

El proceso penal y los medios de comunicación*

I.

Los medios de comunicación juegan un papel en el proceso penal, por un lado, indispensable, pero, por otro lado, peligroso. La necesidad de los medios de comunicación se fundamenta en el principio de publicidad, que rige en el proceso penal, y que, ya desde el siglo XIX, se ha consolidado en Europa como el factor democrático central del proceso; hoy en día éste sólo puede realizar su función con la ayuda de los medios de comunicación. La publicidad, y con ello la sociedad, como titular del poder estatal, debe poder controlar la rectitud procesal y material de las decisiones judiciales y, llegado el caso, criticarlas, evitando con ello el perjuicio que, realmente, podría constituir un proceso secreto, que no pudiera ser examinado o, que al menos se podría suponer, con la consiguiente perturbación de la confianza en la justicia. Pero, en una sociedad industrializada, dicha función de control sólo puede llevarse a cabo, cuando la prensa, la radio o la televisión informan sobre los procesos importantes, ya que la presencia de un determinado número de ciudadanos durante el proceso es, por regla general, irrelevante en cuanto a su efectividad de control del proceso.

* El texto constituye una pequeña ampliación actualizada mediante notas de la conferencia dictada en la *Münchener Juristischen Gesellschaft* el 9 de enero de 1996.

Título original: «Strafprozeß und Medien», artículo publicado en *Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung*, Festschrift zum 30jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft, 1996. Traducción de Pilar González Rivero, Doctora en Derecho por la Universidad de Bonn, Alemania.

Aunque es cierto que los medios de comunicación son necesarios para el proceso penal, sin embargo, pueden suponer una serie de peligros. De ellos pueden derivarse ciertamente dos tipos de peligros. Por un lado, pueden ocasionar daños directos al inculpado, tratándole, por ejemplo, ya con anterioridad a la conclusión del proceso, como culpable; el acusado puede sufrir perjuicios en la salud, en la vida privada o en los negocios que, normalmente, no pueden ser reparados tras la absolución. Por otro lado, los medios de comunicación pueden falsear la decisión en sí misma, influyendo en el juez, por ejemplo, con una campaña de prensa en perjuicio o a favor del inculpado, de tal manera que se puede provocar la inculpación de un inocente, la absolución de un culpable o que se imponga una pena más grave o más leve que la que se hubiera impuesto si no hubiese existido la presión de los medios de comunicación. La coexistencia de la utilidad y de la potencial nocividad de los medios de comunicación en el proceso penal impone a todo ordenamiento jurídico moderno la tarea de asegurar las consecuencias beneficiosas de los medios de comunicación en ese ámbito y de impedir, en la medida de lo posible, el riesgo de la aparición de las consecuencias perjudiciales que le acompañan. Ese problema, que hasta ahora no ha sido solucionado de manera satisfactoria en ningún país, es del que voy a tratar a continuación.

II.

Parto de los peligros descritos y comienzo con la protección del acusado frente a una lesión del honor y de su derecho a la personalidad. Dicha protección, que únicamente esbozaré, puede ser relativamente garantizada, de manera efectiva, mediante el Derecho civil, cuestión de la que sólo puedo ocuparme marginalmente. Cuando un órgano de la prensa difama o calumnia a alguien, cuya inocencia posteriormente se esclarece o cuya culpabilidad, por lo menos, no logra ser probada, el interesado puede, naturalmente, reaccionar judicialmente, interponiendo una demanda contra los responsables. El interesado puede interponer también una pretensión de condenar a callar, al igual que una reclamación de daños y perjuicios e indemnización por daño personal, que tienen un importante efecto de reparación. El soporte jurídico de tales reclamaciones

civiles tiene su base supranacional en la presunción de inocencia de la Convención de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, que ha sido asumida como ley en la mayoría de los países europeos. El artículo 6 II de dicha Convención está concebido en los siguientes términos: «Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida». En verdad, dicha Convención obliga directamente sólo al poder ejecutivo de los países que se hayan adherido a ella. Pero el pensamiento jurídico recogido en la presunción de inocencia puede extenderse a los medios de comunicación que realizan una función pública, y fundar las reclamaciones civiles mencionadas del derecho de defensa y la pretensión de compensación, en tanto en cuanto dichas pretensiones no estén ya recogidas en otras normas.

