

ESTUDIOS

LIBERTAD DE INFORMACIÓN Y «JUICIOS PARALELOS»: LA DOCTRINA DEL CONSEJO DE EUROPA

JUAN DE MIGUEL ZARAGOZA
Doctor en Derecho
Magistrado

SUMARIO: I. Planteamiento.—II. La perspectiva del Consejo de Europa: 1. Aspectos orgánicos y competenciales del Consejo de Europa. 2. La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3. La doctrina del Comité de Ministros. 4. La posición de la Asamblea Parlamentaria.—III. Aspectos de Derecho Español.

I. PLANTEAMIENTO

Desde hace unos pocos años se están produciendo señales de alarma en numerosas sociedades democráticas y en instancias internacionales como el Consejo de Europa, ante el peligro que representa para el sistema, la perversión de uno de sus valores, como es la libertad de información.

El peligro es máximo, cuando se articula a través de lo que hemos dado en llamar «juicios paralelos», pues lo que se pone en peligro no es el principio constitucional de la división de poderes, —que nadie osa atacar abiertamente— sino uno de sus presupuestos básicos que es la independencia del Juez, en su sentido más profundo, su libertad frente al prejuicio, en suma su libertad interna en la formación de su juicio, en el caso concreto. Este es uno de los elementos analizados en la llamativa sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de Julio de 1999 (caso *Herri Batasuna*, Fundamentos de derecho 8 y 9) en cuanto considera inadmisibles los llamados juicios paralelos, incluso bajo la apariencia de reportajes neutrales, cuando pueden afectar a la imparcialidad o incluso a la apariencia de imparcialidad de los órganos judiciales y alterar su serenidad.

Hace casi 70 años José Ortega y Gasset decía que «hoy no existe en la vida pública más poder espiritual que la prensa».

El análisis sigue siendo válido y además la situación es más grave, como consecuencia de los nuevos vehículos técnicos de información masiva y las mayores posibilidades de manipulación, tanto más peligrosas, cuanto más inteligente sea en la disimulación del mensaje, la aparente asepsia de su presentación.

Ese ataque profundo a la independencia de cada Juez pervierte todo el sistema, pues es al Poder Judicial al que incumbe proteger los derechos de todos, incluidos los del acusado, y hacer el balance de los valores en conflicto.

Sería fatigoso hacer un inventario de esas señales de alarma que citaba al principio, aunque pueden resumirse en una sola cita, al más alto nivel, puesto que se contiene en un discurso del Presidente del Tribunal Supremo y del Órgano de Gobierno de los Jueces, el Consejo General del Poder Judicial, en el discurso de apertura del año judicial (1996-1997).

Hablando de las garantías del Poder Judicial frente a la opinión pública se decía:

«Desde la sociedad, desde la opinión pública, se puede con desmedidas campañas de prensa menoscabar esa autoridad en detrimento de su cometido protector. No creo necesario abundar en explicaciones sobre la certeza y entidad de este riesgo.»

Un conocido profesor español de derecho procesal, también constitucionalista, habla de la «participación popular indirecta» a través de los medios de comunicación y tras recordar la doctrina del Tribunal Constitucional del derecho a ser informado mediante «reportajes neutrales» (STC 52/1996), de cuantas noticias relevantes sucedan en los Juzgados, se pregunta si es legítimo que a través de los juicios paralelos o *reality show* se pretende influir en las resoluciones judiciales con el riesgo de infringir otros derechos fundamentales.

Nuestro Tribunal Constitucional ha lanzado un mensaje optimista, negando la mayor, al dar por descontado que la profesionalidad de los Jueces les hace inmunes frente a todo tipo de presión mediática (Auto de 26 de junio de 1991, caso Rueda).

No disponemos de instrumentos de medida adecuados, para confirmar este pronóstico. Lo que sí se impone en cambio como evidente es que el modelo existente de autocontrol no ha eliminado el problema.

La cuestión que se plantea, para la reflexión, es si el cambio de modelo provocaría riesgos superiores que aconsejarían convivir con esta patología del sistema.

Creo que hay importantes pistas de reflexión en el Informe de la *Comisión Calcutt* en el Reino Unido sobre el régimen de autocontrol de la prensa.

Sir David Calcutt decía:

«La Comisión sobre la intimidad confiaba en que el nuevo régimen de autocontrol centrado en la Comisión de Queja sobre la Prensa fuera eficaz y el Gobierno compartía este punto de vista. La sanción que implicaría la perspectiva de una intervención de carácter legal, claramente expuesta en el informe de la Comisión, debería haber sido suficientemente persuasiva.»

Por tanto, lamento haber llegado a la convicción de que la Comisión de Quejas sobre la Prensa, tal como este sector la configuró, no haya demostrado ser capaz de llevar a cabo su labor de control de la prensa de manera eficaz y siento haber tenido que recomendar que el Gobierno debiera aprobar un régimen legal para la misma en la actualidad.

