

PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES Y DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL*

Jesús María GONZÁLEZ GARCÍA**

SUMARIO: I. Introducción. II. La publicidad para las partes de las actuaciones del proceso penal. III. La publicidad de las actuaciones del proceso penal frente a terceros: el deber de celebrar las actuaciones del proceso en audiencia pública. IV. La publicidad de las actuaciones del proceso penal, en cuanto a manifestación del derecho a difundir públicamente noticias.

I. INTRODUCCIÓN

La exigencia de publicidad o de secreto en la actividad jurisdiccional no puede ser desligada a los fines generales a los que el proceso sirve. La opción por la publicidad o el secreto de un determinado acto o complejo de actos dentro del proceso no se trata sino de la respuesta de la ley a unos determinados fines relevantes para el derecho. Las páginas que siguen son un intento de acercar al lector mexicano los perfiles definitorios de esa respuesta legal y de los fines que la justifican en el derecho español, en concreto, en su proceso penal.

La clave que sustenta dentro del ordenamiento jurídico español el régimen de la publicidad en las actuaciones del proceso se encuentra hoy en la Constitución del 27 de diciembre de 1978. No debe deducirse de esta afirmación que la publicidad fuera ajena al proceso español con anterioridad a ella. La legislación procesal vigente al tiempo de la promul-

* Texto elaborado en el seno del proyecto de investigación sobre el tema "La persecución procesal de la criminalidad organizada" (BJU2000-0774), financiado por el Ministerio de Ciencia y Tecnología del reino de España.

** Profesor titular de derecho procesal en la Universidad Complutense de Madrid (UCM), España.

gación de la Constitución de 1978 contenía ya reglas sobre publicidad o secreto de las actuaciones (algunas de ellas, sin variación sustancial hasta nuestros días), con diferente incidencia e intensidad según cuál fuera el orden jurisdiccional afectado, pero la carta magna elevó a rango constitucional, en los términos que a continuación se indica, una característica hasta entonces sólo presente en normas ordinarias, estableciendo una pauta general que con posterioridad se trasladaría con eficacia para toda la jurisdicción ordinaria y con independencia de la naturaleza del asunto litigioso, a la regulación de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985 (LOPJ) (artículos 232 a 236).

La Constitución española se refiere expresamente a la publicidad de los actos del proceso en dos de sus preceptos. Por una parte, el artículo 120, en su párrafo 1 dentro de los once artículos que dedica su título VI al Poder Judicial, dispone que “las actuaciones judiciales serán siempre públicas, salvo en los casos expresamente previstos en las leyes”. Por otra, en su artículo 24.2 se reconoce el derecho de “todos” a un proceso público, en la línea de lo preceptuado por los tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, en concreto a lo establecido por el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, por el artículo 6.1 del Convenio de Roma del 4 de noviembre de 1950, para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, aplicable en el ámbito europeo a las naciones que integran el Consejo de Europa, y, en el de las Naciones Unidas, por el artículo 14.1 del Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, suscrito en Nueva York el 19 de diciembre de 1966; estos tratados forman parte del ordenamiento jurídico español y, de acuerdo con el artículo 10.2 constitucional, sirven de pauta interpretativa de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades reconocidos en la Constitución.

El derecho al proceso público se inserta dentro de ese variado elenco de derechos fundamentales, junto con una serie de garantías constitucionales de ámbito procesal susceptibles de protección reforzada a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (que afecta a todos los derechos reconocidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución, artículos 14 a 29, más el derecho a la objeción de conciencia establecido en su artículo 30.2), que tienen especial incidencia, aunque no exclusiva, en el campo procesal penal.

Ahora bien, sea como garantía institucional o como derecho fundamental, la opción por la publicidad o secreto de las actuaciones en el proceso penal español se plantea en diferentes planos legales.

En primer lugar, en el plano *intraprocesal*, la publicidad juega en el ámbito de las partes del proceso, acusadoras o acusadas, demandantes o demandadas. En este primer estadio, la publicidad es una nota propia del derecho de defensa de las partes,¹ manifestación del derecho a conocer en todo momento el contenido de las actuaciones del proceso, especialmente las ordenadas por el tribunal y las practicadas por los demás sujetos del proceso y aquéllas dirigidas directamente a las partes (resoluciones judiciales y su notificación). La publicidad, entendida así, es una reacción a la ordenación tradicional de los actos del proceso inquisitivo, caracterizado por el secreto de las actuaciones para la propia parte pasiva; se trata, de este modo, de un criterio jurídico procesal no exento de significación política.² Sin salir del plano del proceso, la publicidad de las actuaciones se aprecia también en un segundo nivel: nos referimos a la publicidad hacia terceros, esto es, a la posibilidad de que terceros puedan estar presentes como espectadores en la realización de determinadas actuaciones: es la garantía de la audiencia pública para la celebración de los juicios y vistas, conforme a la vieja frase del político revolucionario francés Honoré Emile Riqueti, conde de Mirabeau: “Dadme el juez que queráis, mi mayor enemigo si os place, con tal que no pueda verificar acto alguno sino en público”. En un tercer y último nivel, se habla también de la publicidad de las actuaciones del proceso, en un plano extraprocesal, vinculada al ejercicio del derecho a la libre difusión y recepción de noticias por parte de los medios de comunicación: derecho que, como veremos, adquiere también reconocimiento constitucional en la carta magna española (artículo 20).

En los últimos tiempos es normal una mayor atención de los autores al deber de audiencia pública de juicios y vistas, y al derecho a difundir por los medios las actuaciones del proceso, materia esta última de frecuentes fricciones entre los medios de comunicación y la administración de justicia. Por su parte, la publicidad, entendida como derecho a que las actuaciones del proceso no sean secretas para las partes, aparente-

1 Gimeno Sendra, V., *Los procesos penales*, con Conde-Pumpido y Garberí Llobregat, vol. 5, Barcelona, Bosch, 2000, p. 301; Montero Aroca, J., *Derecho jurisdiccional I; Parte general*, 11a. ed., Valencia, Tirant, 2002, p. 386; Del Moral García, A. y Santos Vijande, J., *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Granada, Comares, 1996, p. 3; López López, E., “Publicidad, indefensión y tutela judicial efectiva”, *Actualidad Penal*, núm. 27, 1993.

2 Así lo entiende Gómez Orbaneja, E., *Derecho procesal penal*, con Herce Quemada, 9a. ed., Madrid, p. 250. También, Gómez Colomer, J. L., *Derecho jurisdiccional, III, Proceso penal*, con Montero, Montón y Barona, 14a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 237. O, como afirma Pedraz Penalva, E., es el resultado de la reivindicación de los ilustrados, “Derecho procesal penal”, *Principios del derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2000, t. I, p. 261.

mente no presenta hoy el mismo grado de actualidad y, sin embargo, se encuentra en un primer nivel de importancia, toda vez que entronca directamente con el derecho de defensa, esto es, con la más elemental garantía de justicia para el ciudadano, así como con el derecho de igualdad de armas en el proceso que encuentra igualmente el reconocimiento de la Constitución española, concretamente, dentro del derecho fundamental a la tutela efectiva de los juzgados y tribunales, que establece el artículo 24.1. Este dato resultaría sorprendente si nos remontamos al estado de la cuestión unas décadas atrás y es revelador del grado de desarrollo y arraigo que tiene hoy la publicidad de las actuaciones procesales para las partes en el proceso español, como manifestación elemental del derecho de defensa.

A continuación se analiza cómo se traducen los tres niveles de la publicidad en el proceso penal español.

II. LA PUBLICIDAD PARA LAS PARTES DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO PENAL

En un primer nivel, se habla de publicidad de las actuaciones del proceso en el sentido de que lo actuado ante el tribunal debe ser, en primer lugar y primordialmente, público y conocido de modo directo por aquellos a cuya esfera de derechos va a afectar la sentencia, esto es, por las partes. Esto, que en los ordenamientos jurídicos de los estados democráticos puede resultar una obviedad, es, sin embargo, una conquista del Estado de derecho no generalizada en muchos países hasta un momento histórico relativamente reciente. La lucha por la publicidad en el proceso, a lo largo de la historia, ha jugado en este primer nivel con preferencia a los otros dos: la explicación es sencilla, pues, en realidad, no hay mayor obstáculo para el ejercicio de la defensa por las partes que el desconocimiento de los elementos de hecho y de derecho contra los que se tienen que defender argumentalmente; sin embargo, la conformación del proceso inquisitivo se caracterizó por el secreto de las actuaciones para la parte pasiva, que soportaba la actuación del órgano inquisidor y ello motivó una gran reacción intelectual que determinaría su definitiva erradicación del ámbito procesal.

En el ordenamiento español, fue la Constitución liberal de Cádiz, de 1812, la que introdujo el deber de información del reo sobre el hecho que se le imputaba, antes de la detención, así como las pruebas en que se basaba la acusación y la publicidad después de la confesión. A lo largo del siglo XIX se reforzaría la garantía de publicidad (con el leve retro-

ceso que supuso la compilación general del enjuiciamiento criminal de 1879, con la excusa de restaurar la seguridad sobre el derecho vigente), hasta su definitiva consolidación en la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal³ española, de 1882.⁴

En este sentido, la publicidad es, ante todo y sobre todo, como decimos, una garantía del derecho de defensa y del principio de igualdad de armas, pues sólo del conocimiento público de las actuaciones del proceso en un plano de igualdad es reconocible una posición equilibrada de las partes a la hora de defenderse ante el juez. La publicidad, así entendida, goza del amparo constitucional del derecho al proceso público con todas las garantías del artículo 24.2 de la norma fundamental española, pero, sobre todo, del derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 de la CE.⁵ La formación del juicio jurisdiccional requiere de partes en plenitud de disposición de medios defensivos de ahí la denominación de los procesos como plenarios, para lo cual es condición necesaria contar con el conocimiento de todo lo que se actúe en el proceso. Esa es posiblemente la razón por la cual el Tribunal Constitucional sólo da relevancia constitucional a la infracción de las normas sobre publicidad para las partes en el proceso (en el caso analizado, dentro de la investigación sumarial) cuando la misma ha llevado aparejada la indefensión efectiva del afectado, mientras que la infracción de la regla de publicidad para terceros de las actuaciones del proceso (conforme establece el artículo 120 constitucional) no está condicionada a la producción o no de indefensión para las partes, pues la mera infracción de la regla que exige la audiencia pública implica sin referencia a resultado alguno de la garantía del artículo 24.2 de la CE.