En este contexto no quiero entrar en pormenores, sino únicamente señalar, de manera ilustrativa, que el Tribunal Supremo Federal ya en 1963¹ concedió una indemnización por daño personal a un acusado que había sido considerado en un diario como el jefe de una banda criminal, y que posteriormente fue absuelto, tras ser probada su inocencia. Igualmente el Tribunal Superior de Justicia de Colonia² reconoció una indemnización por daño personal por valor de 10.000 marcos alemanes, a un funcionario al que un informativo había culpado de corruptibilidad, y frente a quien, posteriormente, no fue posible, por falta de pruebas, ni siquiera dar comienzo al juicio oral. En dicha sentencia se sostiene la tesis de que de la presunción de inocencia se deduce que la afirmación pública de la culpabilidad de una persona por un hecho delictivo es considerada como contraria a Derecho hasta que se dicte la correspondiente sentencia firme. Ello supondría, consecuentemente, la imposición de una exigencia de omitir e, incluso, de una reclamación por daños personales —pudiendo ser ésta menor— en el caso en el que quien ha sido inculcado por los medios de comunicación, sea condenado posteriormente en la sentencia firme³. Y ello debido a que dicho sujeto también ha sido lesionado en su derecho a no ser declarado culpable hasta que se dicte la sentencia firme. Es dudoso que los tribunales alemanes realmente concedan

¹ NJW 1963, 904.

² NJW 1987, 2682 y ss.

³ Así también RIKLIN en el ámbito del Derecho civil de Suiza, en: *Recht*, 1991, 75.

también al inculpado que ha sido condenado, una indemnización por haber sido declarado culpable por los medios de comunicación con anterioridad a su enjuiciamiento por los tribunales; sin embargo, dicha posibilidad existe a tenor de una interpretación del Derecho vigente. La práctica judicial se queda, en este punto, rezagada respecto de las posibilidades legales. En una monografía ⁴ publicada en 1995 se dice, de manera resumida y desilusionada: «Hasta ahora únicamente en casos extremos se ha concedido una indemnización por daños personales y en general ha sido ésta desestimada con las más diferentes argumentaciones». En este punto es necesario, por lo tanto, una considerable evolución.

Sin embargo, desde la perspectiva del Derecho penal, la anterior consideración de culpable por parte de los medios de comunicación no es subsumible en el delito de calumnias (§ 186 del Código penal alemán), si la víctima de la inculpación por los medios de comunicación con anterioridad a su enjuiciamiento por parte de los tribunales, es imputada con posterioridad. **Y ello debido a que con el enjuiciamiento de los tribunales se tiene por probada la veracidad de la imputación** (§ 190 del Código penal alemán), lo que excluye la existencia del delito de calumnias (§ 186 del Código penal alemán). Naturalmente se podría tipificar de manera autónoma la afirmación por parte de los medios de comunicación, con anterioridad a la sentencia firme, de que alguien es culpable de la realización de **un determinado hecho delictivo** ⁵. **Pero la tipificación de dicha conducta no es necesaria**, en relación con la protección de la personalidad, si las mencionadas reclamaciones en el ámbito civil se desarrollan científicamente y son llevadas a la práctica.

Debe ser también tenido en cuenta, que la lesión a la personalidad ya se produce cuando alguien, que está involucrado en un proceso penal, es considerado en los medios de comunicación como inculpado, debido a que ya con ello puede verse deteriorada su imagen y pueden, asimismo, derivarse de ello múltiples daños. La jurisprudencia alemana soluciona dicho problema por la vía de la ponderación ⁶. En consecuencia, por

⁴ STOPPER, *Namensnennung in der Presse im Zusammenhang mit dem Verdacht strafbaren Verhaltens*, 1995, 188 y ss.

⁵ Cfr. WEIGEND, *Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren*, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht, tomo 52, 1990, 79.

⁶ Aproximativamente ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24.^a ed. 1995, § 18 C.

regla general prevalece el interés público de la información en el supuesto de personajes históricos (por ejemplo políticos de gran prestigio) o en el caso de graves delitos, y, por ello, en dichos supuestos estaría permitida la mención del nombre. Por contra, en los supuestos de criminalidad cotidiana debe permanecer el nombre en el anonimato (por ejemplo mediante la única mención de la primera letra). Tal anonimato debe resultar incluso en los delitos muy graves, cuando ya ha pasado mucho tiempo y, por ejemplo, ya se ha cumplido la condena. Así, el Tribunal Constitucional Federal⁷ prohibió un programa televisivo en el que se mencionaba con el nombre completo repetidamente a los jóvenes autores del asesinato de un soldado ocurrido ya hacía varios años. El tribunal hizo prevalecer en este supuesto el derecho del inculpado a la resocialización, derivado del derecho a la personalidad, sobre el interés público a la información.