No me cabe la menor duda de que mis recomendaciones se enfrentarán a la pretensión de que dichas recomendaciones producirán como resultado la censura y el amordazamiento de la prensa, que éstas impedirán el desarrollo del periodismo de investigación responsable y que sólo servirán como escudo protector para los infractores.

En su primer informe anual, la Comisión de Quejas sobre la Prensa, al referirse a las propuestas relativas a la aprobación de un régimen de tipo legal (en caso de fracaso del sistema de autocontrol) señalaba lo siguiente: "A pesar de cualesquiera tipo de salvaguardias que pudieran adoptarse, tal sistema dotaría de hecho al Gobierno de unos medios tan amplios para mutilar a la prensa de los que no ha dispuesto durante siglos".»

No quisiera introducir más confusión en esta encrucijada, sino hacer una modesta contribución aportando algunos elementos de análisis, surgidos en una Organización Internacional que agrupa a más de 40 países europeos, como es el Consejo de Europa.

II. LA PERSPECTIVA DEL CONSEJO DE EUROPA

1. La estructura orgánica del Consejo

Parece aconsejable, como introducción al examen de las diferentes posiciones en el Consejo de Europa a través de sus órganos, recordar unos mínimos elementos orgánicos y competenciales del Consejo, establecidos en el Estatuto de Londres de 7 de mayo de 1949.

El Consejo de Europa es una Organización Internacional de carácter general con competencias en todos los ámbitos, tendentes a la finalidad de crear una unión más estrecha entre los Estados Parte. Quedan excluidas las cuestiones referentes a la defensa nacional, aunque se entiende generalmente que sí son de su competencia los aspectos políticos de la defensa.

La actividad normativa y jurisdiccional se ejerce a través de:

- El Comité de Ministros, órgano político de carácter intergubernamental.
- La Asamblea Parlamentaria (inicialmente denominada Consultiva) cuyos miembros son designados por los Parlamentos nacionales y no en elecciones europeas uniformes como el Parlamento de la Unión Europea.
- El Tribunal de Justicia de Estrasburgo con competencias limitadas al Convenio de Roma de 1950 de protección de los derechos humanos.

El Comité de Ministros dispone de un poder de recomendación respecto a los Estados. También la Asamblea dispone de tal poder, pero es de orden interno, pues se dirige al Comité de Ministros y no a los Estados. La doctrina define a las primeras como recomendaciones intersubjetivas, pues se dirigen por un sujeto de derecho internacional a otro sujeto de derecho internacional.

Aparte las Recomendaciones, la obra jurídica del Consejo se ha traducido en más de 150 Tratados internacionales.

No existe Convenio alguno referido a los derechos y deberes de los medios de comunicación, por lo que el contenido de la libertad de información y sus límites, hay que buscarlo en otras fuentes que se analizan a continuación.

2. Los límites de la libertad de expresión en la jurisprudencia de Estrasburgo

El parámetro interpretativo y aplicativo de los sistemas políticos europeos, es el Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950, de protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

El sistema europeo ha ejercido una influencia básica en otras áreas, como han sido los Convenios en América (Carta de San José de Costa Rica) y en África (Carta de Addis Abeba). Pero sobre todo ha ejercido una influencia decisiva en un área geográfica reducida, en Europa, mediante su constitucionalización en el Tratado de Amsterdam, puesto que dentro de las Disposiciones comunes, el artículo 6 establece:

«La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del Derecho comunitario.»

Todavía es incierto el encaje sistemático de la Carta de Derechos Fundamentales, aunque ya ha sido terminado el Proyecto que se encomendó en Tampere a una calificada comisión de expertos nacionales, con el carácter de representantes personales de los Jefes de Gobierno.

El Convenio Europeo corresponde a la etapa histórica próxima al final de la segunda Guerra Mundial y debe situarse en ese contexto. En tal etapa histórica, la tarea urgente era cristalizar un número irreductible de derechos básicos que habían sido violados en el curso del conflicto.

El reconocimiento de los derechos económicos y sociales vendría después, con la Carta de Turín, Carta Social Europea (1961).

No obstante aquella codificación en esa etapa histórica, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo ha dado al Convenio un carácter dinámico y ha declarado que *«es un instrumento vivo que se debe interpretar a la luz de las condiciones actuales»* (asunto Lizidov C/. Turquía, sentencia de 23 de marzo de 1995).

El Convenio Europeo no es un texto programático, como la Declaración Universal de 1948, sino un texto jurídico que establece obligaciones internacionales e internas, con un órgano judicial (ahora único en virtud del Protocolo número 11), encargado no solo de la interpretación sino de la aplicación del Convenio, cuyas resoluciones no tienen solo valor declarativo sino que pueden contener declaraciones de condena, incluyendo reparaciones económicas.

