

REFLEXIONES EN TORNO A LA PUBLICIDAD MEDIATA EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL

Alicia González Navarro
Profesora Asociada de Derecho Procesal
Licenciada en Ciencias de la Información
Universidad de La Laguna

RESUMEN

El propósito de este artículo es examinar la situación de la ley española en relación con los periodistas que entran con sus cámaras fotográficas y grabadoras a las salas de justicia penal. Para ello la autora explica brevemente la solución que otros países europeos, como Alemania, Francia o Italia, dan a este problema.

PALABRAS CLAVE: principio de publicidad, proceso penal, medios de comunicación, acceso a salas de justicia, transparencia de la Administración de Justicia.

ABSTRACT

The purpose of this study is to examine the situation of Spanish law regarding journalists entering with their cameras and recorders into Courts where criminal cases are taking place. For this aim the author explains briefly as well how do other European countries like Germany, France or Italy solve this problem.

PALABRAS CLAVE: principle of publicity, criminal process, mass media, access to courts of justice, transparency of the Administration of Justice.

INTRODUCCIÓN

Por todos es conocido el hecho relativo a la intervención cada vez mayor de la opinión pública en los procesos penales a través de los medios de comunicación social o, si se prefiere, de masas. Este fenómeno se constata en magnitudes excepcionales en el proceso penal norteamericano, el cual ha sido calificado por los autores alemanes como el «*abschreckendes amerikanisches Beispiel*»¹ o ejemplo americano espantoso. En seguida nos vienen a la mente procesos como el de *O.J. Simpson*.

Sin embargo, no es menos cierto que, últimamente, en España ha tenido lugar una creciente espectacularización de determinados procesos, sobre los cuales ciertos programas han llevado a cabo un seguimiento tan exhaustivo que no podemos dudar en darle, como mínimo, el calificativo de *juicio paralelo*².



A lo largo de estas páginas pretendemos exponer la situación de *alegalidad* existente en España en relación con la cuestión de la posibilidad de asistencia de los medios de comunicación a los juicios orales y, una vez constatada esta circunstancia de vacío normativo, proponer *de lege ferenda* las correspondientes soluciones que puedan servir de eventual referencia para una posible previsión legal en el futuro de la problemática enunciada, la cual, adelantamos ya, no creemos que pueda venir dada ni por el extremo de justicia «*espectacularizada*»³ al que se ha llegado en los Estados Unidos, ni por la prohibición legal sin excepciones contenida en el § 169 de la *Gerichtsverfassungsgesetz (GVG)* o Ley de Organización de Tribunales alemana.

Como es sabido, la consagración del principio de publicidad en el proceso, con las garantías que sus postulados implican, es una conquista del pensamiento liberal, la cual se contrapone al sistema vigente durante el Antiguo Régimen⁴, en el que se imponía la escritura y, como principio consecuencia de ésta, también el secreto de las actuaciones judiciales, tanto para las partes como para el público en general⁵. El derecho de toda persona a ser juzgada en un juicio público traerá consigo la reducción de la desconfianza padecida por los ciudadanos frente a la anterior actuación secreta de la Administración de Justicia, así como una mayor garantía de

¹ Término acuñado por EBERLE, «Justiz und Medienöffentlichkeit», en *Jahrbuch des ZDF* 1992, p. 158 y ss., citado por WOLF, G.: «Gerichtsberichterstattung-künftig 'live' im Fernsehen?», en *ZRP* 1994, cuaderno núm. 5, p. 187.

² DE CARRERAS, L.: «La autorregulación como alternativa a las restricciones legales informativas y como sistema de relación entre las televisiones y los jueces», en *Poder Judicial*, noviembre 1999, número especial XVII (Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas), p. 253 y ss., donde el autor, presidente del Consejo Audiovisual de Cataluña, estudia el contenido de un dictamen emitido por el citado Consejo con base en un estudio que dicho órgano le encomendó a prestigiosos profesionales del mundo de la judicatura, prensa y abogacía en relación con la celebración de los juicios y su tratamiento por la televisión, con especial referencia al tristemente célebre juicio de las niñas de Alcàsser.

³ V. DI CHIARA, G.: «Processo penale e pubblicità mediata 'tecnologica': rileggendo le 'premesse' della 'sentenza Cusani'», en *Il Foro Italiano*, 1995-1, p. 50; v. también lo que en relación con la experiencia de nuestro país mantiene PEDRAZ PENALVA, E.: «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», en *La criminalidad organizada ante la justicia* (dir. por Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi), Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, el cual hace referencia a la necesaria preparación jurídica de los informadores y mantiene críticamente que «[l]a experiencia española nos muestra junto a muchos y significados periodistas otros que carecen de los rudimentos jurídicos más sencillos con lo que sus crónicas son perturbadoras y mistificadoras, en cuanto prevalentemente ceñidas a lo que equívoca y ambiguamente se denomina el «aspecto humano» del juicio, es decir, el espectáculo, y por ende alejadas del papel de control judicial de aplicación de la ley».

⁴ V. GIMENO SENDRA, V.: «La sumisión del juez a la crítica pública», en *Poder Judicial*, noviembre 1999, número especial XVII (Justicia, información y opinión pública. I Encuentro Jueces-Periodistas), p. 295.