III.

Junto a la protección de la personalidad se debe garantizar, asimismo, la protección del proceso. Se debe impedir, por tanto, que el tribunal, mediante la creación de un ambiente determinado o a través de la discusión anticipada en los medios de comunicación, se vea afectado en su imparcialidad, e, influido por los medios de comunicación, dicte una sentencia injusta. Una falta de protección en el proceso puede afectar también al acusado de manera indirecta, si bajo la presión de la opinión pública, creada por los medios de comunicación, es enjuiciado injustamente o condenado a una pena demasiado dura. Pero ello no altera la tesis de que la necesidad de protección del proceso es independiente de la protección que debe ser otorgada al inculpado, ya que se puede dar el caso de que los medios de comunicación sugieran una opinión favorable del acusado y provoquen una absolución injustificada o una pena demasiado leve. Es evidente que también el resultado, por el cuál el inculpado sólo obtiene ventajas, se debe evitar.

Es necesario, por lo tanto, conseguir una protección autónoma del proceso. Las posibilidades y dificultades de su conse-

⁷ BVerfGE 35, 202 (caso Lebach).

cución constituyen uno de los problemas más discutidos en el Derecho procesal penal; hasta la actualidad no se ha encontrado al respecto una solución verdaderamente satisfactoria. A continuación voy a exponer las dos posibles soluciones radicales. Hasta ahora no han logrado imponerse, pero siempre encuentran defensores.

La primera propuesta se apoya en la siguiente argumentación: cuando en un proceso sensacionalista, que suscita emociones en la opinión pública, se configura una animosidad desfavorable para el acusado, los jueces no pueden inhibirse de la presión de dicho clima en la opinión pública y se encuentran en peligro de, por lo menos de manera inconsciente, orientar su convencimiento en las expectativas generalizadas. Un proceso justo, como el que exige el artículo 6.I de la Convención de salvaguardia de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, ya no es posible, teniendo ello como consecuencia que el proceso debe ser suspendido. Se sostiene en este punto la existencia de un impedimento procesal. Dicha tesis es alegada por nuestros abogados, cuando tienen la impresión de que o ellos o sus clientes son tratados injustamente por los medios de comunicación. Tal tesis encuentra esporádicamente simpatizantes en la bibliografía científica de habla alemana, como por ejemplo, en los últimos años en VÖGLER⁸ y en el colega suizo RIKLIN⁹. También la jurisprudencia alemana proporciona puntos de partida para dicha construcción, aduciendo que en los casos de otras infracciones graves contra la rectitud del proceso (por ejemplo en los casos de una inexigible duración del proceso que ha sido provocada por el Estado o en los supuestos de una incitación, contraria al Estado de Derecho, de la comisión de un delito por parte de un agente provocador estatal) es tomada en consideración la adopción de un impedimento procesal, cuestión ésta que es aceptada por gran parte de la doctrina¹⁰.

No considero que esa propuesta sea viable y ello en consideración tanto a motivos prácticos, como a motivos teóricos.

⁸ En el tomo citado en la nota a pie de pág. 5, pág. 79.

⁹ Como la nota a pie de pág. 3, pág. 70.

¹⁰ Detalladamente: Imme ROXIN, *Die Rechtsfolgen schwerwiegender Rechtsstaatsverstöße in der Strafrechtspflege*, 2ª ed. 1995. Asimismo con mayores puntualizaciones ROXIN, *Strafverfahrensrecht*, 24ª ed. 1995, §§ 10, nota marginal 27 y ss; 16, nota marginal 5 y ss.