Como ha dicho el Tribunal de Estrasburgo en la reciente sentencia (18 de febrero de 1999) *Matthews /C. Reino Unido* (a propósito de las elecciones europeas en Gibraltar):

«El Convenio tiende a garantizar no derechos teóricos o ilusorios sino concretos y efectivos (página 12 de la sentencia).»

En el mismo sentido la sentencia de 30 de enero de 1998 (asunto Partido Comunista turco /C. Turquía)

Respondiendo al período histórico en que nace, el Convenio parte de una filosofía liberal, regulando las relaciones del individuo con el Poder, no las relaciones horizontales, creando un núcleo de determinación frente al Poder.

El Convenio opera sobre la categoría abstracta del ciudadano y no todavía sobre el «hombre situado, fechado y especificado» del que hablaría el Profesor George Burdeau.

Esta concepción se va a traducir en la filosofía de los límites. La técnica seguida ha consistido en establecer un listado de límites en función de cada derecho garantizado. La doctrina alemana la ha llamado límites «a través de brechas» (*Durchbrechungen*). Esta técnica ya fue identificada así en uno de los primeros asuntos de que conoció el Tribunal, el asunto *De Becker*, Avis.Com. 214/69.

Junto a ellas hay ciertas normas de carácter general:

- La prohibición de discriminación (artículo 14), concepto que sustituye al de «igualdad ante la Ley», aunque no se regula la discriminación positiva.

- Las restricciones a lo que se ha llamado los «liberticidas» y que aparece en el artículo 17:

Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de que implique para un Estado, grupo o individuos un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo.

- La «desviación de poder», de forma que las limitaciones no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para las que han sido previstas.

- La inderogabilidad total de ciertos derechos, incluso en períodos de anomalía constitucional (estados de alarma o sitio), por ejemplo el derecho a la vida o la prohibición de la retroactividad penal.

El artículo 10 del Convenio Europeo dice:

1. *Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa.*

2. *El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.*

La estructura del artículo responde al esquema señalado antes. El párrafo 2 contiene un listado de restricciones específicas, en función del contenido específico de la libertad de expresión y ha dado lugar a un desarrollo jurisprudencial importante.

Una reciente sentencia, a propósito de la revista humorística francesa «Le Canard Enchaîné» (sentencia de 21 de enero de 1999), establece una doctrina general que aparece repetida en sentencias anteriores:

1. *La libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática. La reserva del apartado 2 del artículo 10, vale no sólo para las «informaciones» o «ideas» acogidas con favor o consideradas como inofensivas o indiferentes, sino también para aquellas que hieren, chocan o inquietan: así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura sin los cuales no hay «sociedad democrática».*

2. *La prensa juega un papel eminente en una sociedad democrática, si bien no debe franquear ciertos límites, relativos especialmente a la protección de la reputación y los derechos de otros así como a la necesidad de impedir la divulgación de informaciones confidenciales; le incumbe sin embargo comunicar, con respeto a sus deberes y sus responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general. La libertad periodística comprende también el posible recurso a una cierta dosis de exageración, o incluso de provocación.*

3. *De una manera general, la «necesidad» de cualquier restricción al ejercicio de la libertad de expresión debe encontrarse establecida de manera convincente. Ciertamente, corresponde en primer lugar a las autoridades nacionales evaluar si existe una «necesidad social imperiosa» susceptible de justificar esta restricción, ejercicio en el que se benefician de*

un cierto margen de apreciación. Cuando se trata de la prensa, como en el presente caso, el poder de apreciación nacional se enfrenta al interés de la sociedad democrática en asegurar y mantener la libertad de prensa. Por tanto, conviene conceder un gran peso a este interés cuando se trata de determinar, como exige el apartado 2 del artículo 10 del Convenio, si la restricción era proporcionada a la finalidad legítima perseguida.

4. *El Tribunal no tiene en absoluto por tarea, cuando ejerce este control, sustituir a las jurisdicciones nacionales, sino verificar desde el ángulo del artículo 10 las decisiones que aquéllas dictan en virtud de su poder de apreciación. Por ello, el Tribunal debe considerar la «injerencia» litigiosa a la luz del conjunto del asunto para determinar si los motivos invocados por las autoridades nacionales para justificarla, aparecen como «pertinentes y suficientes».*

Especialmente se ha precisado en la jurisprudencia, un concepto jurídico indeterminado como es el de «necesidad social imperiosa» en cuanto límite general de estas libertades declarando que:

«Los Estados gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la existencia de tal necesidad, pero ello va parejo a un control europeo que reposa sobre la ley y sobre las decisiones que la aplican, incluso si emanan de una jurisdicción independiente» (sentencia de 23 de septiembre de 1998, a propósito de la reivindicación de la figura del Mariscal Pétain y de 21 de enero de 1999 asuntos Janowsky /C. Turquía).»