⁵ Para un estudio más profundo del establecimiento histórico en España de un proceso basado en el principio de publicidad, v. FAIREN GUILLÉN, V.: «Ideas y textos sobre el principio de publicidad del proceso», en *Temas del Ordenamiento Procesal*, tomo 1, ed. Tecnos, Madrid 1969, p. 592 y ss.

cara a las posibles manipulaciones gubernamentales características de la justicia de gabinete del Antiguo Régimen.

A partir de finales del siglo XVIII, la exigencia de publicidad de las actuaciones judiciales se fue plasmando en todos los textos constitucionales europeos, y en la actualidad el derecho a un proceso público está también reconocido en textos de carácter fundamental cuya vigencia supera el ámbito meramente estatal, como son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 14.1) y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Públicas (artículo 6.1), los cuales, como es conocido, complementan nuestro Derecho interno en virtud del artículo 10.2 de la Constitución.

1. MANIFESTACIONES Y VIGENCIA DEL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD A LO LARGO DEL PROCESO

La publicidad a lo largo del proceso se manifiesta de formas diversas, dependiendo unas veces de la fase del mismo ante la que nos hallemos, y otras de los intereses que hayan de ser protegidos en el caso concreto de que se trate. De esta forma cabe distinguir por un lado entre publicidad absoluta y relativa, y por otro lado, entre publicidad inmediata y mediata. La primera distinción resulta de si el proceso es público para toda la sociedad (publicidad absoluta), o si, por el contrario, sólo lo es para las partes del proceso en cuestión (publicidad relativa)⁶. El segundo criterio de distinción atiende a si la publicidad se garantiza por medio de la posibilidad de asistencia física a la sala de vistas de personas ajenas al proceso (publicidad inmediata o directa), o si, además se da la posibilidad al público en general de asistir al juicio oral de una forma mediata, la cual se alcanza por medio de la presencia de los medios de comunicación social (prensa, radio y televisión) ante el órgano jurisdiccional.

Aunque en la doctrina se han establecido otros criterios de distinción que dan lugar a más clasificaciones⁷, para nosotros y a los efectos de este trabajo, sólo son de interés los que acabamos de enunciar.

1.1. FASE DE INSTRUCCIÓN

La publicidad en esta fase de instrucción sólo se manifiesta de una forma limitada, en el sentido de que las actuaciones judiciales solamente habrán de ser

⁶ V. DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M.: *Publicidad y secreto en el proceso penal*, ed. Comares, Granada 1996, p. 3, donde los autores prefieren usar los conceptos de publicidad externa e interna, en vez de los que nosotros utilizamos aquí siguiendo a Gimeno Sendra. Sin embargo, v. la opinión que mantenemos *infra* (1.1) en cuanto a la publicidad relativa y el derecho de defensa.

⁷ V. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *ob. cit.*, p. 571 y ss.



públicas de cara a las partes del proceso de que se trate, y no en relación con el resto de la sociedad. En este sentido se manifiesta la Ley de Enjuiciamiento Criminal en los artículos 301 y 302 al establecer que las actuaciones comprendidas en el sumario serán secretas hasta que dé comienzo el juicio oral, pudiendo las partes personadas «tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento».

En este lugar, parece necesario dejar clara una cuestión que suele confundirse a menudo, a pesar de la nitidez con que se expresa la Ley en esta ocasión. Se trata del artículo 302, párrafo 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece la posibilidad de que el Juez de instrucción declare el secreto de las actuaciones para todas las partes personadas. Y es que no podría ser de otra forma, ya que para el resto de la sociedad las diligencias sumariales tienen siempre el carácter de secretas. El problema que se da aquí es que en la práctica de determinados procesos judiciales los medios de comunicación llevan un seguimiento tan exhaustivo del caso que, al final, al menos la opinión pública acaba por tener la convicción de que en el sumario también rige el principio de publicidad, cuando en realidad el régimen general en la fase de instrucción ha de ser el del secreto⁸.

Sin embargo, tampoco se trata de que haya una sustracción de determinados hechos de la realidad con la finalidad de que éstos no sean difundidos por los profesionales del mundo de la información, sino que lo que en ningún caso se podrá reproducir a través de los medios de comunicación son las actuaciones judiciales que conforman el sumario, tal y como estableció en su día la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero⁹.

Otra cuestión que merece ser destacada aquí es la del carácter o naturaleza del principio de publicidad a lo largo de la fase de instrucción. Como ya hemos dicho, en esta fase la publicidad sólo rige de cara a los sujetos que sean parte en el proceso; se trata por lo tanto de lo que se ha denominado como una manifestación relativa del principio de publicidad. Aquí se nos plantea la cuestión de si la publicidad ha de ser observada de una forma autónoma y, por lo tanto, que rija sólo en función del principio de publicidad, o si, por el contrario, se manifiesta en forma de principio meramente técnico¹⁰ o instrumental que a su vez está al servicio de otro, cual es el de defensa.

⁸ V. voto particular formulado por Gimeno Sendra a la Sentencia 6/1996, de 16 de enero, del Tribunal Constitucional, donde el Magistrado advierte que los ‘juicios paralelos’ no deben evitarse exigiendo un «imposible deber de diligencia al periodista», sino garantizando «el secreto (en nuestro país, ‘a voces’) instructorio». Una medida que parece cumplir esta función de garantía del secreto instructorio es la que se contiene en el artículo 466 del nuevo Código Penal.

⁹ En contra, DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, M.J.: *ob. cit.*, p. 88 y ss., que critican la citada Sentencia por considerarla excesivamente formalista.