Una razón práctica es que la influencia en los tribunales realizada por los medios de comunicación, a pesar de presumirse en múltiples ocasiones, **ha sido excluida de cualquier tipo de comprobación concreta.** No existe, según alcanzo a ver, ninguna investigación referente a dicha influencia. No poseemos, por tanto, conocimientos sobre si en Alemania se ha enjuiciado alguna vez un proceso incorrectamente como consecuencia de la influencia de los medios de comunicación. Partiendo de dichas circunstancias, no parece conveniente suspender un proceso penal basándonos únicamente en suposiciones, sobre todo cuando ni siquiera sabemos en que hechos concretos tendría que apoyarse dicha suposición. A ello se debe añadir el siguiente punto de vista: en el caso contrario, **esto es, en el supuesto de favorecimiento de una absolucón la suspensión del proceso constituiría un medio inadecuado para evitar un enjuiciamiento por parte de los medios de comunicación anterior al de los tribunales.** Si cuando los medios de comunicación favorecen insistentemente la absolucón de quien es en realidad culpable, el tribunal suspendiera el proceso por la presión ejercida sobre los jueces, la campaña llevada a cabo por los medios de comunicacón habría logrado aquello que debe ser evitado. Por último es necesario hacer alusión a un motivo de carácter jurídico de gran relevancia en contra de la adopción de un impedimento procesal ya que con ello se erigirían los medios de comunicacón en instancia decisoria dentro del proceso penal. Los medios de comunicacón podrían descartar un enjuiciamiento, prejuzgando el resultado del proceso, y excluirían el derecho del Estado a imponer una pena. Ello iría en contra de la imparcialidad del juez y del principio de separacón de poderes.

IV.

La otra solucón radical encaminada a proteger el proceso frente a influencias subjetivas de los medios de comunicacón consiste en **la punibilidad de toda manifestacón que pueda influir en la resolucón del proceso.** Dicha propuesta cuenta con modelos internacionales. El más conocido es el «contempt of court by publication» del Derecho inglés, según el cual se penará la publicacón de un proceso pendiente, cuando conlleve el

peligro de influencia sobre el tribunal ¹¹. La finalidad del precepto radica —de acuerdo con nuestro planteamiento— en la protección del proceso. En los conceptos acostumbrados en la dogmática continental europea se hablaría de un delito de peligro concreto. Pero también el Derecho austríaco, que posee gran similitud con el Derecho alemán, contempla un precepto que se corresponde con el anteriormente mencionado del Derecho inglés. El § 23 de la Ley de Medios de Comunicación de 1981 contiene un tipo que sanciona la «influencia prohibida sobre un proceso penal» y cuya esencia es formulada de la siguiente manera: «El que en un medio de comunicación durante un proceso judicial penal ... con anterioridad a la sentencia dictada en primera instancia someta a discusión la presumible resolución del proceso penal o la validez de uno de los medios de prueba de manera adecuada para influir en la resolución del proceso penal, de manera adecuada para influir en la resolución del proceso penal, será penado por el tribunal con pena de multa...». También existen en Alemania proyectos de ley de contenido similar. El más conocido es el § 452 del proyecto del gobierno de 1962: «El que de manera pública durante la celebración de un proceso penal y antes de que se dictare la sentencia de primera instancia hiciera manifestación alguna sobre la futura resolución del proceso penal o sobre la validez de un medio probatorio en folletos, reuniones o en declaraciones en cintas magnetofónicas, televisión, radio o películas, de tal manera que se adelantara en dicha cuestión a la decisión oficial o que notificara los resultados de averiguaciones inoficiosas relacionadas con el asunto, y siendo tal manifestación adecuada para afectar a la imparcialidad de los miembros del tribunal, de los testigos o peritos o a la búsqueda de la verdad o a la justicia de la decisión, será penado...» Tal regulación no sólo es mucho más detallada que la austríaca, sino que amplía la punibilidad, que en Austria se limita al juicio oral, a todo el proceso de investigación o sumario.

Tal propuesta no se convirtió en ley, porque la reforma planeada para la parte especial, a diferencia de lo que ocurrió con la de la parte general, no llegó a aprobarse. Todavía en los años ochenta dicha propuesta fue, de nuevo, objeto de discusión por parte del gobierno, con motivo de procesos penales contra políticos de prestigio por delitos de corrupción y de fraude tributario.

¹¹ Detalladamente BORNKAMM, *Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens*, 1980, págs. 25 y ss.

rio —
cos—
cientí
Ta
infor
cepto
ello,
tamb
ción
se car
ducio
ciales
princ
men
los r
proc
que
al p
ción
bun
juez
de l
sí m
vigo
Del
sen
y d

un
tril
Po
au
de
lis

—
un
en

en
cc

rio —el llamado proceso de las donaciones a partidos políticos—¹², no obteniendo ya, sin embargo, ni en la discusión científica, ni en la opinión pública apoyo alguno.