Por lo que se refiere a las informaciones relativas a procesos judiciales, la jurisprudencia es escasa, aunque aparece también en relación a otro artículo del Convenio, el 6, que regula un núcleo de garantías procesales.

Este artículo establece ciertas limitaciones al derecho de acceso de la prensa a la «sala de audiencia»

«en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida juzgada estrictamente necesaria para el Tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.»

Por su parte, el artículo 10.2, prevé restricciones legales a la libertad de información «para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

En algún caso, (Fischer /C. Austria, sentencia de 26 de abril de 1995) se ha condenado a un Estado por haberse denegado, sin fundamento, el derecho a una audiencia pública:

El Tribunal también ha dirigido alguna admonición a los periodistas señalando límites a su libertad de comunicación de informaciones.

En la sentencia antes citada, relativa a «Le Canard Enchaîné» (21 de enero de 1999), el Tribunal dice:

«A la función de la prensa, que consiste en difundir informaciones e ideas sobre cuestiones de interés público, se añade el derecho, del público, a recibirlas [.....]. Por tanto, una injerencia en el ejercicio de la libertad de la prensa podría conciliarse con el artículo 10 del Convenio sólo en el caso de que se justificase por un imperativo preponderante de interés público.»

Este derecho cuasi absoluto de los periodistas es matizado por el Tribunal en los siguientes términos, relativo al citado artículo 10:

«Protege el derecho de los periodistas a comunicar informaciones sobre cuestiones de interés general, en tanto que se expresen de buena fe, sobre la base de hechos exactos y supuestamente informaciones «fiabiles y precisas», con respecto a la ética periodística.»

El Tribunal se mueve en una línea de prudencia en lo que se refiere al tratamiento de hechos históricos, controvertidos entre los mismos historiadores (sentencia *mariscal Petain*, citada antes).

Los ataques a la justicia, en su forma más simple, por grosera, también ha sido analizada por el Tribunal, aunque de manera matizada, dentro del objetivo general de mantener la confianza del público en la justicia.

Así en el asunto Schopfer c/ Suiza, sentencia de 20 de mayo de 1998, a propósito de los abogados, pero con elementos extrapolables, ha dicho:

«.... conviene tener en cuenta el equilibrio a alcanzar entre los diversos intereses en pugna, entre los cuales figura el derecho del público a ser informado sobre las cuestiones que afectan al funcionamiento del poder judicial, los imperativos de una buena administración de justicia y la dignidad de la profesión de abogado. Gracias a sus contactos directos y constantes con sus miembros, las autoridades colegiales o los juzgados o tribunales de un país se encuentran mejor situados que el juez internacional para precisar donde se sitúa en un momento dado el justo equilibrio a alcanzar. Es por ello que gozan de un cierto margen de apreciación para juzgar la necesidad de una injerencia en la materia, pero este margen lleva aparejado un control a nivel europeo que versa a la vez sobre las normas pertinentes y sobre las decisiones que las aplican.»

Volviendo a los llamados «juicios paralelos», pueden ser contemplados en una doble vertiente:

- en cuanto puedan influir en la convicción de los jueces, constituyendo una forma solapada de ataque a su independencia, en su sentido más profundo,
- en cuanto pueden quebrar la presunción de inocencia, en su vertiente sociológica.

La cuestión ya se planteó de una manera dramática en el asunto *Sunday Times* (asunto de la Thalidomida, sentencia de 26 de abril de 1979). Ante la campaña de prensa lanzada por el *Sunday Times* contra el fabricante del producto, la Cámara de los Lores aplicó la institución consuetudinaria del «*contempt of court*» (menosprecio al Tribunal), que permite establecer una prohibición de publicación, tras un procedimiento sumario y sin jurado.

Aunque el Tribunal constata que el «*contempt of court*» es una medida prevista por la «ley», aunque sea por derecho consuetudinario, y legítima en cuanto tiende a garantizar la autoridad judicial, declara que:

«No solamente incumbe a los “mass media”, comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los tribunales, sino también el derecho del público a recibirlas.»

Aunque con una mayoría débil (once votos contra nueve), el Tribunal de Estrasburgo declaró que las restricciones impuestas al *Sunday Times* no eran «ni proporcionales al fin legítimo perseguido ni necesarias en una sociedad democrática para garantizar la autoridad del poder judicial».

Particularmente generosa es la jurisprudencia en la crítica a los hombres públicos, estableciendo que los límites son más anchos en relación a los hombres públicos que para los particulares (sentencia 8 de julio de 1986, asunto *Lingens C/. Austria* y sentencia de 23 de abril de 1992, asunto *Castells C/. España*).