¹⁰ V. MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional* (con Ortells Ramos, M. y Gómez Colomer, J.L.), tomo I, Parte General, ed. Bosch, Barcelona 1996, p. 358. También en cuanto al secreto como medio técnico del que se puede hacer un uso ventajoso «sobre razones que, excediendo de lo técnico,

En nuestra opinión, el principio de publicidad sólo comprende la garantía del conocimiento por los terceros ajenos al proceso de las actuaciones judiciales de que se trate, es decir, lo que hemos estudiado como publicidad absoluta, ya que el aspecto de la publicidad relativa, en realidad, es un efecto derivado de las exigencias del principio de contradicción, del derecho de defensa¹¹ o, en definitiva, de la existencia del proceso mismo¹².

Sin embargo, no se nos escapa que para poder defender esta tesis es necesario tener en cuenta el argumento mantenido en nuestra doctrina relativo a que el sumario tiene el carácter de «fase o procedimiento preparatorio, y nunca el de verdadero proceso»¹³, de lo que podríamos deducir que si el sumario o, en general, la fase de instrucción no constituye en realidad y en sentido técnico un verdadero proceso, tampoco habrán de cumplirse en su seno los postulados derivados de los principios de contradicción y de defensa. A pesar de que a simple vista esta deducción pudiera parecernos lógicamente correcta, en seguida podemos constatar que la realidad ha de ser muy distinta y que incluso en la fase de instrucción debe respetarse el derecho de defensa desde que exista imputación contra persona determinada, según establece el artículo 118.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por lo tanto, y para que tal derecho de defensa tenga virtualidad en la práctica, las partes, salvo en el caso de que se hubiere decretado el secreto del sumario previsto en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento, deben tener conocimiento de las actuaciones judiciales que se vayan sucediendo.

Otro argumento que avala la tesis que aquí defendemos acerca de la —a nuestro juicio— mal llamada publicidad que rige en la fase de instrucción es el del criterio mantenido por Gimeno Sendra, según el cual se puede decir que nos hallamos ante un proceso público cuando la fase de juicio oral tiene lugar en audiencia

son políticas, v. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *ob. cit.*, p. 577; v. asimismo TOMÁS Y VALIENTE, E.: *Manual de Historia del Derecho español*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1988, p. 520.

¹¹ V. DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M.: *ob. cit.*, p. 4. En el mismo sentido se expresa la Sentencia 176/1988, de 4 de octubre, del Tribunal Constitucional: «el derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable...».

¹² V. FAIRÉN GUILLÉN, V.: *ob. cit.*, p. 573, donde el autor mantiene que «la publicidad para las partes es consecuencia del sistema general de la controversia básica del proceso»; en el mismo sentido MONTERO AROCA, J.: *Derecho Jurisdiccional*, t. III, Proceso penal, (con Gómez Colomer, Montón Redondo y Barona Vilar), 9ª edición, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 37. De forma similar, PEDRAZ PENALVA, E.: «Publicidad y derecho al debido proceso...», *cit.*, p. 170, el cual, si bien también parte de la reconducción de la publicidad relativa al derecho de defensa, mantiene que, «sin embargo se debe tener presente que de forma directa la publicidad para las partes connota 'per se' y a favor de ellas que las actuaciones judiciales (en último término impartición de justicia) sean presenciadas por terceros, protegiéndoles así del secretismo de una justicia sustraída al control público [...], con lo que de consuno se mantiene la confianza de la comunidad en los Tribunales».

¹³ V. MORÓN PALOMINO, M.: «Sobre el concepto del Derecho Procesal», en *Revista de Derecho Procesal*, 1962-3, p. 91.



pública, mientras que en el proceso secreto el juicio oral se desarrollará «a puerta cerrada»¹⁴.

En nuestra opinión, parece muy forzado calificar a esta exigencia como publicidad, aunque después se la adjective de relativa o interna, ya que en realidad sólo responde a los postulados del principio de contradicción. Se nos ocurre que la explicación que se podría dar a esta línea seguida en la doctrina de llamar publicidad a lo que, según venimos manteniendo, es contradicción, sería fundamentalmente histórica, derivada de los principios reinantes durante el Antiguo Régimen que daban lugar a la «*justicia de gabinete*»¹⁵.

1.2. FASE DE JUICIO ORAL

Según se desprende de todo lo anteriormente dicho, en esta fase del proceso es donde, a nuestro juicio, se puede hablar con propiedad del principio de publicidad, ya que sólo en el juicio oral las actuaciones, por regla general, serán públicas frente a terceros ajenos al proceso (publicidad absoluta).

Además, es también a lo largo del juicio oral donde único es posible que se dé la publicidad mediata, la cual constituye el punto neurálgico del estudio que nos hemos propuesto en este trabajo, razón por la que a partir de este momento pasamos a tratarla de modo específico.

2. PUBLICIDAD MEDIATA

A través de la publicidad mediata los medios de comunicación social desempeñan el papel de «*intermediario natural*»¹⁶ entre la noticia y cuantos no están en condiciones de conocerla directamente.

2.1. PROBLEMAS Y GARANTÍAS QUE ENTRAÑA

Cuando la publicidad se manifiesta de esta forma mediata o indirecta es cuando mejor podemos hacernos cargo, por un lado, de los problemas, y por otro, de las garantías que conlleva la vigencia del principio de publicidad, ya que, probablemente debido al mayor grado de publicidad que se alcanza con la difusión de la vista oral a través de los medios de comunicación social, dichos problemas y garan-

¹⁴ V. su Derecho Procesal Penal (con Moreno Catena y Cortés Domínguez), 3ª ed., Colex, Madrid, 1999, *ob. cit.*, pp. 91 y 92.