Manifestación de esta primera modalidad de publicidad en el derecho español es, con carácter general, el deber de notificación a las partes de las resoluciones judiciales que les afecten, lugar donde se sitúan, en todo tipo de procesos, actuaciones que implican los mayores riesgos de producir indefensión a la parte. Al tiempo, aquí se encuentran las mayores restricciones de publicidad para sujetos distintos de las partes (sin perjuicio de lo que luego se dirá sobre el secreto del sumario penal),

3 En lo sucesivo LECRIM.

4 Así lo entienden también Prieto-Castro, L. y Gutiérrez de Cabiedes, E., *Derecho procesal penal*, 4a. ed., Madrid, Tecnos, 1989, p. 94.

5 Así, la sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988, del 4 de octubre, consideró que las restricciones al secreto del sumario durante la instrucción sumarial son manifestación del derecho de defensa, más que del derecho al proceso público con todas las garantías. En idéntico sentido, Pedraz Penalva, *op. cit.*, nota 2, pp. 271 y 272; quien considera que la publicidad para las partes no es manifestación del derecho al proceso público sino del derecho de defensa.

pues las sentencias y demás decisiones del órgano jurisdiccional sólo se notifican a las partes y a todos aquellos a quienes puedan deparar algún perjuicio (artículo 270 de la LOPJ).

Existe también un derecho a conocer cuanta información se solicite sobre el estado de las actuaciones judiciales: este derecho pertenece igualmente a las partes, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubieren sido declaradas secretas conforme a la ley, pero no exclusivamente, como vemos a continuación.

La satisfacción del derecho a conocer el contenido de los autos procesales corresponde al secretario judicial y a los funcionarios competentes de la oficina judicial, quienes deberán también expedir los testimonios en los términos previstos en esta ley, así como a obtener copias simples de escritos y documentos que consten en los autos, no declarados secretos y reservados (artículo 234). Este deber de expedir testimonios y certificaciones en realidad no tiene que ver con el derecho de publicidad, pues la función en el derecho español de los testimonios judiciales suele ser externa al proceso en curso para que la certificación solicitada surta eficacia como documento público a otros efectos jurídicos. Por otro lado, mientras que la expedición de testimonios y certificaciones del artículo 234.2 de la LOPJ es una cuestión gubernativa y no jurisdiccional, la decisión sobre exhibir o no los autos a quien lo solicite y al amparo del artículo 234.1 de la LOPJ sí lo es y, por consiguiente, su impugnación, como ha declarado el Tribunal Supremo español, sólo es posible a través de los recursos jurisdiccionales que establecen las leyes procesales.

El contenido del derecho a conocer la información del expediente del proceso no alcanza sólo a la puesta a disposición del solicitante o sus abogados de los materiales reclamados, sino también a hacerlo con el tiempo suficiente como para poder instruirse para la defensa. En consecuencia, la relevancia constitucional de la infracción dependerá de que efectivamente la no puesta a disposición de los materiales haya afectado al derecho de defensa. Con todo, debe distinguirse de la previsión del artículo 234.1 de la LOPJ el supuesto de que la información solicitada lo sea una vez terminado ya el proceso. En este caso, el Tribunal Supremo considera que la negativa a mostrar los autos no puede afectar a derecho a la tutela efectiva, toda vez que el proceso ha concluido ya, por lo que no cabe actuación ulterior alguna que sea manifestación del ejercicio del derecho de defensa. Esta tesis puede no ser válida para el caso de que la petición de conocer las actuaciones tenga como base la necesidad u oportunidad de plantear acciones en procesos posteriores o, incluso, la acción de revisión.

Este derecho es extensivo, por otro lado, a todos los que acrediten un interés en el objeto del proceso. La jurisprudencia ha entendido como interesados, a estos efectos, a quienes manifiestan y acreditan, al menos *prima facie*, ante el órgano judicial, una conexión de carácter concreto y singular bien con el objeto mismo del proceso —y, por ende, de la sentencia que lo finalizó en la instancia—, bien con alguno de los actos procesales a través de los que aquél se ha desarrollado y que están documentados en autos. Esta conexión se halla sujeta a dos condiciones: que no afecte a derechos fundamentales de las partes procesales o de quienes de algún modo hayan intervenido en el proceso, para salvaguardar esencialmente el derecho a la privacidad e intimidad personal y familiar, el honor y el derecho a la propia imagen que eventualmente pudiera afectar a aquellas personas, y que si la información es utilizada, como actividad mediadora, para satisfacer derechos o intereses de terceras personas, tal interés se mantenga en el propio ámbito del ordenamiento jurídico y de sus aplicadores. Por ejemplo, a la compañía aseguradora para conocer el proceso por siniestro del que era parte su cliente.

Es posible el establecimiento de límites subjetivos al derecho a conocer las actuaciones del proceso. Sólo ampara el conocimiento de lo actuado un interés dirigido al ejercicio del derecho de defensa, dentro del propio proceso. De este modo, se ha negado el derecho a acceder a los autos de un proceso penal a quien justifica su interés en estar realizando una investigación periodística, aunque el proceso esté ya finalizado.

La razón de ser de esta restricción se encuentra, posiblemente, en que la publicidad entendida como derecho a la presencia de público en determinadas actuaciones es inmediata, esto es, se debe producir en el momento en que esa actuación se realice. Cuando se pretende el conocimiento de actuaciones ya practicadas y terminadas, al amparo del artículo 234.1 de la LOPJ, es evidente que se trata de una publicidad mediata, posterior a la realización del acto mismo.⁶ En este caso no juega ya la regla general de publicidad para terceros, ni siquiera en el caso de que se pretenda acceder al acta de un juicio oral y público, conforme con la regla legal; de ser así, también en este caso se restringe el acceso al acta a las partes y a quienes acrediten un interés con el objeto del proceso.

En el proceso penal son numerosas las manifestaciones de este primer nivel de publicidad para las partes, en especial, para el acusado, que ve reforzada su defensa con la garantía de conocimiento de las ac-

⁶ Sobre la diferencia entre publicidad mediata e inmediata, véase Gimeno Sendra, *Derecho procesal penal*, Madrid, Colex, 2004, p. 97. También, Pedraz Penalva, *op. cit.*, nota 2, p. 270.

tuaciones ordenadas contra él, sus intereses y derechos. Así, el acusado tiene derecho a conocer inmediatamente cualquier actuación de la que se deduzca la imputación de un delito contra su persona (artículo 118, párrafo 2 de la LECRIM); esta información se le deberá prestar igualmente en el momento de la detención u orden de prisión provisional (artículo 520 de la LECRIM). Desde su personación dispone de igualdad de oportunidades defensivas que el resto de las partes personadas, debiendo serle notificadas todas las resoluciones que se dicten tanto en el curso de la investigación judicial del instructor como en el juicio, con la particularidad de que la sentencia de condena deberá ser notificada personalmente, a pesar de ser preceptiva la asistencia letrada y de procurador (postulante). Este estado de cosas se mantendrá como regla a lo largo de todo el procedimiento.

Existen, sin embargo, importantes excepciones a la regla general analizada. La más destacable se produce en la fase de instrucción (investigación preliminar) de acuerdo con lo establecido en el artículo 302, párrafo 1o., de la LECRIM, las partes personadas (esto es, una vez constituidas como parte del proceso y debidamente representadas) podrán “tomar conocimiento” de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. El mismo precepto establece, no obstante, la posibilidad de que, en causas por delito público (el perseguible de oficio o a instancias del Ministerio Fiscal), el instructor puede declarar total o parcialmente el secreto de las actuaciones “para todas las partes personadas”. Este secreto, que no afecta al Ministerio Público, se trata de una medida excepcional, que puede ser acordada de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, mediante auto (resolución judicial motivada) y por plazo máximo de un mes, prorrogable según la jurisprudencia, y que debe ser alzado como máximo con 10 días de antelación a la conclusión del sumario.

En términos cercanos a los expuestos, el artículo 24 de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, de responsabilidad penal del menor, establece, en las actuaciones seguidas por hechos cometidos por menores de edad, que el juez de menores “a solicitud del Ministerio Fiscal, del menor o de su familia, y mediante auto motivado, podrá decretar el secreto del expediente, en su totalidad o parcialmente, durante toda la instrucción o durante un periodo limitado de ésta. No obstante, el letrado del menor deberá, en todo caso, conocer en su integridad el expediente al evacuar el trámite de alegaciones”.

El secreto del artículo 302, párrafo 2 de la LECRIM, no debe ser confundido con lo dispuesto por el artículo 301 del mismo cuerpo legal, en cuya virtud “las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra

el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley". En la investigación judicial previa al juicio, la regla general es la del secreto contra terceros (artículo 301, I de la LECRIM) ³/₄salvo en los casos en que la ley diga otra cosa³/₄, pero de publicidad para las partes personadas (artículo 302, I, de la LECRIM), como exigencia de la igualdad de armas; ahora bien, y por razones justificadas por el juez, cabe excepcionar la regla del artículo 302, párrafo 1, de la LECRIM, restringiendo total o parcialmente, y de modo temporal, la publicidad del sumario para las partes. Si durante el periodo de secreto se hubiera de dictar auto de prisión provisional, la resolución del juez deberá expresar cuáles son los extremos que se deben omitir del auto para mantener la finalidad del secreto, pero igualmente ha de contener un relato sucinto de los hechos imputados y las razones que justifican la adopción de la medida (artículo 506 de la LECRIM), como medio de control de la decisión del juez y con vistas a su posible impugnación ulterior.