En otro conocido asunto, relativo a dos periódicos británicos, *The Guardian* y *The Observer* (sentencia de 26 de noviembre de 1991), el Tribunal establece como legítimas las restricciones previas a la publicación de una obra que perjudicaría a la seguridad nacional, pues se refería a irregularidades reprochadas a los Servicios británicos de seguridad. Tras recordar que la prensa debe juzgar un papel indispensable de «perro guardián», recuerda que para ello es indispensable considerar que «la información es un bien perecedero y retrasar la publicación, incluso por un breve período, implica, un fuerte riesgo de privarla de todo valor y todo interés».

Dado que existía un proceso en curso, el Tribunal de Estrasburgo, valora especialmente la necesidad de garantizar un juicio imparcial y eficaz. El razonamiento es el siguiente:

*La decisión del Juez Millett, cuyo fundamento fue constado en las fases ulteriores del procedimiento, no sólo por el Tribunal de Apelación sino también por cada uno de los miembros de la Comisión de Recursos de la Cámara de los Lores, descansaba sobre el razonamiento siguiente. El Abogado General solicitaba una prohibición permanente de publicar elementos cuya divulgación, según testimonios creíbles suministrados en apoyo de la petición, perjudicaría a los servicios de seguridad; una denegación de expedir las prohibiciones temporales dejaría al *Observer* y al *Guardian* libres de publicarlas inmediatamente, antes pues de que se sustentara el proceso principal: el Abogado General perdería así en la práctica, incluso si obtenía una resolución favorable en el asunto principal, su derecho a que se decretara una prohibición permanente, lo que pri-*

varía de sentido a sus acciones y, por consiguiente, le impediría alcanzar su objetivo de protección de la seguridad nacional.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estima estos motivos pertinentes bajo el ángulo de las dos finalidades invocadas: preservar la seguridad nacional y garantizar la autoridad del poder judicial».

Las simplificaciones periodísticas, la cultura popular o los análisis jurídicos poco rigurosos han difuminando ciertos aspectos de la garantía de la presunción de inocencia.

Ante todo debe recordarse que la presunción de inocencia solo 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, al partir de indicios. Es sencillamente que la presunción de inocencia se sitúa en otro plano.

Pero sobre todo apenas si se considera que el principio de presunción de inocencia contiene un mandato al Juez, incluso en el plano sociológico: el mandato de que no prejuzgue. Esta perspectiva aparece en una importante Resolución del Comité de Ministros del Consejo al Europa, la Resolución (63) de 23 de octubre de 1963. Debe recordarse que en el esquema procedimental tal Convenio, además del Tribunal puede ejercer también jurisdicción el Comité de Ministros. Así se produjo en este caso en un litigio que oponía a dos Estados miembros: Austria e Italia.

El Comité de Ministros, en funciones cuasi jurisdiccionales, aceptó los razonamientos de la Comisión de Derechos Humanos. Es una cita un poco larga pero que no tiene desperdicio:

«Este texto (se refiere al artículo 6) exige en primer lugar que los miembros del Tribunal al ejercer sus funciones, no partan de la convicción de la suposición de que el acusado ha cometido el acto inculcado...»

Si el artículo 6, apartado 2, concierne en primer lugar al estado del espíritu en el que los jueces desenvuelven su tarea, cabe preguntarse si no se refiere también a la actitud de otras personas que participan en el proceso, por ejemplo, el Ministerio Público, la parte civil, los expertos y los testigos. Si tales personas se dejan llevar, en relación al acusado, por desviaciones del lenguaje susceptibles de turbar la serenidad de la audiencia, por su violencia o su carácter injurioso, semejante comportamiento, no permitiría hacer reproche alguno al Tribunal, en relación al artículo 6, apartado 2, salvo en la medida en que el Presidente al no reaccionar contra estas manifestaciones diese la impresión de que el Tribunal comparte la animosidad que se produce contra el acusado y considera a este como condenado de antemano.»

Si en el seno de un Tribunal, el remedio es el ejercicio por el juez de la policía de la Audiencia, los juicios paralelos escapan a todo control, que no sea el autocontrol, y son particularmente insidiosos, en cuanto que quien recibe el mensaje, si además tal

mensaje es inteligente, posiblemente no sea consciente de cómo se está forzando su íntima convicción.

3. Las posiciones del Comité de Ministros

El Comité de Ministros ha adoptado diversas Recomendaciones sobre el rol de los medios.

El principio general que se puede deducir es la apelación al modelo de la autorregulación, excluyendo toda posibilidad de censura previa.

Quizás la más actual *Recomendación es la Resolución (99) 1 de 19 de enero de 1999* del Comité de Ministros, tendente a promover el pluralismo de los medios de comunicación, precisamente como garantía de la vigencia del artículo 10 del Convenio de Salvaguardia de los Derechos del Hombre, antes analizado.

La situación de indefensión del ciudadano ante la prensa, y más ante situaciones cuasi monopolistas, ha preocupado desde antiguo al Consejo, elaborando un conjunto de reglas mínimas para garantizar el derecho de respuesta [*Resolución (74) 26 de julio de 1974*].