¹⁵ V. GIMENO SENDRA, *ob. ult. cit.*, p. 91.

¹⁶ V. Sentencia 30/1982, de 1 de junio, del Tribunal Constitucional, fundamento jurídico 4º.

tías derivados de la existencia de un proceso público, se manifiestan en toda su magnitud y, por lo tanto, también de forma mucho más llamativa.

En este sentido, es indudable el carácter de garantía que desempeña la exigencia de publicidad de los procesos, y en concreto también, la posibilidad de acceso a los mismos de periodistas pertenecientes tanto a medios impresos como de carácter audiovisual. Dicha posibilidad facilita el acercamiento de la Administración de justicia a los ciudadanos, de tal forma que éstos sean testigos del cumplimiento por parte de los órganos jurisdiccionales de los derechos fundamentales y libertades públicas consagrados en nuestra Constitución, lo cual, a su vez, constituye una garantía para el procesado, que sabrá que todo lo que el juez lleve a cabo habrá de acomodarse siempre a esta exigencia de transparencia de las actuaciones de la Administración de justicia. No está de más transcribir aquí las palabras que en este sentido expresaba Mirabeau:

Dadme el juez que queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo, poco me importa, con tal que nada pueda hacer sino en presencia del público¹⁷.

Estas palabras que, en su día, fueron pronunciadas en relación con la manifestación absoluta o externa del principio de publicidad, cobran hoy, si cabe, aún mayor vigencia debido al avance de las técnicas, concretamente, de las de carácter audiovisual.

Sin embargo, no podemos ocultar los problemas que genera este aspecto mediato de la publicidad del juicio oral. Concretamente, por lo que se refiere a nuestro país, en los últimos años estamos siendo testigos de un fenómeno especialmente acusado de espectacularización de la justicia. Nos hallamos así ante un problema de difícil solución, debido, una vez más, a los grandes intereses económicos que hay en juego. Y es que a nadie se le escapa que el seguimiento tan exhaustivo que determinados programas de la televisión llevan a cabo de ciertos procesos tristemente célebres, sobrepasa con creces lo que, a nuestro juicio, constituye información, para degenerar en un concepto más amplio como es el de comunicación, el cual abarca ya la función de mero entretenimiento que también —por qué no— han de cumplir los medios de comunicación, prestándose los de carácter audiovisual especialmente para esta tarea. Sin embargo, también es obvio que hay determinados acontecimientos de la vida en que se atenta tan gravemente contra derechos fundamentales de la víctima que no son precisamente aquéllos los que más se prestan para cumplir tal función de entretenimiento.

Así, debemos dejar claro que una cosa es la libertad que la Constitución garantiza a los periodistas para que puedan informar, en concreto, sobre un proceso cuya fase de juicio oral está en marcha; sobre este aspecto no hay nada que objetar,

¹⁷ *Cit.* por GIMENO SENDRA, Los procesos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal con formularios y jurisprudencia, t. 5 (con Conde-Pumpido Tourón y Garberí Llobregat), Bosch, Barcelona, 2000, pp. 300 y 301.



y tal libertad debe garantizarse, siempre y cuando no se estén lesionando en su núcleo otros derechos fundamentales. Sin embargo, otra cosa muy distinta es que en un programa de televisión se transmitan declaraciones de personas que están llamadas a declarar en el juicio al día siguiente, ya sea en calidad de testigo, ya de perito. Es en este sentido en el que la difusión no sólo pierde ya su valor informativo, sino que además pierde también su efecto de garantía para el proceso y para la sociedad entera, ya que asistimos de esta forma a una suerte de juicio paralelo que genera un estado de ansiedad en la opinión pública nada propicio para que, en tal contexto, recaiga una resolución judicial, porque hasta la imparcialidad del órgano jurisdiccional puede verse perturbada.

Llegados a este punto, hay que destacar que cuando la publicidad se manifiesta de esta forma excesiva, deja de cumplir su cometido original de garantía en relación con el proceso y con la sociedad en su conjunto para dar paso precisamente a todo lo contrario: un fenómeno de desnaturalización del fin de la publicidad, pues la misma ya no cumple objetivos como puedan ser el de propocionar un funcionamiento de la Administración de Justicia lo más transparente posible o el de formar a la sociedad en relación con la técnica en que los jueces y magistrados deben administrar justicia; antes al contrario, lo que se consigue con este nivel excesivo de espectacularización del proceso penal acaba por ser nocivo para el mismo, pues, como ya hemos dicho, da lugar a un estado de exaltación de la opinión pública que no es el más adecuado para que los tribunales de justicia ejerciten la potestad que les atribuye la Constitución en su artículo 117.3, consistente en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

En este sentido, puede citarse como ejemplo el proceso que tuvo lugar en Estados Unidos (California) contra *O.J. Simpson*, el cual constituye el primer caso de retransmisión íntegra de un proceso en toda la historia del derecho americano¹⁸. Dicha difusión desde el inicio hasta el fin, que en principio puede llevar a una información incluso más objetiva que una emisión parcial¹⁹, fue acompañada continuamente por programas que tenían como objetivo comentar el juicio que estaba teniendo lugar. Pues bien, las propuestas de reforma que han aflorado tras el proceso contra *Simpson* tienden a una aplicación más restrictiva del principio *in dubio pro reo*, a la abolición total del jurado sustituyéndolo por el sistema de jueces profesionales, a la restricción de la libertad de prensa y de expresión, o a la simplificación de la fase de investigación en perjuicio del imputado²⁰, por lo que, sin necesidad de llevar a cabo un esfuerzo mental excesivo, puede verse con claridad que el desmesurado seguimiento de un proceso concreto por los medios puede traer consigo efec-

¹⁸ Sin embargo, en los Estados Unidos existen en la actualidad canales de televisión en los que se retransmiten juicios de principio a fin durante las veinticuatro horas del día.