El secreto restringido del artículo 302, II, de la LECRIM rompe el equilibrio procesal de las partes durante la investigación previa al juicio con respecto al Ministerio Público, y esa es la razón por la cual la decisión sobre su adopción sólo puede ordenarse por la autoridad judicial, de modo justificado y al amparo de razones de orden público: preferentemente sobre la base de que la publicidad puede perjudicar el curso de la investigación,⁷ en especial en momentos embrionarios del sumario, en que es precisa extremar el celo de la investigación en orden a averiguar el hecho mismo, recoger los elementos del delito y las principales piezas de convicción o conocer la identidad de su supuesto autor. El secreto restringido del artículo 302, II de la LECRIM, no obstante, se entiende compatible con el derecho de defensa, pues no se plantea en la fase decisiva del enjuiciamiento criminal —la de juicio oral o de plenario—, no es indefinida sino sujeta a plazo (un mes prorrogable) y, una vez elevado el secreto restringido, no hay óbices legales para que, *ex post facto*, las partes acusadoras o acusadas a las que afectó puedan instruirse sobre las diligencias practicadas y, en su caso, solicitar las actuaciones que estimen pertinentes, inclusive su revocación por medio de los recursos judiciales oportunos. Más que de una limitación, hay quien habla por ello de una *posposición* del momento en que la parte afectada puede tomar conocimiento de lo actuado, a efectos de ejercitar su derecho de defensa.⁸ El secreto restringido es, en consecuencia, un medio para compensar la ventaja que ha adquirido el delincuente con respecto a la

⁷ Moreno Catena *et al.*, *El proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, vol. 2, p. 895.

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 174/2001 del 26 de julio; sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas del 8 de noviembre de 2004 (EDJ 2004/237243).

sociedad a la hora de cometer el hecho, una ventaja que suele llevarlo a poner los medios para hacer más difíciles las ulteriores tareas de investigación del hecho. En palabras del legislador, es preciso asegurar “la intervención del procesado en todas las diligencias del sumario tan pronto como el juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública, ni estorba el descubrimiento de la verdad”.⁹

Nos encontramos, así, en un lugar fronterizo entre los intereses de la investigación penal y los del derecho de defensa, desde la comprensión de que una rígida concepción de los derechos de las partes podría frustrar, en no pocos casos, el buen fin de la investigación criminal.¹⁰ Ahora bien, la flexibilidad del tratamiento legal tiene como límite el derecho a la tutela judicial de las partes del proceso, en especial del imputado. En este sentido, se entiende que la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales únicamente puede incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las pruebas obtenidas en esta fase o se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado, pues, en tal caso, no habría estado “en disposición de preparar su defensa de manera adecuada”.¹¹ Por su carácter excepcional, además, la medida deberá evitar extenderse más allá del tiempo imprescindible, lo cual no impide aceptar su prórroga, por decisión motivada, si también lo aconsejan así las necesidades de la investigación.¹²

Junto con el secreto restringido que establece el artículo 302, II, de la LECRIM, son reconocibles en el proceso penal español, y singularmente en su fase investigadora, otras actuaciones que se acuerdan por el juez sin necesidad de audiencia previa del afectado, esto es, *inaudita parte*. Es el caso, por ejemplo, de las medidas cautelares, tanto personales

⁹ Según señala la exposición de motivos de la LECRIM, que añade: “Subsiste, pues, el secreto del sumario; pero sólo en cuanto es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público”. Cabedo Nebot, R., *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Madrid, Edersa, 2000, t. I, p. 521.

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo (2a.), del 22 de febrero de 1999.

¹¹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 18 de marzo de 1997, caso *Foucher*, y sentencia del Tribunal Constitucional 174/2001 del 26 julio. Auto de la Audiencia Provincial de Gerona del 18 de julio de 2000 (EDJ 2000/41888), entre otras muchas.

¹² Sentencias del Tribunal Constitucional 13/1985 del 31 de enero; 18/1999 del 22 de febrero, y 100/2002 del 6 de mayo. Sentencias del Tribunal Supremo (2a.) del 14 de noviembre de 2002 (EDJ 2002/55420) y 17 de julio de 2003 (EDJ 2003/92800). Moreno Cateña *et al.*, *op. cit.*, nota 7, p. 896.

(detención preventiva) como patrimoniales (fianza), o determinadas diligencias de investigación (entrada y registro en lugar cerrado —o *caños*—, intervención de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o telemáticas, orden de entrega o circulación vigilada de los elementos o instrumentos del delito, en caso de delincuencia organizada) que, de darse cuenta de ellas al sujeto pasivo antes de su práctica, se frustraría el fin preventivo o investigador, en su caso, de cada una de ellas. Estas restricciones al conocimiento de las medidas por el sujeto que las padece son compatibles con su derecho de defensa, dado que siempre le es posible la impugnación posterior, una vez realizada.

También pueden existir restricciones al conocimiento por parte del imputado de la identidad de determinados testigos o peritos, de acuerdo con lo señalado por la Ley Orgánica 19/1994, del 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, siempre que el juez aprecie “racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”. La condición de testigo protegido puede predicarse también de los agentes de la policía que, bajo autorización judicial, actúen con identidad supuesta, como agentes encubiertos e infiltrados en redes de delincuencia organizada (artículo 282 bis de la LECRIM). La protección de testigos tiene fundamento en el Tratado Internacional referido a la Convención contra la Tortura (instrumento de ratificación por España publicado en el *BOE* el 9.11.1987) que, en su artículo 13 previene la necesidad de que el Estado tome medidas “para asegurar que los testigos de ese delito estén contra malos tratos o intimidación como consecuencia del testimonio prestado”.

La decisión de protección al testigo o al perito puede afectar, en función de la gravedad e intensidad del peligro, a la ocultación de la identidad del domicilio o cualquier dato del afectado que pueda llevar a su identificación, a impedir su identificación visual o la asignación como domicilio de la sede del juzgado, amén de otras medidas, como la protección policial o la asignación de una nueva identidad. Se debe partir de la base, pues, de que no es lo mismo testigo protegido que testigo anónimo, lo cual significa que no toda medida de protección tiene por qué incidir en el conocimiento de la identidad del protegido por las partes del proceso. Aun reconociéndolo así, es frecuente que las medidas de protección sí afecten a dicho conocimiento y por eso se deben acordar, dice el artículo 2o. de la ley, sin perjuicio del derecho a la contradicción que corresponde al acusado; ello se traduce en que, en el acto del juicio, si así lo solicita cualquiera de las partes en sus escritos de acusación o de-

fensa, puede revelarse la identidad del testigo o perito protegido (artículo 4.3). En este punto prima el derecho a la igualdad de armas en la fase de juicio oral y, sobre todo, el derecho del acusado a conocer la identidad de los testigos,¹³ según lo dispuesto por el artículo 6.3d del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconoce el derecho del acusado a “interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra”,¹⁴ y por el artículo 14.3 e del Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Para evitar que las medidas de protección acordadas en la instrucción devengan inútiles, toda vez que será precisa la reproducción de los testimonios de los testigos protegidos en el acto del juicio oral para que puedan constituir prueba de cargo, se han ideado medios que, asegurando la declaración del testigo en presencia del tribunal, mitigan la incidencia que en el testigo puede tener la coincidencia física con el acusado, especialmente en el caso de las víctimas de delitos. Una de esas medidas es la declaración testifical ante el tribunal en la que el declarante no está en contacto directo visual del acusado (declaración a través de un biombo, o desde sala contigua a la de vistas, por ejemplo). Esta es la solución que adopta el derecho español en caso de testigos menores de edad, de acuerdo con lo señalado por el artículo de la ley 14/1999, del 9 de junio, de modificación del Código Penal de 1995, en materia de protección a las víctimas de malos tratos y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, siempre a juicio del tribunal y en interés de dicho testigo y mediante resolución motivada, previo informe pericial, utilizando para ello cualquier medio técnico o audiovisual que haga posible la práctica de esta prueba.¹⁵ La medida se introduce en el artículo 448 de la LECRIM, para el caso de declaración testifical del menor en la fase de instrucción; para la declaración en juicio, en el artículo 707 del mismo cuerpo legal. Ambas disposiciones son compatibles con el artículo 15.3 de la ley 35/95, del 11 de diciembre, de ayuda y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, según el cual “en todas las fases del procedimiento de investigación el interrogatorio de la

¹³ Sentencias del Tribunal Supremo (2a.) del 16 de marzo de 1998 (EDJ 1998/1565) o 3 de marzo de 1999 (EDJ 1999/1691), entre otras.

¹⁴ Como puso de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en las sentencias de los casos *Windisch vs. Austria* del 27 de septiembre de 1990L; *Kostovski vs. Países Bajos* del 20 de noviembre de 1989; *Lüdi vs. Suiza* del 15 de junio de 1992, y *Van Mechelen vs. Países Bajos* del 23 de abril de 1997, entre otras.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo (2a.) del 21 de mayo de 2004 (EDJ 2004/259910); sentencia del Tribunal Supremo (2a.) del 18 de diciembre de 2001 (EDJ 2001/56100).

víctima deberá hacerse con respeto a su situación personal, a sus derechos y a su dignidad". Asimismo, estas disposiciones han obtenido el aval del artículo 8.4 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea del 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal.