También yo considero desacertado el intento de regular la información de los medios de comunicación mediante un precepto penal, cualquiera que fuera su forma de regulación. Para ello, me limito a plantear dos críticas. En primer lugar, tiene también vigor en este punto lo dicho anteriormente, con relación a la teoría de los impedimentos procesales: **Debido a que se carece de conocimientos concretos relativos a los efectos producidos por los medios de comunicación en las decisiones judiciales, no es posible formular, con la seguridad exigida por el principio constitucional de certeza, regulado en la Ley Fundamental alemana en el artículo 103, párr. 2.º, que informes de los medios de comunicación sean adecuados para influir en el proceso.** A menudo se considera que son los jueces legos, los que por su falta de experiencia judicial, estarían más expuestos al peligro de sufrir una influencia de los medios de comunicación. Pero, incluso, respecto a los jueces legos ha resuelto el Tribunal Supremo Federal¹³ lo siguiente: **«El hecho de que un juez lego haya leído el resultado que anticipan las publicaciones de la prensa sobre el objeto del proceso, no puede justificar, por sí mismo, una desconfianza en su imparcialidad».** Y ello tendría vigor para todo tipo de influencias provenientes del exterior. Debe partirse de que «también el juez lego conoce y tiene presente su deber de no verse influenciado por dichas actuaciones y de basar su convencimiento únicamente sobre el juicio oral».

Si esto se acepta, difícilmente podrá ser comprobado que una publicación es adecuada para influir en la decisión de un tribunal. Dicho precepto estaría entonces vacío de contenido. Por ello, no es sorprendente que el mencionado § 23 de la Ley austríaca de los medios de comunicación sea «prácticamente derecho muerto», como ha comprobado recientemente el penalista vienés BURGSTALLER¹⁴. Según alcanzo a ver, dicha dis-

¹² La instructiva obra de ESER/MEYER (Coed.), *Öffentliche Vorverurteilung und faires Strafverfahren*, 1986, se engendra, en un principio, como un informe encargado por el gobierno federal.

¹³ BGHSt 22, 289; la próxima cita proviene de la pág. 294.

¹⁴ *Der Einfluss der Medien auf das Strafverfahren. Zur Situation in Österreich*, en: como en la nota a pie de pág. 5, pág. 51. Ahí y en la pág. 52 se da también a conocer lo ya expuesto en el texto.

posición sólo ha dado lugar, en sus más de diez años de vigencia, a una única condena, en un supuesto en el que una revista organizó, durante un proceso en el que se acusaba al sujeto por una tentativa de asesinato, una votación del público. Incluso en ese caso extremo se podría dudar de la adecuación de dicha encuesta entre los ciudadanos para influir en el resultado del proceso. Y ello, porque los jueces pudieron decirse a sí mismos que conocían los hechos probados con mucha mayor exactitud que el público. Por otro lado, en Inglaterra donde, realmente, dictar una sentencia por «contempt of court by publication» no constituye algo excepcional, se critica la inseguridad general de dicha regulación respecto de los límites de la punibilidad¹⁵, que no sería compatible con la exigencia de certeza propia del Derecho codificado. No debe olvidarse que la punibilidad del instituto inglés del «contempt of court» no se apoya en la ley, sino en los precedentes jurisprudenciales; y dicha circunstancia ya imposibilitaría una adopción, sin reparos, de dicho modelo.

Mi segundo reproche contra una punibilidad global de la emisión de informes, con anterioridad al enjuiciamiento por parte de los tribunales, se basa en la imposibilidad de justificación, en muchos supuestos, de una sanción penal aun en los casos en los que la emisión de determinados informes tuviera, efectivamente, como finalidad la influencia en una decisión judicial, que incluso a veces se consigue¹⁶. Y ello debido a que dicha finalidad puede tener realmente un efecto de control y crítica objetivo y justificado, siendo ello, además, una de las funciones que los medios de comunicación están llamados a realizar. Si, por ejemplo, un periódico considera en un reportaje que determinadas pesquisas, encaminadas a la obtención de pruebas, a pesar de su evidente relevancia, no son llevadas a cabo por el tribunal, cuando se analizan las pruebas en las que se basa la acusación y se demuestra su fragilidad, porque se duda de la credibilidad de un testigo por motivos fundados, entonces se anticipa al actuar así al enjuiciamiento del tribunal y puede determinar la resolución del proceso. Pero si se pretendiera penalizar dicha publicación, no quedaría nada de la función pública de control, que se pretende asegurar con la liber-

¹⁵ Cfr. BORNKAMM (nota 11), págs. 93 y passim.