¹⁹ V. infra, 2.2.2., la línea jurisprudencial que ha surgido en Italia, que prohíbe la toma de fotografías, aunque entre los argumentos esgrimidos para tal prohibición no se menciona el de la objetividad al que nosotros nos estamos refiriendo.

²⁰ HERZ, D.: «Reasonable Doubts-Der Fall Simpson als Lehrstück für den US-amerikanischen Strafprozeß», en *Neue Juristische Wochenschrift* 1997-17, p. 1.139.



tos contraproducentes y ajenos a la finalidad garantista que ha de perseguir la vigencia en un proceso del principio de publicidad. En este sentido, debemos llegar a una conclusión favorable a la publicidad, pero siempre previo cumplimiento de toda una serie de garantías que han de estar previstas por la ley.

2.2. SITUACIÓN ACTUAL EN EL PROCESO PENAL ESPAÑOL. ACUERDO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL DE 7 DE FEBRERO DE 1996

En la actualidad, nuestra Constitución en los artículos 24.2 («...todos tienen derecho... a un proceso público...») y 120.1 («Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»), recoge la necesidad de publicidad de las actuaciones judiciales. Por su lado, la Ley de Enjuiciamiento Criminal también establece en su artículo 680 el requisito de la publicidad de los debates del juicio oral, «*bajo pena de nulidad*», advirtiendo a continuación, en el párrafo segundo del mismo artículo, que el Presidente podrá ordenar que las sesiones tengan lugar a puerta cerrada por motivos de moralidad, orden público o por respeto al ofendido por el delito y a su familia. Por lo que se refiere a la Ley Orgánica del Poder Judicial, ésta, en relación con la publicidad mediata, se limita, prácticamente, a reproducir en su artículo 232 la regulación ya citada de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aunque cabe destacar aquí el criterio más amplio utilizado por la Ley Orgánica a la hora de establecer las razones por las que el órgano jurisdiccional podrá «acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones». En este sentido, el artículo 232, además de referirse al orden público, que ya estaba previsto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, hace también alusión a «la protección de los derechos y libertades» en general, es decir, sin relacionar dicha protección con el ofendido por el delito y con su familia, como sí sucede en la Ley de Enjuiciamiento. Esto supone una novedad en relación con la Ley acabada de citar, ya que, efectivamente, parece un criterio que posibilita interpretaciones más amplias.

Por lo tanto, vemos la situación de vacío normativo ante la que nos hallamos en lo relativo a la cuestión de la publicidad mediata. Esta falta de previsión por norma alguna en nuestro ordenamiento de la problemática que nos ocupa tendría, en principio²¹, una sencilla explicación por lo que se refiere a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, ya que en el siglo pasado en que ésta fue promulgada sólo cabía la posibilidad de la presencia en las salas de vistas de reporteros pertenecientes a la prensa²² y no de otros medios de comunicación de carácter audiovisual.

²¹ Y sólo en principio, ya que esta regulación podía haberse introducido por medio de alguna de las múltiples reformas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que han tenido lugar después de su promulgación.

²² Utilizamos aquí el término «prensa» en un sentido que podríamos denominar como estricto, sin incluir en este concepto los medios de carácter audiovisual, ya que nos parece de mayor

De más difícil explicación es, sin embargo, que en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial²³, no se haya previsto regulación alguna del tema, ya que éste hubiese sido un buen momento para que el legislador acabara con el vacío legal y la inseguridad jurídica que de él se deriva, sobre todo teniendo en cuenta que en el momento en que se promulgó la citada Ley Orgánica, ya habían tenido lugar supuestos de conflicto entre la libertad de información y el derecho a un juicio —además de público y sin dilaciones indebidas—, con todas las garantías a que hace referencia el artículo 24.2 de la Constitución. Estos supuestos de colisión habían aflorado a lo largo de procesos de tanta importancia como el del célebre golpe de Estado del 23-F, a raíz del cual y tras la retirada de las credenciales a dos periodistas representantes de *Diario 16*, se le brinda «al Tribunal Constitucional la oportunidad de pronunciar una cualificadísima sentencia sobre el papel de la prensa»²⁴.

A causa de esta situación de alegalidad existente en nuestro ordenamiento, debemos acudir a la regulación que nos ofrece el artículo 6.1 de la Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales²⁵, la cual ha sido suscrita el 24 de noviembre de 1977 por España y es, junto con la jurisprudencia emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de aplicación en nuestro país²⁶.

precisión conceptual esta alternativa que la de considerar incluidas en aquel término a la radio y a la televisión. En contra, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Civitas, Madrid, 1985, p. 75.