La preocupación por el pluralismo de los medios de comunicación se ha dirigido también hacia una situación oligopolística, poco perceptible para el ciudadano: las fuentes de la información, controladas por apenas media docena de agencias de noticias [*Declaración de 19 de abril de 1982 del Comité de Ministros sobre la libertad de expresión e información*].

Particularmente significativa y posiblemente discutible y discutida es la *Recomendación R(94) 13 de 22 de noviembre de 1994*, sobre transparencia de los medios, donde se regula una especie de control de los lectores sobre la estructura burocrática y financiera y sobre los «terceros» susceptibles de ejercer influencia sobre un medio, siendo más significativa aún la exigencia de que sea conocida la política editorial y la orientación política a partir de los propios textos del medio.

Particularmente completo, incluso intervencionista, es el Código referido al servicio público de radiodifusión, que contiene unas líneas directrices relativas a los órganos de gestión, a los órganos de vigilancia, al personal, al financiamiento y a la programación, muy especialmente en lo que concierne a mensajes, declaraciones o comunicaciones oficiales.

El último dato sobre la cuestión examinada se encuentra en el Anteproyecto de Recomendación, prácticamente terminado, sobre «el derecho de los medios y los derechos del hombre» [*Fuente: Grupo de especialistas sobre los derechos de los medios y los derechos del hombre. Estrasburgo, 12 de abril de 1999, Doc. MM-S-HR (99) 8*].

Es una Recomendación muy compleja y un tanto sorprendente, pues en realidad y básicamente a quien se dirige no es a los periodistas, sino a jueces y policías, regulando el «*filtraje*» de noticias judiciales, de suerte que las informaciones únicamente deberían contenerse en comunicados oficiales, procedentes de órganos competentes, evitando toda posibilidad de violación de la presunción de inocencia.

En su Exposición de Motivos se hace una referencia a la «autorregulación» y al «ejercicio responsable» del periodismo, pero ello se traduce únicamente en un Principio 19, referido a la prohibición de difusión de la voz y la imagen, y al respeto de la vida privada, que exigen el acuerdo del interesado, salvo que la información sea de interés público (*Principio 21*).

4. La posición de la Asamblea Parlamentaria

La Asamblea Parlamentaria ha examinado el rol de los medios en su aspecto más sensible y conflictivo: en la información relativa al fenómeno terrorista en general o a sus manifestaciones concretas. A lo largo de los años ha ido pareciendo una doctrina coherente, no sólo en el marco de las estructuras de los Estados miembros sino en relación al Convenio de Derechos Humanos.

La Recomendación 852 (1979), de 31 de enero de 1979, aunque no contiene en su parte dispositiva mención alguna de los medios, dice en su Considerando 10:

«Considerando que los medios, cuando den cuenta de acciones terroristas deben aceptar un cierto autocontrol para establecer un justo equilibrio entre el derecho del público a la información y el deber de evitar el ayudar a los terroristas proporcionándoles una publicidad no merecida a sus actividades.»

La Recomendación 916 (1981), de 26 de marzo de 1981, relativa a la «Conferencia sobre la Defensa de la Democracia en Europa», constituye un texto multidisciplinar importante, a cuya redacción contribuyó el Ministerio de Justicia de España, obediendo a su iniciativa un párrafo relativo a la cooperación entre países fronterizos, mención que se introdujo en relación a Francia, y la tolerancia que entonces existía respecto a la organización terrorista ETA. Esta Recomendación de la Asamblea se tuvo en cuenta por el Comité de Ministros en su posterior Recomendación R(82) 1 de 15 de enero de 1982, donde incluso se estableció un principio de coordinación interestatal, con el fin de evitar actuaciones internacionales dispersas, concentrando el proceso en un solo Estado.

En la citada Recomendación de la Asamblea, se decía en el Considerando 7:

«Tomando nota de que la Conferencia ha reconocido la valiente contribución de la prensa a los esfuerzos tendentes a aislar y condenar el terrorismo que, al mismo tiempo demanda a los «mass media» que sean firmes en su rechazo a ser o aparecer como el instrumento del terrorismo.»

Esta línea de no injerencia en la libertad de los medios aparece también en la Directiva 396 (1981), donde se decide consultar a los principales órganos de prensa en relación a las responsabilidades y deberes de los medios.

La Recomendación 941 (1982) de 28 de abril de 1982, siempre en la misma línea de respeto a la libertad de prensa da un paso más al pedir a los medios «una campaña más incisiva».

La Recomendación 982 (1984) de 9 de mayo de 1984 contiene en su parte dispositiva el siguiente párrafo:

«Invitar, en el completo respeto de la libertad de prensa, a las organizaciones profesionales representativas, a elaborar un código deontológico de los medios, con el fin de definir su papel y responsabilidades en la defensa de la democracia, especialmente contra el terrorismo.»

