los hechos de un proceso en curso. Y menos aun con medidas penales. Por tanto, la vía legislativa no puede ser el único ni mucho menos el primer cauce existente a la hora de resolver los conflictos.

Por otro lado, el control judicial se muestra insuficiente. Quizá lo conveniente sea plantear la necesidad de fomentar la autorregulación (101) y el autocontrol de los medios de comunicación como métodos complementarios de la resolución de conflictos, como ejercicio de responsabilidad, que no supone, en ningún caso, autocensura.

Para los casos en los que esta autorregulación falle, es conveniente aplicar medidas de tutela no penales concretas como el secuestro excepcional de publicaciones cuando la publicación genere un alto riesgo de afectación de los derechos fundamentales en juego (102). Son soluciones sectoriales menos graves que las que suponen una medida penal y pueden ser igualmente apropiadas para contribuir a la protección del proceso.

Asimismo, contamos ya con las causas de abstención y recusación. Quizá sería conveniente acometer una reforma de las causas de recusación análoga al parágrafo 24 de la Ley Procesal Penal

(100) *Vid.*, por todos, MORENO CATENA, Víctor, «El derecho a un proceso público...», pp. 305 y 306.

(101) Tal como se ha propuesto *supra*.

(102) HERNÁNDEZ GARCÍA, Javier, «Juicios paralelos...», p. 130. Del mismo autor, «Justicia penal...», p. 88. Partidario también del secuestro o de alguna otra sanción restrictiva de derechos como medida para garantizar la «autoridad» de los tribunales cuando la publicación sea injuriosa, se muestra GIMENO SENDRA, Vicente, «La sumisión del juez...», pp. 305 y 306, técnicas, a su juicio, más garantistas que la del *Contempt of Court* anglosajón.

Alemana (103) introduciendo como causa expresa el haberse sentido el juez presionado por influencias externas por parte de los medios de comunicación durante el desarrollo del juicio oral que hayan puesto en riesgo su independencia.

Por otra parte, y como ya se ha manifestado, disponemos de correctos instrumentos de tutela penal para las conductas más graves y que atacan a los bienes jurídicos más importantes, acorde con los principios limitadores de fragmentariedad y de *ultima ratio* del derecho penal. Así, el delito de prevaricación (art. 446 CP) cuando efectivamente se haya probado que tal influencia por parte de los medios de comunicación existió de forma que determinó la parcialidad del tribunal al dictar sentencia. Desaparecido el delito de desacato (con buen criterio por lo dicho anteriormente), la difusión de hechos relativos al ejercicio de la actividad judicial constitutivos de una intromisión ilegítima del derecho al honor si exceden de la libre crítica a la labor profesional pueden constituir los delitos de injurias o calumnias. Del mismo modo que los delitos contra el honor son la respuesta idónea a la vulneración del derecho a la presunción de inocencia del inculgado.

Por el contrario, el delito de obstrucción a la justicia (art. 464.1 CP) no es aplicable porque el sujeto pasivo en ningún caso es el juez. En todo caso, se trata de un delito especial de amenazas condicionales, lo que prueba que si se constata que, efectivamente, el juez ha visto vulnerado el libre proceso de formación de su voluntad, podría ser sujeto pasivo de un delito de amenazas condicionales.

Evidentemente, es inconstitucional el mantenimiento del secreto en la fase de juicio oral. En consecuencia, tampoco son susceptibles de aplicación los delitos de revelación del secreto sumarial externo (art. 417 CP) ni del secreto sumarial interno (art. 466 CP).

(103) Establece que todo juez puede ser recusado porque se tema la existencia de parcialidad y tiene que ser sustituido por otro juez cuando haya un motivo suficiente para justificar una desconfianza frente a la imparcialidad de un juez. Cfr. ROXIN, Claus, «El proceso penal...», pp. 84 y 85.