²³ Todo lo contrario sucede en Alemania, donde el problema ha sido objeto de regulación en sede de derecho procesal orgánico, como es la Ley de Organización de Tribunales o *Gerichtsverfassungsgesetz* de 1877, en la cual se introduce el §169 por medio de la reforma de 19 de diciembre de 1964 (*Gesetz zur Änderung der StPO und des GVG*, la llamada *Kleine Strafprozessreform*, *BGBI. I*, p. 1.067).

²⁴ V. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: *ob. cit.*, p. 69 y ss., que llega a conclusiones muy positivas en relación con esta Sentencia 30/1982, de 1 de junio, del Tribunal Constitucional.

²⁵ «Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso 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 considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia».

²⁶ V. PEDRAZ PENALVA, E.: «Sobre la crisis de la justicia», en Constitución, jurisdicción y proceso, Akal, Madrid, 1990, p. 250, donde el autor, en relación con la Convención Europea de Derechos Humanos, dice que «nuestra Ley fundamental acoge sus principales preceptos aún con más amplitud y mayor protección», lo cual, si bien por lo general es cierto, en mi opinión, no sucede así en relación con el tema de la publicidad mediata y sobre todo con respecto a las garantías a las que ésta puede llegar a afectar, que como hemos visto, no sólo no se hallan recogidas en nuestra Constitución, sino que tampoco lo están en las normas de rango inferior.

Sin embargo, en los últimos años, y como forma de colmar este vacío legal por la vía —criticable, como ya veremos— de los acuerdos, se han sucedido una serie de normas sobre acceso de los medios de comunicación social a las sedes judiciales. En este sentido, cabe citar el Acuerdo de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 25 de septiembre de 1995, por el que se dictan las normas vigentes en la actualidad sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo de los medios de comunicación²⁷. El citado Acuerdo establece la prohibición general de «acceso con cámaras fotográficas, de vídeo o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año judicial, tomas de posesión y otros gubernativos solemnes». Ante tan estricta prohibición, la Federación de Asociaciones de la Prensa de España y un gran número de periodistas de tribunales acreditados ante el Consejo General del Poder Judicial impugnan el Acuerdo ante este órgano de gobierno últimamente citado con el objetivo de que se revoque lo dispuesto por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

Los recursos son parcialmente estimados por el Consejo en Acuerdo de 7 de febrero de 1996 «en la medida en que tal cláusula no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada caso el acceso de medios audiovisuales a las vistas», ya que, según se establece en el fundamento jurídico octavo del citado Acuerdo, «las normas generales de utilización del edificio dictadas por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo en el ejercicio de su competencia de organización y buen gobierno del edificio, están subordinadas a las que en el ejercicio de su función jurisdiccional puedan adoptar las Salas de Justicia —y no su Presidente, puesto que la Ley las refiere al Juzgado o Tribunal— en garantía del principio de publicidad de los juicios».

Por lo tanto, el órgano de gobierno de jueces y magistrados deja claro que es a las Salas de Justicia a las que compete la adopción de resoluciones en relación con la publicidad del juicio oral, por lo que serán dichas Salas las que tengan que decidir sobre la restricción o ampliación de la publicidad en las vistas.

2.2.1. *Reserva de ley*

Dejando por el momento aparte la cuestión relativa a si son acertadas, o no, las conclusiones a las que se llega por medio de estos acuerdos, nos detendremos brevemente en lo que se refiere al aspecto formal, es decir, a si es correcto que se proceda a la regulación de tan compleja problemática a través del instrumento de los acuerdos, ya sean éstos del Consejo General del Poder Judicial o de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo.

²⁷ Este acuerdo es fruto de la reforma o corrección efectuada a de 12 de septiembre de 1995, también de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, a raíz de los recursos interpuestos contra este último por varias asociaciones de periodistas.



No parece, en nuestra opinión, que ésta sea la vía más adecuada²⁸, y no sólo porque se trate de una cuestión complicada en la cual han de ponderarse los distintos derechos fundamentales y libertades públicas que entran en juego, sino por una razón aún más sencilla, como es la del imperativo contenido en el artículo 53 de la Constitución, que impone la reserva de ley para la regulación de esta materia, máxime, añadimos nosotros, cuando, por medio de la normativa que se pretende aprobar a través del acuerdo, existe la posibilidad o el riesgo de restringir lo que, a nuestro juicio, podría constituir el «*contenido esencial*» (artículo 53) del derecho de información.

Por otro lado, el artículo 20.4 del Texto Fundamental establece que la libertad de información tiene su límite en el respeto a los derechos reconocidos en el Título II de la Constitución, «en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia».

Sin embargo, no es ésta la solución a la que, en cuanto a esta cuestión, ha llegado la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de julio de 1999²⁹, la cual afirma que «[e]sta reserva de Ley no impide, sin embargo, que constantemente los poderes públicos se vean obligados a tomar decisiones concretas en las que incidentalmente se ven afectados los derechos fundamentales...», añadiendo que «si a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo le corresponde el buen orden de las dependencias de dicho Tribunal, resultaría de todo punto impensable que careciera de atribuciones para adoptar las medidas adecuadas a tal fin».