Esta línea se mantiene en el último texto de la Comisión de cuestiones jurídicas y derechos del hombre [*Informe López Henares, Doc. AS (JUR)8 de febrero de 1999*], en la que tras intentar una definición del terrorismo –que no existe en el Convenio del Consejo de Europa sobre terrorismo–, y en el que se incluye el terrorismo separatista, se hace una especial llamada a los medios de información, en la que se dice que «en ausencia de un código de conducta general, convendría que los periodistas fuesen conscientes del contenido de los artículos 8 y 10 del Convenio Europeo de derechos Humanos».

III. ALGUNOS ASPECTOS DE DERECHO ESPAÑOL

Estos planteamientos teóricos no son ajenos a la jurisprudencia española. Así en el Auto de 17 de octubre de 1994 de la Sección 16 de la Audiencia de Madrid [Asunto Televisión Española /C. El Mundo; Ponente Juan de Miguel], puede leerse:

«Concebidos los derechos del hombre y las libertades fundamentales como una esfera de determinación frente al Poder, de cuya concepción es reflejo la primera jurisprudencia constitucional, que hablaba de «una libertad frente al Estado» (TC 13 de febrero de 1981) y a cuyo esquema responde el Convenio Europeo para la protección de los derechos Humanos, parámetro interpretativo de todo el sistema español conforme al artículo 10.2 de la Constitución, la realidad cotidiana y numerosas decisiones de inadmisibilidad de la Comisión Europea de Derechos del Hombre y, en menor cantidad, las decisiones de fondo del Tribunal Europeo y del Comité de Ministros –en función parajudicial– muestran que tal tipo de relaciones verticales no generan situaciones verdaderamente problemáticas en las sociedades cuyos Estados son parte en el citado Convenio, sino más bien hipótesis de laboratorio y que el verdadero problema se sitúa en las relaciones horizontales entre particulares, planteándose el problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales (la «Drittwirkung» de la doctrina alemana), conflicto que discurre, en lo que a España concierne y desde luego en aquellos países donde no existe un control de constitucionalidad concentrada, sino difuso, fuera de los cauces de control específico de constitucionalidad, residenciándose en la jurisdicción ordinaria, a la que compete la ponderación de «los derechos en presencia de forma que se respete su correcta valoración y definición constitucional» (TC 31 de mayo de 1993 y 13 de diciembre de 1993, 15 de noviembre de 1993 y 11 de abril de 1994).»

En este tipo de conflictos horizontales, es emblemático el que se da, potencialmente, entre la libertad de expresión y el derecho al honor e intimidad personal, ambos protegidos constitucionalmente (artículo 20.1 a) y 18.1), lo que ha llevado a la jurisdicción constitucional y ordinaria a establecer criterios de solución del conflicto.

Esa jurisprudencia ha realizado un primer acotamiento al diferenciar conceptualmente la libertad de expresión, de la libertad de información, en cuanto aquélla tiene por objeto puramente ideas y opiniones en la que deben incluirse las creencias y juicios de valor, mientras el derecho a comunicar información versa sobre los hechos o más exactamente sobre hechos noticiables [TC 19 de abril de 1993] y dentro de esta especie de la libertad de expresión, se ha establecido una nítida distinción entre las personas privadas y las personas públicas.

Es doctrina constitucional y de la jurisdicción ordinaria consagrada, que no hay una jerarquización formal entre los derechos y libertades fundamentales [T.C. sentencia 20/1990 de 15 de febrero F.D. D, 5.º] aunque se dibuja una tendencia a establecer una jerarquía a favor de la libertad de expresión y más especialmente de la libertad de información a través de los medios de difusión, al hablar de su «dimensión preferente» [T.C. 18 de enero de 1993] o de su «valor preferente» [S.T.S. 16 de noviembre de 1993] o en una fórmula de difícil análisis, de una «posición prevalente aunque no jerárquica» [T.C. 15 de noviembre de 1993], en razón de su funcionalidad en un sistema democrático, afirmándose en síntesis que cuando el ejercicio de los derechos de libertad de expresión e información, si es conforme al ámbito que la Constitución, protege «los derechos reconocidos en el artículo 20.1 alcanzan su máximo nivel de eficacia justificadora frente al derecho de honor, el cual se debilita proporcionalmente como límite externo de las libertades de expresión e información». [T.C. 15 de noviembre de 1993].