Más complejo resulta, por el contrario, la ocultación de la identidad del testigo, dado que cualquiera de las partes tiene derecho a conocerla en el acto del juicio, de conformidad con el artículo 4.3 de la Ley 19/1994. El conocimiento de la identidad del testigo es una exigencia de la debida contradicción procesal, habida cuenta de que no hacerlo puede limitar las facultades de defensa del acusado, ante la imposibilidad de discutir el testimonio o la fiabilidad probatoria del testigo cuya identidad se desconoce.¹⁶

La revelación de la identidad del testigo no opera *ipso iure*, sino previa solicitud de las partes y, por supuesto, siempre que la medida de protección se haya prorrogado a la fase de juicio oral. Por esa razón, entienden los autores que la revelación se hará sólo a la parte que lo solicite.¹⁷ La jurisprudencia española es estricta a la hora de apreciar los requisitos de la solicitud de identificación del testigo protegido, a efectos de que el tribunal deba o no revelar la identidad del testigo protegido. Según el alto tribunal, no basta con la alegación genérica de que el desconocimiento de la identidad provoca indefensión, sin más, sino que se ha de justificar por el acusado en qué se perjudica a su derecho de defensa el desconocimiento de la identidad del testigo o en qué se le haya impedido alguna defensa idónea.¹⁸

En el caso de los agentes encubiertos, el artículo 282 bis, párrafo 2 de la LECRIM, autoriza que los funcionarios de la policía judicial con identidad ficticia la mantengan a lo largo del juicio cuando deban testificar en el juicio y así lo acuerde el juez motivadamente. Es evidente que esta prevención supone un tratamiento diferente al agente encubierto del testigo protegido, pues la declaración con identidad encubierta no supone el anonimato del testigo, sino tan sólo la ocultación de su identidad real, pero no la de aquella bajo la cual se presentó ante el acusado,

¹⁶ Moral García y Santos Vijande, *op. cit.*, nota 1, p. 151.

¹⁷ Moreno Catena, V., "Los agentes encubiertos en España", *Otrosí*, núm. 10, 1999, p. 42; Rifá Soler, J. M., "El agente encubierto o infiltrado en la nueva regulación de la LECRIM", *Poder Judicial*, núm. 55, 1999, p 183.

¹⁸ Sentencias del Tribunal Supremo del 8 de octubre de 2001 (EDJ 2001/58210) y 28 de enero de 2002 (EDJ 2002/6027); sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 651/2000 del 6 de octubre); sentencia del Tribunal Supremo del 28 de enero de 2002 (EDJ 2002/6027).

lo que no impide la contradicción de su testimonio ni la de la virtualidad probatoria del agente encubierto.¹⁹

III. LA PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO PENAL FRENTE A TERCEROS: EL DEBER DE CELEBRAR LAS ACTUACIONES DEL PROCESO EN AUDIENCIA PÚBLICA

La exigencia de publicidad *ad extra* de las actuaciones del proceso, entendida como accesibilidad de la justicia para todos,²⁰ suele presentarse vinculada con el proceso oral. En realidad, sin embargo, no existe una relación de inmanencia entre la publicidad y la oralidad del proceso. La oralidad, que se entiende por la jurisprudencia constitucional española como un principio informador del proceso penal o como garantía institucional,²¹ no justifica *per se* el que las actuaciones procesales deban ser públicas, sino tan sólo que se celebren en presencia del tribunal sentenciador y en unidad de acto: lo que los autores denominan con expresión recogida también por la jurisprudencia como *inmediación* y *concentración* de las actuaciones públicas.

Aun inexistente esa relación esencial entre oralidad y publicidad, sí es cierto que una y otra están estrechamente relacionadas dentro del proceso y, en concreto, en la esfera procesal penal.²² Como se ha dicho.

La predominancia de la oralidad en el enjuiciamiento penal español es lo que ha determinado, igualmente, la predominancia de la publicidad de los juicios y vistas penales, momentos decisivos del proceso. Esto, desde otra perspectiva, significa que, en la medida en que los actos del proceso penal sean orales, gozarán, como criterio general, de la garantía de la publicidad externa, mientras que la escritura estará siempre unida a restricciones de publicidad para terceros. Y, ello es así porque la publicidad externa de los actos del proceso es, en pureza, una garantía de aplicación simultánea al momento de realización del acto procesal de

19 Así lo entienden Gascón Inchausti, F., *Infiltración policial y "agente encubierto"*, Granada, Comares, 2001, p. 312; y Delgado Martín, J., "El proceso penal ante la criminalidad organizada. El agente encubierto", *Actualidad Penal*, I, 2000, p. 24-26.

20 Goldschmidt, J., *Problemas jurídicos y políticos en el proceso penal*, Barcelona, 1935, p. 95. También Pedraz Penalva, "Notas sobre publicidad y proceso", *Poder Judicial*, número especial, 1989, pp. 115 y ss.

21 Sentencias del Tribunal Constitucional 54/1985 del 18 de abril; 242/1988 del 19 de diciembre; 17/1989 del 30 de enero, o 186/1990 del 15 de noviembre, entre otras.

22 En palabras de Gómez Orbaneja, son "correlativas", *op. cit.*, nota 2, p. 250.

que se trate. La publicidad se erige así en alma de la justicia,²³ en ventaja tan potente que equivale a todas las demás.²⁴

Lo que con la exigencia de publicidad *ad extra* se pretende es que, en el momento de llevar a cabo el acto oral, haya público presente, y eso es ciertamente difícil cuando se trata de actuaciones escritas cuya realización no se produce, en la mayoría de los casos, con intermediación judicial. He aquí el *quid* de esa relación directa entre oralidad y publicidad: se exige publicidad de los actos realizados con intermediación judicial (los juicios y las vistas), pero dicha exigencia desaparece cuando no hay intermediación. Eso implica restricción a la publicidad externa de los actos escritos del proceso, pero también de aquellos actos orales ya consumados e incorporados a las actas del procedimiento, los cuales tampoco gozan del acceso libre al conocimiento público (pues, como hemos visto, para ello será preciso acreditar ante el tribunal un interés legítimo).

La comprensión del modelo español sobre publicidad para terceros del proceso penal requiere recordar que en él, como en el modelo francés, existen dos fases diferenciadas, ambas de carácter jurisdiccional pues se siguen bajo la dirección de sendos órganos jurisdiccionales independientes e imparciales: la fase de instrucción preliminar (o de sumario), bajo la dirección de un órgano jurisdiccional unipersonal que ejerce funciones de instrucción, y la fase de plenario o de juicio oral, cuyo conocimiento corresponde al tribunal —colegiado o unipersonal— sentenciador.

La propia naturaleza de las heterogéneas actuaciones que tienen lugar en la investigación preliminar, así como la necesidad de preservar el interés del *ius puniendi* del Estado, llevó al legislador a construir la fase de instrucción con predominio de la escritura. La oralidad es, por su parte, de observancia máxima en la fase decisiva del proceso, en el plenario. Ello lleva a la conclusión de que, por razón de su articulación formal, los actos de la fase de instrucción son como regla secretas, mientras que el criterio general para el acto del juicio oral es el de la publicidad.

Más, como hemos señalado, calificar a un proceso como oral o como escrito es tan sólo un criterio de predominancia. Por eso, calificar la instrucción como escrita no supone negar la posibilidad de que, en su seno, se realicen actuaciones orales. De hecho, a lo largo de la fase preparatoria del juicio se pueden identificar importantes actos orales, desde las declaraciones de las partes y de los testigos (salvo excepciones), los careos, hasta la vista para decidir sobre la prisión provisional

²³ Bentham, J., *Tratado de las Pruebas Judiciales*, Madrid, 1843, t. I, p. 102.

²⁴ Aguilera de Paz, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento criminal*, Madrid, 1924, t. V, pp. 268 y 269.

del imputado. Por su parte, en la fase de plenario sólo cabe hablar *proprie dicta* de oralidad en el acto del juicio, en sentido estricto, pero no así de los actos preparatorios del juicio que se celebran ante el tribunal sentenciador, los cuales (artículos de previo pronunciamiento, calificación provisional, conclusiones definitivas) son escritos.

Desde estas premisas, las actuaciones del sumario se conciben en el sistema de la LECRIM como secretas frente a terceros ajenos al proceso. Este sistema ha sido sancionado por el Tribunal Constitucional español, el cual ha entendido conforme con la carta magna que no se aplique la publicidad a todas las fases del proceso, con tal de que sí sea garantizada en el acto oral que lo culmina y al pronunciamiento subsiguiente de la sentencia.²⁵

De conformidad con el artículo 301, I, de la LECRIM, las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley”. La restricción de publicidad afecta también a los actos orales que se celebren durante la instrucción,²⁶ pues la norma del artículo 301, I, de la LECRIM es especial y, por ende, de preferente aplicación con respecto a la norma general de la Ley de Enjuiciamiento Civil que exige la publicidad de los juicios y vistas (artículo 138), supletoriamente aplicable al proceso penal (según el artículo 4o. de la LEC).

Las actuaciones del juicio oral, en sentido estricto (esto es, del propio acto de la vista, puesto que en la fase de juicio oral hay también importantes actos escritos), por su parte, serán públicas, bajo pena de nulidad —dice la ley—, salvo que el tribunal decreta su celebración a puerta cerrada, siempre al amparo de causa legal que lo justifique: será así cuando lo exijan razones de “moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia” (artículo 680, párrafo 2 de la LECRIM). Con todo, la publicidad del juicio oral debe ser, en opinión de algún autor, no una mera garantía formal que se cumple con la asistencia de público a sus sesiones, sino que es preciso establecer las bases para que el público que asiste pueda entender lo que allí acontece, algo no siempre sencillo a causa del empleo de lenguaje complejo y tecnicado.²⁷

El descrito se corresponde con el régimen original establecido por la LECRIM desde su publicación en 1882, que posteriormente sería ratifi-

25 Sentencia del Tribunal Constitucional 176/1988 del 4 de octubre; sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 8 de diciembre de 1983 (casos *Pretto y otros v. Xen*) y 22 de febrero de 1984 (caso *Sutter*).