2.2.2. *Contenido material del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 7 de febrero de 1996*

Pasando ahora a hacer referencia al contenido material del Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, éste, si bien mejora lo acordado por la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo con fecha de 25 de septiembre de 1995, establece sin embargo un criterio con el cual no podemos estar de acuerdo: dejar a las distintas Salas de Justicia que resuelvan caso por caso³⁰. Tal y como expresa Muñoz Machado³¹, no se puede establecer este criterio de resolución del conflicto de derechos por los jueces atendiendo al caso concreto, ya que esta vía se deja para los supuestos

²⁸ V. MARTÍN MORALES, R.: «Acceso de los medios audiovisuales a los espacios comunes de las sedes judiciales: la reserva de ley como garantía», en LA LEY, 1997-3, p. 1.730, que defiende la reserva de ley para la regulación de la libertad de información, ya que se trata de medidas de carácter general y con vocación de permanencia, si bien este autor dedica su estudio, como el propio título indica, al acceso de los medios a los espacios comunes y no a las salas de justicia en sí mismas.

²⁹ (RJ: 6881)

³⁰ Si bien es cierto, como concluiremos *infra* (3), que habrá supuestos en que no pueda evitarse un necesario juicio de ponderación de los derechos en pugna.

³¹ V. Libertad de prensa y procesos por difamación, Ariel, Barcelona, 1987, p. 173.

en los cuales los derechos en pugna están equiparados. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha dejado meridianamente claro en varias ocasiones que la libre información goza de una posición preferencial en la Constitución³², y por ello creemos que lo conveniente en este caso es que se proceda a una regulación de la publicidad mediata lo más flexible posible, por la que se autorice de forma general el acceso de los medios de comunicación a las salas de justicia con los instrumentos de trabajo que sean necesarios para una adecuada cobertura de la información. Todo esto, claro está, salvando aquellos supuestos excepcionales que puedan derivar de motivos de orden público, protección de menores, derechos al honor y a la intimidad de las personas, seguridad nacional, o posible perjuicio para el buen funcionamiento de la administración de justicia.

Hay que reconocer que esta solución que proponemos se opone a las que, con carácter general, se han dado en el Derecho comparado de nuestro entorno europeo, exceptuando el caso de Italia³³.

Así, por lo que se refiere a Alemania, el § 169 de la Ley Orgánica de Tribunales, que regula la publicidad de los procesos, establece que «la vista ante el Tribunal enjuiciador, incluyendo la publicación de la sentencia y de los autos, será pública. Cualquier grabación magnetofónica, radiofónica o televisiva, así como de sonido o fílmica que tenga por objeto la retransmisión pública o publicación de su contenido está prohibida». Esta regulación nos parece excesivamente restrictiva, y ello no sólo porque resulte claramente atentatoria contra la libertad de información, sino porque además da lugar a un efecto contraproducente, pues no cabe duda de que la información que los periodistas puedan dar a la sociedad será más objetiva si cuentan con la posibilidad de acceder al juicio de que se trate equipados con aparatos reproductores de imagen y de sonido, que si sólo se les permite asistir con útiles de escritura, que en definitiva y *a sensu contrario* es lo único que permite el ordenamiento alemán³⁴. Sin embargo, el Tribunal Supremo alemán (BGH MDR 71, 188) ha admitido la posibilidad de tomar fotografías durante el desarrollo del juicio oral³⁵, aunque éstas también podrán ser prohibidas por el Presidente *ex* § 176 de la Ley Orgánica de Tribunales³⁶.

³² STC 30/1982, de 1 de junio, fundamento jurídico 4º afirma que «no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público gozan de un privilegio gracioso y discrecional, sino que lo que se ha calificado como tal es un *derecho preferente*, atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado» (la cursiva es nuestra).

³³ Según ROXIN, C.: «El proceso penal y los medios de comunicación» (traducido por Pilar González Rivero), en Poder Judicial núm. 55 (1999-3), p. 74, el problema que nos ocupa en este estudio «hasta ahora no ha sido solucionado de manera satisfactoria en ningún país».

³⁴ En contra, ROXIN, C.: «El proceso penal y...», *cit.*, p. 87, quien defiende que el precepto contenido en el § 169 GVG «debe mantenerse... a toda costa».

³⁵ V. *infra*, cómo en Italia sucede exactamente lo contrario.

³⁶ V. KLEINKNECHT-MEYER, *Strafprozeßordnung*, 38ª edición, comentario al § 169, número marginal 10, Beck, München, 1987.



Por lo que se refiere al ordenamiento francés, hay que señalar aquí el tratamiento diferenciado que reciben en este país los medios escritos, por un lado, y los audiovisuales, por otro. Para los primeros rige el principio de libre acceso de la prensa a las Salas de Justicia, el cual sólo conoce la existencia de raras excepciones que se basan unas veces en la edad del acusado y otras en la naturaleza especial de los hechos perseguidos o del litigio de que se trate.

En cuanto a los periodistas pertenecientes a medios audiovisuales, hasta la promulgación de la Ley de 6 de diciembre de 1954, el régimen de publicidad y de acceso de los medios de carácter audiovisual a las salas de justicia era realmente permisivo, permitiéndose no sólo la asistencia de los representantes de dichos medios a los debates, sino también la toma de fotografías, filmaciones o radiodifusiones de los momentos más intensos o espectaculares de la vista, siempre y cuando no fuesen enfocadas las partes del proceso.

Sin embargo, esta situación se ve profundamente alterada tras la entrada en vigor de la citada Ley de 1954, cuyo artículo 38 ter estableció una sanción de 300 a 300.000 francos por «el empleo de todo aparato que permita el registro, grabación o transmisión de la palabra o la imagen» en el interior de las Salas de Justicia.