Proyectando este *corpus* jurisprudencial al ámbito específico del delito de injurias, se ha declarado que ya es insuficiente el criterio del *ánimus iniurandi* [TC 51/1989 de 22 febrero, F.1, 2], en la medida en que el ejercicio de otro derecho constitucional, el de la libertad de expresión, puede constituir causa de exclusión de la antijuridicidad, ya que, caso por caso, puede ser incompatible ejercer el derecho fundamental a las diferentes formas de libertad ideológica, con su sanción penal [T.C. número 20/1990, F.J, 5], convergiendo la doctrina constitucional y la del Tribunal Supremo cuando aquella doctrina señala que «es insuficiente el criterio subjetivo del *ánimus iniurandi* tradicionalmente utilizado por la jurisprudencia penal para el enjuiciamiento de este tipo de delitos, y ello entraña que el enjuiciamiento se traslade a un distinto plano, en el que no se trata de establecer si el ejercicio de las libertades de información y de expresión ha ocasionado una lesión al honor penalmente sancionable, sino de determinar si tal ejercicio opera o no como causa excluyente de la antijuridicidad, lo que solo se producirá, obvio es, si el ejercicio de esas libertades se ha llevado a cabo dentro del ámbito delimitado por la Constitución». [T.C. 15 de noviembre de 1993], planteamiento que es compartido por la jurisdicción ordinaria cuando declara que «en el ámbito del delito de injurias, cuyo fin es precisamente tutelar el derecho al honor de los ciudadanos, la eficacia excluyente de la existencia de tal delito, que se atribu-

al ejercicio de las libertades de información y expresión, se apoya en un doble basamento:

1) la idea ya citada, del interés preponderante, que radica, como se subrayó precedentemente, en el interés público y colectivo a la información y a la crítica política, que hace que tal interés deba prevalecer sobre el interés privado representado por el derecho al honor y los demás con él relacionados, los que deben ceder ante aquéllos cuando son legítima y correctamente ejercidos, incluso a través del reconocimiento del ejercicio de un derecho, encarnado en la causa excluyente de la antijuridicidad que recoge el número 11 del artículo 8.º del Código Penal [*S.T.S. 16 de noviembre de 1992*];

2) la incidencia sobre la concurrencia del *animus iniuriandi*, como elemento subjetivo del tipo de injurias, que encierra en sí la intención o propósito del agente de vilipendiar, desacreditar o menospreciar al injuriado [*SS.T.S. 21 de mayo de 1992 y 14 de julio de 1993, por ejemplo*], ánimo que quedará excluido cuando el fin del agente sea de naturaleza distinta y reconocida como lícita [*S.T.S. 26 de noviembre de 1993*], doctrina perfectamente extrapolable al delito de calumnia, entre otras razones, porque como ya declaró la S.T.S. de 24 de septiembre de 1993, toda imputación calumniosa envuelve siempre una imputación injuriosa.

El Tribunal Constitucional en la voluminosa sentencia en el caso *Herri Batasuna* de 1999, como síntesis de su jurisprudencia anterior, ha hecho una disección del concepto «reportaje neutral», en función de una posible apología del terrorismo, remitiéndose a la fiabilidad de las fuentes y a la no manipulación, distinguiendo entre información y opinión.

Para concluir, podría recordarse un pequeño elemento de análisis del derecho español que podría parecer anecdótico, pero que es revelador de una laguna de nuestro sistema.

El texto básico en la materia es la Ley Orgánica 1/1992, de 5 de mayo, de protección de derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. El artículo 8 permite restricciones a la libertad de información cuando sean «acordados por la autoridad competente de acuerdo con la ley». A partir de ahí se ha planteado la cuestión acerca de las competencias de los órganos judiciales para restringir o condicionar el acceso de los medios de comunicación a las audiencias públicas con medios técnicos de grabación.

Ha surgido una agria polémica a raíz de un Acuerdo gubernativo adoptado por el Tribunal Supremo el 12 de septiembre de 1995, relativo al acceso al Palacio de Justicia de los periodistas gráficos, cadenas de radio y televisión, que se restringía a actos públicos, no jurisdiccionales, como la solemne apertura del año judicial, prohibiéndose expresamente el acceso con «cámaras fotográficas o de televisión a juicios o vistas». Ante las protestas de la Asociación de la Prensa de Madrid, un Acuerdo de 5 de octubre de 1995 recordó que tal prohibición «obedece a principios de dignidad y garantía, exigentes de que los juicios y vistas se celebrarían en un marco de serenidad, con respeto al Tribunal y a quienes intervienen en él, eliminando toda connotación de espectáculo y sin tensiones o presiones...».

En un recurso de tipo gubernativo ante el Consejo General del Poder Judicial, éste acordó el 7 de febrero de 1996, y tras pasar revista a la doctrina del Tribunal Constitucional, que la cuestión estaba mal planteada por el Tribunal Supremo, pues era una cuestión de orden procesal para la que carecía de competencia, pues ésta era del Juez o Presidente del Tribunal en cada caso. Sin embargo, en cuanto al fondo existió una coincidencia básica, en cuanto a la legitimidad de las restricciones impuestas al principio de publicidad en la audiencia y a la libertad de información, para proteger otros derechos e intereses legítimos también dignos de protección e incluso de protección preferente.