26 Del Moral y Santos Vijande, *op. cit.*, nota 1, p. 55.

27 Pedraz Penalva, *op. cit.*, nota 20, pp. 281 y 282.

cado, primero por el artículo 120 de la CE, y más adelante por el artículo 232 de la LOPJ. El secreto del sumario frente a terceros ajenos al proceso opera *ipso iure* (es decir, por imperio de la ley y sin necesidad de que nadie lo decrete), y, por contraposición al secreto restringido del artículo 302, II, de la LECRIM, es entendido también como secreto *genérico* y afecta también a los actos orales que la ley disponga, salvo que específicamente se señale otra cosa.

A favor del secreto de las actuaciones del sumario contra terceros (tanto de las orales como de las escritas), juegan el interés por proteger la dignidad, el derecho al honor, y a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen del sospechoso, en un momento del proceso en el que se encuentra amparado por la presunción de inocencia, que sólo se desvirtúa en la sentencia.²⁸ La mera sujeción de una persona como sospechoso del hecho punible a la investigación preliminar contiene en sí un elemento de demérito social de difícil eliminación ulterior, incluso en caso de que el proceso concluya con sentencia absolutoria.

La apertura de juicio oral, en el que es necesaria la publicidad, exige dar a conocer la identidad del reo, si bien el conflicto de intereses se salva aquí por el hecho de que para llegar al plenario es presupuesto necesario un juicio previo de probabilidad sobre la participación del imputado en el delito. En el juicio oral el reo sigue beneficiado por la presunción de inocencia, pero sobre él existe un grado de reproche jurídico de mayor intensidad que el que tiene en el momento de ser detenido o puesto a disposición de la autoridad judicial, durante la instrucción, por lo cual el ordenamiento asume el riesgo de demérito social que la publicidad de las sesiones del juicio puede tener para el reo, en beneficio de la garantía que para la sociedad tiene su enjuiciamiento en forma pública.

En el juicio oral a veces existen otros intereses legítimos dignos de protección, que prevalecen al deber de publicidad. El secreto se puede ordenar de oficio o a instancia de parte acusadora, previa deliberación reservada y por resolución motivada contra la que no cabe recurso alguno y, según el artículo 680 de la LECRIM, “cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia”. En términos más generales, el artículo 232 de la LOPJ establece que el secreto sólo se puede decretar excepcionalmente, por resolución motivada, y por “razones de orden público y de protección de los derechos y libertades”. La celebración a puerta ce-

²⁸ También lo entienden así, Del Moral y Santos Vijande, *op. cit.*, nota 1, p. 55; si bien en su opinión, en un segundo plano; Moreno Catena, “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *Constitución y derecho público: estudios en homenaje a Santiago Varela*, 1995, p. 290.

rrada, rectamente entendida y reducida a casos excepcionales y justificados, cumple con la finalidad de facilitar el correcto desarrollo del juicio protegiendo al mismo acusado de cualquier intimidación.²⁹ También se justifica, por razones de orden público, cuando en la vista se pueden revelar secretos oficiales.³⁰ Según las circunstancias, el secreto puede afectar a todo el juicio o a determinadas actuaciones del mismo, pudiendo acordarse así una medida intermedia si con ello es suficiente para garantizar los intereses dignos de protección: por ejemplo, restringiendo la entrada de medios de comunicación audiovisual, aun manteniendo el acceso de público o de medios escritos al acto del juicio.³¹

Complementarias a las reglas anteriores son, por ejemplo, el artículo 4o. de la Ley Orgánica 1/1996, de protección jurídica del menor, que proscribía la difusión de información o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar una intromisión ilegítima en su intimidad, honra o reputación, o que sea contraria a sus intereses. Puede justificar el secreto del juicio, igualmente, el interés de la víctima del delito o de la protección de su intimidad o imagen, si así lo estima el tribunal, y de conformidad con el artículo 8.4 de la Decisión Marco del Consejo de la Unión Europea sobre el Estatuto de la víctima en el proceso penal (2002/220/JAI), aunque no se trate ésta de una norma vinculante para los Estados miembros de la Unión.

Otras normas sobre el secreto de las vistas penales se encuentran en disposiciones especiales. Es el caso del artículo 35.2 de la Ley Orgánica 5/2000, del 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, conforme con el cual “el juez podrá acordar, en interés de la persona imputada o de la víctima, que las sesiones no sean públicas”, una restricción extensiva en todos los casos a los medios de comunicación social, que no podrán obtener ni difundir imágenes del menor ni datos que permitan su identificación. Por su parte, el artículo 63 de la Ley Orgánica 1/2004, del 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género, autoriza a los jueces a acordar el secreto de las vistas y que las actuaciones sean reservadas, expresión ambigua que difícilmente puede entenderse como *tertium genus* entre lo público y lo privado. También, el artículo 43 de la Ley Orgánica 5/1995, del Tribunal del Jurado, que permite que el magistrado presidente acuerde la celebración a puerta cerrada de la visa, previa deliberación con el jurado.

29 Sentencia del Tribunal Supremo (2a.) del 5 de abril de 2000 (EDJ 2000/5992).

30 Sentencia del Tribunal Supremo (sala 5a., de lo militar) del 30 de marzo de 1998 (EDJ 1998/1884).

31 Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2004 del 19 de abril.

El artículo 680 de la LECRIM establece, como consecuencia derivada de la infracción de la regla de publicidad del juicio penal, la nulidad, una infracción que puede producirse, tanto por acordarse el secreto fuera de los supuestos autorizados por la ley, como por no observarse los requisitos que establece la ley para su adopción, por ejemplo, la debida motivación,³² que puede ser implícita de acuerdo con las circunstancias.³³ La dicción legal es coherente con la articulación de la publicidad a terceros en el proceso, no como una manifestación del derecho de defensa, sino como una garantía institucional cuya observancia no favorece —como hemos sostenido— el ejercicio del derecho de defensa, sino tan sólo el control ciudadano a lo que se actúe por el juez en el juicio.

IV. LA PUBLICIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL PROCESO PENAL, EN CUANTO A MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A DIFUNDIR PÚBLICAMENTE NOTICIAS

1. Cuestiones generales

Se obtiene otra dimensión de la publicidad del proceso penal al contemplarla desde el punto de vista del derecho a dar públicamente una información veraz por cualquier medio de difusión.³⁴ De modo creciente la actividad profesional de jueces y la de los periodistas se proyectan sobre una misma realidad, los hechos delictivos forman parte del interés de la sociedad y, en consecuencia, se incorporan al objeto propio de la información periodística. Por su trascendencia política y social, la tarea de jueces y medios de comunicación ha merecido reconocimiento en la mayoría de los textos constitucionales de los Estados democráticos, porque ambas favorecen el robustecimiento democrático de la sociedad.

Sin embargo, no son infrecuentes las fricciones y tensiones en la zona de confluencia de los derechos a la tutela judicial y a emitir información veraz por cualquier medio. Los jueces han pasado de ser responsables anónimos de la aplicación de la ley a las cabeceras de los noticiarios, la mayoría de las veces, de manera involuntaria y en ocasiones con una dimensión mediática que incide en su vida profesional y perso-

32 Sentencia del Tribunal Supremo (2a.) del 26 de septiembre de 2000 (EDJ 2000/27884); sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona del 11 de octubre de 2002 (EDJ 2002/87673).

33 Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 26 de noviembre de 1997 (EDJ 1997/17799); sentencias del Tribunal Supremo del 16 de abril y 19 de octubre de 1996.

34 En general, sobre el particular, Moreno Catena, *op. cit.*, nota 28, pp. 281 y ss.; también, Gimeno Sendra, *Los procesos penales, cit.*, nota 1, pp. 305 y ss.

nal. Eso provoca el recelo cuando no el rechazo inicial de no pocos titulares de la función jurisdiccional y, por ello, ha sido preciso determinar las fronteras del derecho a la información en los tribunales de justicia, de límites que hagan compatible el ejercicio de este derecho con las exigencias que, para la correcta impartición de justicia en cada caso, y con respeto a las garantías del ciudadano y a la labor imparcial e independiente del juez, se derivan del artículo 24 de la CE.

La cuestión estriba en determinar hasta qué punto la publicidad de las actuaciones del proceso frente a terceros constituye también una puerta abierta para que los medios de comunicación accedan a las salas de justicia, y, en su caso, en qué régimen. La labor de la prensa debe ser estimada como contribución esencial a la lucha contra la corrupción y al sostenimiento de la confianza ciudadana en las instituciones del poder; sin embargo, el ejercicio abusivo o tendencioso de la libertad de información puede convertirse, más que en un coadyuvante de la finalidad de la publicidad, en un peligro para sus fines.³⁵

Sobre el particular, la doctrina del Tribunal Constitucional ha sido favorable al papel de los medios de comunicación como artífices de la publicidad prevista en el artículo 120 de la CE. Por otra parte, el hecho de que se garantice la presencia de medios en una vista, pero se impida el acceso del público, es garantía del artículo 20 de la CE (derecho a la información), pero no del derecho al proceso público (artículo 24.2 de la CE), pues, a juicio del Tribunal Constitucional, lo relevante a efectos del segundo no es otra cosa que cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio, mientras exista espacio para ello: la asistencia sólo de periodistas a una vista judicial no garantiza su publicidad.³⁶

El derecho a emitir informaciones no es un derecho absoluto,³⁷ lo que determina su apreciación individual, caso por caso, y en función de su trascendencia informativa real. El artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos así lo certifica, al entender conforme con el convenio la prohibición de acceso de la prensa a los procesos cuando pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. Es preciso y posible, pues, graduar el interés informativo en atención a criterios subjetivos (de los presuntos autores) u objetivos (trascendencia del delito), que se han

³⁵ Gómez Orbaneja, *op. cit.*, nota 2, p. 250. Para Pedraz Penalva, los medios, en especial los audiovisuales, degradan la certeza por su facilidad para manipular la realidad (*op. cit.*, nota 20, p. 285).