Tal estado de prohibición permaneció inalterado hasta una Ley de 2 de febrero de 1981, la cual autorizó las «*prises de vue*», siempre y cuando éstas tuviesen lugar antes de que comenzasen los debates orales y las partes o sus representantes, así como el Ministerio Fiscal, lo consintiesen³⁷.

Pasando ahora a exponer el caso del ordenamiento italiano, la materia que nos ocupa está regulada en el artículo 114 y 115 del *Codice di procedura penale*, que se caracteriza por otorgarle al juez en esta materia un amplio margen de discrecionalidad.

El problema es contemplado desde una doble perspectiva, distinguiéndose entre procesos que podríamos denominar de ordinarios y aquéllos en que la sociedad tiene un interés particularmente relevante por conocer el desarrollo del juicio oral.

Por lo que se refiere al proceso ordinario, el juez puede autorizar durante el juicio oral la toma de fotografías, grabaciones de sonido o audiovisuales, o bien la transmisión radiofónica y televisiva, siempre que de ello no derive perjuicio para el normal desarrollo del debate y de la ulterior resolución judicial que haya de recaer, y a condición de que exista consentimiento de las partes. Sin embargo, podrá prescindirse del consentimiento cuando se dé el «*interés social particularmente relevante*» que antes citábamos. En ambos casos, es decir, tanto en el proceso ordinario como en aquél en que se dé el interés social particularmente relevante, también podrá el Presidente y en ejercicio de las facultades de dirección del debate que le asisten, prohibir la toma de imágenes de las partes, testigos, peritos y demás sujetos

³⁷ V. COUSTEAUX, G. y LÓPEZ-TERRES, P.: «Le droit à l'information et le procès penal en droit français», en Poder Judicial, número especial XI, p. 158 y ss.

que hayan de intervenir en el juicio, si los mismos no han consentido o la ley prohíbe la toma de tales imágenes³⁸.

Ésta es la regulación prevista en el Derecho italiano en relación con la publicidad mediata. Sin embargo, en el plano jurisprudencial se ha ido imponiendo la tendencia a dar un trato desigual a los operadores fotográficos en relación con los de radiotelevisión, prohibiéndose a los primeros la toma de imágenes del juicio, una vez éste ha comenzado. Tal prohibición la basan en los mayores perjuicios que causarían al debate los fotógrafos con el funcionamiento de sus cámaras, sin que por otro lado represente una modalidad esencial para el ejercicio del derecho a la libre información³⁹.

3. CONCLUSIONES

Posiblemente sea acertado afirmar que la televisión es un *espejo de la sociedad*⁴⁰, pero creo que éste no es ni mucho menos un argumento definitivo que se pueda esgrimir en contra del acceso de los medios de comunicación con útiles de grabación o filmación a las salas de vistas en el marco de un proceso penal, pues no debemos olvidar que lo que se persigue con dicha publicidad es garantizar la transparencia de la actividad judicial. En este sentido, el Tribunal Constitucional tiene proclamada la constitucionalidad de los denominados *reportajes neutrales*⁴¹, a través de los cuales se trata de garantizar el derecho de la sociedad a ser informada de las noticias de relevancia. Sin embargo, como se ha afirmado en la doctrina, este derecho a informar y a obtener información que garantiza nuestra Ley Fundamental no da cobertura a la tergiversación de las noticias «mediante los denominados ‘juicios paralelos’ o ‘reality show’»⁴²; además de esto y como ha tenido ocasión de afirmar con acierto el propio Tribunal Supremo, «no se puede desconocer el límite que se deriva del principio de que el ejercicio de esta libertad no puede alcanzar el extremo de desvirtuar sustancialmente el desarrollo del acontecimiento sobre el que se está adquiriendo la información, de modo que se llegue a impedir que cumpla su finalidad intrínseca, constitutiva de su razón de ser, que es la que justifica su interés para la formación de la opinión pública...».

Por todo ello y una vez desechada por nosotros la posibilidad de que esta materia continúe siendo reglada en nuestro país a través de la vía de los acuerdos⁴³

³⁸ V. DI CHIARA, G.: *ob. cit.*, pp. 55 y 56.

³⁹ V. DI CHIARA, G.: *ob. cit.*, pp. 57 y 58, y los autos que este autor cita corroborando la citada línea jurisprudencial.

⁴⁰ En este sentido se expresa, parafraseando a Roman Gubern, PEDRAZ PENALVA, E.: «Publicidad y derecho al debido proceso...», *cit.*, p. 179.

⁴¹ V., entre otras, las Sentencias 52/1996, de 26 de marzo 190/1996, de 25 de noviembre sobre la doctrina del reportaje neutral sentada por el Alto Tribunal.

⁴² GIMENO SENDRA, «La sumisión del juez...», *cit.*, p. 296.

⁴³ V. 2.2.1.



—ya provengan éstos de las salas de gobierno de los distintos tribunales o del Consejo General del Poder Judicial— estamos convencidos de que la regulación que el legislador debe llevar a cabo en relación con esta materia ha de ser lo más flexible posible, dentro siempre, como ya establecen los artículos 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y 680 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del respeto a otros derechos que puedan entrar en pugna con el de información.

Sin embargo y como se podrá imaginar, ni la regulación más correcta y respetuosa con los derechos fundamentales que entran aquí en juego podrá evitar el necesario *juicio de ponderación*⁴⁴ de intereses que el órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, habrá de llevar a cabo frecuentemente.



⁴⁴ GIMENO SENDRA, «La sumisión del juez...», *cit.*, p. 297.