³⁶ Sentencia del Tribunal Constitucional 96/1987 del 10 de junio.

³⁷ Así también, López Barja de Quiroga, J., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Pamplona, Aranzadi, 2004, p. 275.

de ponderar atendiendo a las circunstancias particulares que concurren en la causa.

Este derecho no debería plantear problema alguno cuando se trata de dar publicidad por los medios de actos que, conforme a la ley, son públicos, como es el caso de las vistas o juicios. El Tribunal Constitucional lo declaró en una de sus primeras sentencias, la 30/1982, del 1o. de junio. En su fundamento jurídico cuarto señala esta importante sentencia que “el principio de la publicidad de los juicios, garantizado por la Constitución (artículo 120.1), implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general”. Esta proyección, continúa la sentencia, “no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permite adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etcétera, están en la imposibilidad de hacerlo. Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social entre la noticia y cuantos no están, así, en condiciones de conocerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su entidad pueden afectar a todos y por ello alcanzan una especial resonancia en el cuerpo social, como ocurre indiscutiblemente con el desarrollo de la vista de la causa que nos ocupa”.

El contenido del derecho a comunicar información veraz comprende todo el proceso de creación de la información, desde la obtención y elaboración de la noticia hasta su difusión.³⁸ Por eso, sostiene el Tribunal Constitucional que si la noticia se obtiene en una fuente de información general, como puede ser la audiencia pública de un juicio, forma parte del contenido del derecho a la libertad de información que no se impida el acceso a la fuente.³⁹

2. Secreto del proceso penal y derecho a la información

Más complejo es el alcance de la libertad de información en aquellas actuaciones sobre las que pesa un deber de secreto para terceros (por ejemplo, el de la instrucción o en las vistas celebradas a puerta cerrada), en que la forma de proceder de los terceros —y, en especial, de los medios de comunicación— debe ajustarse a parámetros parecidos a los establecidos por la jurisprudencia para la protección del derecho al honor.

³⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1981 del 16 de marzo.

³⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 56/2004 del 19 de abril.

En realidad, y como se ha dicho, pocas prescripciones legales son menos respetadas que ésta en nuestros tiempos.⁴⁰

En el caso de las actuaciones sujetas al deber de secreto restringido (artículo 302, II, de la LECRIM, por ejemplo), en principio, éstas deberían quedar al margen de la libertad de información, en beneficio de la investigación. Sin embargo, la infracción del deber del secreto de las actuaciones alcanza, desde un punto de vista penal, a los funcionarios de los juzgados y tribunales y a los abogados y postulantes, pero no así a los profesionales del periodismo encargados de transmitir la noticia. Los profesionales del periodismo se encuentran también amparados por el secreto profesional, de suerte que no pueden ser considerados como autores o cómplices del delito de revelación de secreto, por negarse a denunciar ante la jurisdicción la fuente de su información.⁴¹

Sobre la compatibilidad del secreto del sumario con el derecho a la información, en los términos en que es definido por el artículo 20 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha defendido la denominada tesis *formalista* en su sentencia núm. 13/1985.

Según esta tesis, a la hora de dar respuesta a la pregunta y con el objeto de encontrar el criterio más acorde con nuestra carta magna, es necesario distinguir, dentro de los términos del artículo 301 de la LECRIM, los datos contenidos en los documentos afectados por el secreto sumarial de la realidad a la que afectan esos datos. De este modo, es lícito, a juicio del tribunal, que se publiquen informaciones paralelas sobre la realidad afectada por el secreto, cuando se ha obtenido por medios lícitos y/o ajenos a los datos que obran en el juzgado. La informa-

⁴⁰ De la Oliva Santos, *Derecho procesal penal*, con Aragoneses, Hinojosa, Muerza y Tomé, Madrid, Cera, 1995, p. 47.

⁴¹ Así ha ocurrido en España recientemente en la investigación de los atentados del 11 de marzo de 2004, en que el director del diario *El Mundo*, de Madrid, fue conminado a citar la fuente de información y denunciado por el juez instructor del caso, al entender que las informaciones que publicaba este diario suponían revelación de secretos. Tras prestar declaración en las diligencias penales abiertas con motivo de este hecho, la causa fue finalmente archivada por el instructor al entender que el periodista no tiene el deber de citar su fuente, prevaleciendo en el caso el interés del derecho a la información, por la trascendencia pública del hecho. Con todo, y con anterioridad a este caso, el Tribunal Supremo ha entendido que la prohibición del secreto del sumario no afecta al periodista en lo que significa información sobre aspectos generales del contenido del sumario o valoración sociológica (sentencia de la sala 2a. del 19 de octubre de 1995, EDJ 1995/5510), pero considera también que no se puede entender veraz la información cuando se obtiene con quebranto del secreto del sumario (sentencia de la sala 1a. del 5 de febrero de 1998, EDJ 1998/583).

ción no afecta al secreto del sumario si se obtiene antes y al margen del sumario.⁴²

Aunque el planteamiento del Tribunal Constitucional en principio es indiscutible, puede conducir a resultados absurdos. Ante todo porque es difícil abstraer las actuaciones del sumario de la realidad a la que se refieren, principalmente cuando las fuentes de conocimiento son, para el instructor y para los medios, las mismas, ya que la investigación judicial afecta a hechos concretos. Tan es así que, aplicando literalmente el criterio doctrinal expuesto, de acuerdo con ese comportamiento una parte a quien afecta el secreto del sumario, pueda enterarse de hechos reservados por una información periodística, vulnerándose así, de modo material, la finalidad buscada por el juez cuando ordenó el secreto. No se olvide que el secreto del sumario se acuerda por ser indispensable para la consecución de los fines del derecho penal. Por ello, insisto, puede no ser del todo conforme con la realidad de las cosas entender que la publicación de una información sobre hechos objeto de una investigación criminal no afecta a esos fines, cuando la información no se ha obtenido de los datos del sumario.

Además, ha de tenerse en cuenta que el secreto, en realidad, lo que implica es la atribución de exclusividad a los jueces en la determinación de la verdad, por lo que permitir que tales hechos puedan salir a la luz sin control judicial conduce, en la práctica, a la infracción de ese monopolio.

Puede ser interesante, a este respecto, recordar el criterio seguido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Webber*.⁴³ Se trataba en el caso de un periodista suizo que se querelló por difamación contra una determinada institución que había criticado la forma de gestionar por aquél los fondos de una fundación. La querellada solicitó del

⁴² Pedraz Penalva, *op. cit.*, nota 20, p. 278. López Barja de Quiroga, J., *op. cit.*, nota 37, p. 277. La sentencia trataba del caso de un juez instructor que había prohibido a unos fotógrafos hacer fotos durante una diligencia de investigación practicada en el seno de unas diligencias secretas en el lugar donde se había producido el hecho punible (un incendio), y que, al mismo tiempo, y consciente de que en ese lugar habían estado presentes ya otros medios, les había dirigido comunicaciones prohibiendo la publicación de las fotografías obtenidas, en aras del interés de la investigación. Estos medios de comunicación recurrieron contra la orden judicial y llegaron ante el Tribunal Constitucional, en el que plantearon un recurso de amparo por vulneración del derecho fundamental a emitir información del artículo 20 de la Constitución que fue estimado por entender el tribunal que el deber del secreto se debe circunscribir a lo que conste en los documentos y actas obrantes en el sumario, pero no al conocimiento obtenido de investigaciones ajenas al proceso, entre las que se encontraban, precisamente, las fotografías obtenidas con anterioridad a la práctica de la diligencia sumarial.

⁴³ Sentencia del 22 de mayo de 1990.

señor Webber, para oponerse a la acusación de difamación, ciertos documentos que justificarían la certeza de las imputaciones, pero el querrelante, requerido a ello, no los dio, hecho que no le impidió publicar su contenido en una rueda de prensa. Este último hecho motivó la imposición de una sanción por revelación del secreto del sumario, conforme a la legislación aplicable del derecho interno suizo (en concreto, del Cantón del Vaud), que motivó la impugnación del señor Webber ante las instancias judiciales, llegando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por violación del derecho a la libertad de expresión.

El Tribunal entendió en el caso, a los efectos que ahora nos interesan, que la prohibición del tribunal nacional no limitaba al derecho a la libertad de expresión del señor Webber, salvo que esta se tradujera en la revelación de un secreto del sumario. Es decir, el deber de respetar el secreto del sumario es legítimo en los ordenamientos nacionales: el derecho puede legítimamente establecer mecanismos de restricción de la libertad de expresión cuando exista un interés público que lo justifique, con el amparo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que primaría sobre la libertad de expresión del individuo. Finalmente, no obstante, el Tribunal Europeo falló a favor del recurrente por entender que la sanción se impuso con posterioridad a la publicación de los hechos, lo que, a su juicio, ya no tenía sentido, dado que los hechos eran ya públicos. Se trata de una justificación criticable, toda vez que la sanción encontraba su sentido en el hecho de la infracción de un deber jurídico (el deber de secreto), por encima de la circunstancia de que ese deber haya devenido inútil ya por la revelación pública del documento amparado por el secreto sumarial.

El Tribunal Constitucional ha defendido que el alcance de la libertad de información no puede ser el mismo en el acto del juicio oral y público que en la fase de sumario: “en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información”.⁴⁴

Cuando de juicios a puerta cerrada se trata, el Tribunal Constitucional ha entendido conforme con la Constitución de 1978 y con el respaldo del artículo 29, en relación con el artículo 10, ambos de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y del artículo 61 Convenio Europeo de Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamenta-

44 Auto del Tribunal Constitucional 195/1991 del 26 de junio.

les que las restricciones acordadas por el tribunal sentenciador se extiendan también a los medios de comunicación, siempre que se hayan adoptado motivadamente y al amparo de cualquiera de las causas legales.⁴⁵ En realidad, esta doctrina constitucional se basa en el hecho de que, en relación con los actos procesales, el derecho de acceso de los medios de comunicación de cualquier clase (escritos o audiovisuales), en los términos del artículo 20.1 *d* de la CE, se trata de un derecho a acceder a las fuentes de información públicas: por eso, cuando una legislación ordinaria establece restricciones, por las razones que estime oportunas, a la publicidad de las vistas, se debe considerar también como una legítima restricción al derecho a la información en relación con las actuaciones del proceso.⁴⁶

Como se ha señalado, a diferencia de lo expuesto en relación con los abogados, representantes técnicos de las partes y jueces, magistrados, fiscales y funcionarios de los tribunales de justicia, o para cualquier particular que intervenga en el proceso, el Código Penal español no castiga la revelación de secretos cometida por los periodistas en los medios de comunicación, ni en su artículo 466 ni en el artículo 417. La conducta que, en los términos analizados, no goza del amparo del derecho a la información contenido en el artículo 20.1 *d* de la CE, no es punible para el derecho penal español. No ocurre así, sin embargo, en otros ordenamientos europeos. Es el caso del derecho francés, en el cual determinados acontecimientos sucedidos en el enjuiciamiento de un antiguo colaborador del ejército alemán durante la Segunda Guerra Mundial provocó una reacción legislativa dirigida a evitar que las interferencias de la prensa en el desarrollo de los procesos llevase a la revelación de actuaciones procesales secretas.⁴⁷ Dicha reacción se plasmó en la promulgación de la ley del 13 de julio de 1990 (reformada por la ley del 25 de junio de 2001), sobre la libertad de prensa, cuyo artículo 38 castiga la publicación de las actas de acusación y de todas las actuaciones del procedimiento previas a la apertura del juicio oral con una pena de 3,750 euros: con la misma pena se castiga la publicación de informaciones sobre las deliberaciones y trabajos a puerta cerrada de los tribunales y del Consejo Superior de la Magistratura. Con pena de multa de 15,000 euros se castiga la difusión por cualquier medio o soporte de comunicación de las circunstancias o imágenes de un delito, cuando ello pueda atentar gravemente la dignidad de las víctimas (artículo 35 *quater*). Se trata, sin

45 Sentencias del Tribunal Constitucional 65/1992 del 29 de abril; 62/1982 del 15 de octubre; 96/1987 del 10 de junio, y 176/1988 del 4 de octubre.

46 Sentencia del Tribunal Constitucional 5672004 del 19 de abril.

47 Moral García y Santos Vijande, *op. cit.*, nota 1.

duda, de normas ciertamente restrictivas del ejercicio del derecho a la información en materia criminal.

3. *Influencia de las opiniones periodísticas en los procesos pendientes*

Otro asunto es el relativo a la influencia de las opiniones periodísticas en los procesos pendientes, es decir, los llamados *juicios paralelos*.

El derecho español no contiene figuras jurídicas tendentes a evitar este tipo de juicios, a diferencia, por ejemplo, del derecho inglés, en donde existen las denominadas *contempt at court*, restricciones informativas que puede ordenar el tribunal a los medios sobre un proceso para evitar que las informaciones periodísticas afecten a la imparcialidad del juez, así como críticas a los jueces, partes, testigos o abogados. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, no obstante, en el caso *Sunday Times*,⁴⁸ entendió contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos la orden de restricción ordenada por los tribunales ingleses contra dicho medio (unas informaciones en las que se criticaba duramente los acuerdos alcanzados por una industria farmacéutica con los afectados por la intoxicación de la *Talydomida*), al entender que el interés público en ese caso no debía primar sobre el derecho a la información, cuando se trataba de presiones sobre una parte y no sobre el juez. El caso contrario lo encontramos en el caso *Worm*, resuelto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia del 29 de agosto de 1997. En él se entendió conforme con el convenio la sanción a un periodista de nacionalidad austriaca por su influencia decisiva en un proceso penal.

En España, el Tribunal Constitucional no ha entendido nunca contrario a la tutela efectiva las condenas obtenidas en aquellos casos en que el tribunal puede verse sometido a la presión del juicio paralelo. En algunos casos, sin embargo (autos 419/1990 —inadmisión de un recurso de amparo contra sentencia penal de condena en el caso el *Nani*— y 195/1991 —inadmisión de un recurso de amparo contra sentencia penal que condenaba al director de una prisión por el fallecimiento de un recluso—), no entendió imposible, en abstracto, que dicha consecuencia se pudiera producir, si bien no lo apreció por entender que en los supuestos analizados el tribunal obró con plena profesionalidad, y que la prueba de descargo utilizada era inconsistente. Más recientemente, se ha pronunciado la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1999 del 20 de

48 Sentencia del 26 de abril de 1979.

julio.⁴⁹ Según esta sentencia, “los límites de la libertad de expresión pueden no incluir declaraciones que amenacen, deliberadamente o no, con reducir las posibilidades de los acusados de gozar de un juicio justo, o que dañen la confianza de los ciudadanos en el papel que desempeñan los tribunales al administrar la justicia penal”. “Se hace preciso, pues, considerar el alcance objetivo de las manifestaciones de que se quejan los demandantes, atendiendo a su tenor, finalidad y contexto en que son emitidas”. Los juicios paralelos son por ello inevitables cuando lo justifica la trascendencia del hecho enjuiciado, pero cuando se rebasan los límites anteriores pueden vulnerar la imparcialidad del tribunal, si bien esta siempre se presume, por lo que, de producirse, deberá ser demostrada por la parte que la alegue.⁵⁰ Los límites de los juicios paralelos son, por consiguiente, los límites del derecho al proceso con todas las garantías, con las consecuencias que ello tiene en el prestigio de los tribunales.⁵¹

Cuestión diferente es si la información proporcionada paralelamente a la actuación judicial puede o no invadir derechos fundamentales del sospechoso del proceso penal. A favor de que los excesos de los juicios paralelos se entiendan como vulneración del derecho al proceso con todas las garantías, del artículo 24 de la CE, se han manifestado algunos autores.⁵² A este respecto, el Tribunal Constitucional español entiende que sólo habrá intromisión al derecho al honor en el juicio paralelo cuando se haya quebrantado el deber de proporcionar una información veraz, pues toda información que no lo sea no dispone de la protección del artículo 20 constitucional. Es decir, cabe opinar sobre cuestiones *sub judice*, pero no desorientar a la opinión pública:⁵³ la opinión pública no puede ejercer una función de predecibilidad de la sentencia.⁵⁴

49 Es el caso de la condena de la Mesa Nacional de Herri Batasuna. La sentencia ha sido comentada por Otero González, M. P., “Medios de tutela ante los juicios paralelos durante la fase de juicio oral (a propósito de la STC 136/1999 del 20 de julio —caso de la Mesa Nacional de HB—)”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 2000, t. LIII, pp. 286-326.

50 Sentencia del Tribunal Supremo (2a.) del 5 de julio de 2001 (EDJ 2001/13917).

51 Sentencias del Tribunal Constitucional 64/2001 del 17 de marzo; 65/2001 del 17 de marzo; 69/2001 del 19 de marzo; 66/2001 del 21 de marzo. Sobre el efecto de los juicios paralelos en la justicia de menores, sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 1a. del 5 de junio de 2001 (EDJ 2001/26843), congruente con la doctrina constitucional expuesta.

52 Por todos, Moreno Catena, *op. cit.*, nota 28, p. 306.

53 Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1996 del 16 de enero. Díez-Picazo, L. M., p. 296.

54 López Barja de Quiroja, *op. cit.*, nota 37, p. 278.

En el ámbito del tribunal del jurado, la evitación de juicios paralelos exige que el magistrado-presidente del tribunal que entre la conclusión del juicio y la presentación de las preguntas sobre las que debía versar el veredicto transcurra el menor tiempo posible.⁵⁵ Sobre el particular, se ha sostenido que la falta de profesionalidad de los jurados resta la influencia de los medios de comunicación.⁵⁶ Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en su sentencia del 9 de marzo de 1987 (asunto *Channel 4 vs. Reino Unido*), entendió justificadas las limitaciones de publicidad a los jurados al amparo de su deber de protección contra actos externos. Eso justifica también su incomunicación durante las deliberaciones, como declaró el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley del Jurado.⁵⁷

En el derecho italiano, por su parte, está admitida la publicación de todas las actuaciones que no sean secretas, sea en prensa escrita o por cualquier otro medio; sin embargo, la posibilidad de que la difusión de noticias pueda provocar prejuicios en el testigo antes de declarar es causa para que el juez prohíba la publicidad de los actos, o de parte de los actos, que se suma a otras causas paralelas a las previstas en el derecho español, como es la posibilidad de que la publicidad ofenda las buenas costumbres o implique la revelación de secretos de Estado (artículos 114.5 y 7o. del *Codice di Procedura Penale*).

Más restrictiva es la legislación francesa, que castiga penalmente las informaciones paralelas en determinadas circunstancias, en virtud de la antes citada y polémica ley del 13 de julio de 1990, sobre libertad de prensa. Según su artículo 35 *tersius*, son punibles, cuando se realiza sin el acuerdo del interesado, la difusión, por cualquier medio y cualquiera que sea el soporte, de la imagen de una persona identificada o identificable investigada con motivo de un procedimiento penal pero que no es objeto de un juicio de condena, si se le puede colocar en una situación embarazosa, o determinar la prisión provisional; también lo es realizar, publicar o comentar un sondeo de opinión, o cualquier otra consulta referente a la culpabilidad de una persona encausada en un procedimiento penal o sobre la pena susceptible de imponerse en su contra, o publicar indicaciones que permiten tener acceso a sondeos o consultas contemplados en el párrafo anterior.

⁵⁵ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía del 19 de marzo de 1999 (EDJ 1999/10969).

⁵⁶ Del Moral y Santos Vijande, *op. cit.*, nota 1, p. 243.

⁵⁷ Publicado en el *Boletín Informativo del Consejo General del Poder Judicial*, 3a. época, mayo de 1994, pp. 46 y ss.

4. *El derecho al acceso a las salas de vistas de los medios audiovisuales de comunicación: la retransmisión de los juicios penales*

Una última cuestión relacionada con este tercer nivel de la publicidad de las actuaciones del proceso penal la constituye el hecho de si cabe reconocer un derecho de los medios de comunicación audiovisual a retransmitir los juicios penales. Sobre este concreto particular, el Tribunal Constitucional ha emitido dos importantes sentencias el año de 2004, las sentencias 56 y 57 de 2004, del 19 de abril. El Tribunal Constitucional ha dado con estas sentencias un importante paso en la definición de las relaciones entre el derecho a comunicar y recibir información veraz y el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. A partir de las sentencias, no hay razones dentro de la Constitución, en opinión del alto tribunal, para excluir de la regla general a los medios, cuando pretenden servirse de medios audiovisuales.

Se trata de una doctrina de trascendencia sobre un asunto que genera ciertas incógnitas provocadas por el riesgo que la entrada de medios audiovisuales en las salas de justicia pueda fomentar los juicios paralelos, por los posibles efectos intimidatorios que el poder real de los medios sobre la opinión pública podría producir en jueces, partes, abogados y testigos, o por las posibles perturbaciones en el normal desenvolvimiento de la administración de justicia. Estas incertidumbres se plantearon en el propio Tribunal Constitucional y fruto de ellas es el interesante voto particular emitido contra el criterio mayoritario de la sala.

Las sentencias en cuestión responden a sendos recursos de amparo interpuestos por determinados medios de comunicación contra dos acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo y del Consejo General del Poder Judicial (que revocó parcialmente al anterior), confirmados jurisdiccionalmente por la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, que establecían las condiciones en que los medios de comunicación acceden a las audiencias públicas.

La tesis defendida mayoritariamente por dichas sentencias es la que el derecho a difundir noticias por cualquier medio, del artículo 20.1 *d* de la CE, hace imposible establecer excepciones generales al acceso a las salas de justicia de los medios de comunicación audiovisuales con respecto a la prensa escrita, por lo que no es de recibo que el acceso de estos segundos esté sujeta a un régimen de autorización expresa caso por caso; al contrario, el criterio general debe ser el de acceso, dentro de las condiciones de capacidad de la sala, debiendo ser las prohibiciones las que se hayan de justificar expresamente. El acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo del 25 de septiembre de 1995 senta-

ba, en su punto tercero, la prohibición de acceso general al palacio del Tribunal Supremo con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión, salvo en los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y demás actos solemnes, no jurisdiccionales. El Consejo General del Poder Judicial, por acuerdo del 7 de febrero de 1996 revocatorio del anterior, daba a entender que debían ser las salas de justicia del Tribunal Supremo, y no su Sala de Gobierno, las que debieran “autorizar en cada caso el acceso de medios audiovisuales a las vistas”, sin perjuicio de que, en todo lo que fuera ajeno a la ordenación de los actos jurisdiccionales, fuera la Sala de Gobierno la competente para determinar el régimen de acceso.

Para el Tribunal Constitucional no es de recibo mantener un sistema de acceso de dichos medios basado en un régimen de autorización previa, caso por caso, de la sala jurisdiccional competente, partiendo de un sistema de prohibición general. Conforme a su superior criterio, el régimen constitucionalmente admisible es precisamente el contrario, esto es, el de acceso a las vistas de los medios audiovisuales como regla general, debiendo ser la prohibición de acceso la que se haya de ordenar por la sala una vez ponderadas las circunstancias del caso y su posible incidencia en el correcto ejercicio de la jurisdicción o en los derechos fundamentales de los sujetos del proceso.⁵⁸

El Tribunal Constitucional, en su sentencia, es consciente de los riesgos que presenta la apertura de las salas de justicia a los medios audiovisuales, entraña riesgos añadidos a los medios de prensa escrita. Así, considera que dichos medios pueden comprometer de forma más intensa derechos constitucionales de terceros y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (el derecho a la propia imagen, los derechos al honor y a la intimidad personal y familiar; incluso, el derecho a la vida y a la integridad física y moral). Al mismo tiempo, reconoce que la captación de imágenes puede producir una viva impresión en los que intervienen en el juicio, con posibles efectos intimidatorios o perturbación para el desarrollo del proceso que podrían ser suficientes para la exclusión de las cámaras; incluso, reconoce el riesgo de favorecimiento de juicios paralelos. Por ello, amparándose en que las limitaciones a los derechos fundamentales pueden ser tanto más intensos cuanto mayor sea el grado de perjuicio que puedan producir en otros derechos, el Tribunal Constitucional considera que las limitaciones que motivadamente se establezcan a la instalación de medios audiovisuales y a la captación y difusión de imágenes en las salas de justicia pueden ser más intensas

⁵⁸ A favor del criterio mantenido por las sentencias revocadas y por el acuerdo del Consejo General del Poder Judicial anulado se manifiesta Pedraz Penalva, *op. cit.*, nota 20, p. 286.

que las aplicables a los medios de prensa escrita. Pero siempre desde el reconocimiento de que el régimen general, de unos u otros medios, debe ser el mismo, con vistas a su acceso a las vistas, como fuentes de información pública.

Considera también el Tribunal Constitucional que el legislador tiene la potestad de establecer el régimen de acceso de los medios audiovisuales a las salas de justicia, pero que, en tanto no se haga, son los tribunales de justicia, al amparo de la normativa general de la Ley Orgánica del Poder Judicial y de las leyes procesales particulares, quienes tienen la potestad de establecer ese régimen, de manera prudencial.

No obstante, no define la sentencia el modelo de acceso: podía haberse optado por un sistema de información centralizada, aprovechando la exigencia de documentación de las vistas por medios audiovisuales, que introdujo la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 (artículo 134), que permitiera a los medios obtener imágenes de las vistas de manera menos agresiva y perturbadora para las partes, terceros y para el propio tribunal, o el establecimiento de canales de televisión especializados en la retransmisión de vistas judiciales. Como señala el voto particular a la Sentencia 56/2004, la retransmisión audiovisual de los juicios no es una simple publicidad pasiva, en la idea tradicional de audiencia pública, sino que da pie a la publicidad activa, con implicación del medio de suerte a lo que se difunda, por su intermediación, contribuya a ofrecer una visión distorsionada de lo que en realidad ocurre en la sala y, con ello, se debilite la confianza ciudadana en la justicia, al ser diferentes las expectativas generadas por lo que la retransmisión audiovisual brinda, que el resultado final obtenido en el proceso en virtud de lo apreciado por el tribunal en la sala.

Sobre el particular, el parágrafo 169 de la ley de organización de tribunales alemana (*Gerichtsverfassungsgesetz*), prohíbe la grabación y/o filmación por medios audiovisuales de las vistas públicas con el objetivo de la exhibición o publicidad de su contenido. La prohibición ha sido declarada constitucional por sentencia de la sala primera del Tribunal Constitucional alemán del 24 de enero de 2001, pero con matices: la sentencia reconoce expresamente que la posibilidad de usar medios audiovisuales puede prohibirse en atención a las exigencias del proceso debido (*Faires Verfahren*), y reconoce que, en especial en el proceso penal para partes y testigos, peligra la garantía de la búsqueda de la verdad cuando se ha de declarar en presencia de medios audiovisuales, por lo que se autoriza, dentro de las funciones organizativas de los tribunales, el establecimiento de límites a la grabación en evitación de molestias.

En otras naciones de nuestro entorno el régimen es aparentemente también de autorización: en Italia, por ejemplo, el *Codice di Procedura Penale*, que como hemos visto mantiene la regla general de la publicabilidad por los medios de los actos no amparados por el secreto, utiliza el verbo *consentire* (*E` sempre consentita la pubblicazione del contenuto di atti non coperti dal segreto*), lo que da pie a entender que es la autorización del tribunal en cada caso, de suerte que la disposición legal no sería directamente eficaz, si bien la prohibición sólo puede ampararse en cualquiera de las razones legalmente establecidas: a las anteriormente mencionadas, el *Codice di Procedura Penale* añade una causa más de prohibición referida en exclusiva a las publicación de imágenes de las vistas, en el caso de que los ofendidos o perjudicados por el delito, o el testigo declarante, sea menor de edad; una prohibición dispensable por el tribunal para menores, en exclusivo interés del menor o si el menor que haya cumplido 16 años consiente con la publicación.

En Francia, por su parte, tras la ley del 13 de julio de 1990, sobre libertad de prensa, establece en su artículo 38 *tersius* (modificado por ley del 19 de septiembre de 2000), que la apertura de las vistas judiciales a cualquier aparato capaz de grabar, registrar o transmitir la palabra o la imagen está prohibida, bajo pena de multa de 4,500 euros. No obstante, previa petición presentada antes de la audiencia, el presidente puede autorizar tomas de vistas cuando no comienzan los debates y a condición de que las partes o sus representantes lo consientan.

Este es el resumen del estado de una cuestión espinosa y polémica, así como la evolución producida a lo largo de los últimos años en esta materia en que la unanimidad de los autores, así como la respuesta de los Estados, tardará todavía algún tiempo en obtenerse.