¹⁶ Cfr. ROXIN, *Strafrechtliche und prozessuale Probleme der Vorverurteilung*, NSzZ 1991, págs. 153 y ss., 155; me sigue en este punto RIKLIN (nota 3), pág. 68.

rad
ruci
párr
pun
con
con
hech
Aus
C
cion
prot
zaci
sup
ded
la v
mie
I
caci
u oy
ejen
sent
sus
mec
des
cim
deb
pesc
ello
tien
pod
gue
mec
pos
inva
de c
pen
nica
pers
la n

rad de prensa. Ello no sería compatible con el principio constitucional de libertad de prensa reconocido en Alemania (art. 5 párr. 1, frase 2.^a de la Ley Fundamental). Por ello también el punto de partida del Derecho inglés es otro, dado que éste «desconoce ... la atribución a la prensa de una función de control consagrada jurídicamente»¹⁷. Probablemente en ello reside el hecho de que en Inglaterra, al contrario de lo que ocurre en Austria, el correspondiente precepto sea aplicado.

Con independencia del diferente punto de partida constitucional, tengo que decir, que la justificada trascendencia de la protección del proceso no puede justificar tan extrema inmunización del tribunal frente a la crítica. Y ello debido a que de los supuestos que he mencionado y de situaciones similares se puede deducir la necesidad de una crítica justificada en la búsqueda de la verdad. **No puede ser conveniente sancionar un comportamiento que preserva al tribunal de incurrir en un error.**

Lo dicho es aplicable también cuando los medios de comunicación, para incrementar el número de sus lectores, espectadores u oyentes, acuden a medios desacostumbrados. Ello ocurre, por ejemplo, cuando un determinado medio de comunicación presenta durante un proceso nuevos testigos, que le han vendido sus conocimientos. Ciertamente sería preferible que dicho medio de comunicación presentara directamente a las autoridades judiciales el testigo que ha encontrado o pusiera en su conocimiento un determinado medio de prueba. Pero el tribunal no debe dejarse influenciar por una valoración publicitaria de las pesquisas llevadas a cabo por los medios de comunicación. Y ello debido a que dicho medio probatorio personal o material tiene que ser, naturalmente, puesto a disposición judicial para poder ser empleado. Entonces será el propio tribunal quien juzgue el valor del medio de prueba aportado. El examen de dicho medio probatorio es siempre apropiado, aun en el caso de que posteriormente tal examen concluya con la declaración de su invalidez y ello, en interés de la corrección procesal. En el caso de que se declare adecuado, se impulsará el proceso con independencia de que el comportamiento de los medios de comunicación pudiera estar, probablemente, motivado desde una perspectiva financiera. No veo en ninguno de dichos supuestos la necesidad de aplicación de una sanción penal.

¹⁷ BORNKAMM (nota 11), pág. 93.

Sin embargo, no debe desconocerse la existencia, igualmente, de informes y reportajes orientados incorrectamente, e, incluso, algunas veces, ni siquiera subjetivamente interesados en la búsqueda de la verdad, y de otros de contenido únicamente demagógico y objetivamente desfigurados, que pueden afectar lesivamente, debiendo ser evitados, en la medida de lo posible. Pero la aplicación de una pena a dichos informes o reportajes que preceden al enjuiciamiento por parte del tribunal no es un medio apropiado para evitar su existencia, porque no se diferencia entre una crítica justificada o injustificada. No es una casualidad que ningún ordenamiento jurídico haya adoptado exigencia de seguridad vigente en el Derecho penal. El comportamiento de acuerdo a derecho y el injusto se ponen normalmente de manifiesto con el paso del tiempo y tras la superación de distintas instancias. Sólo entonces pueden valorarse objetivamente los puntos de vista expresados públicamente en una determinada cuestión. Por ello, no debe permitirse que el Derecho penal se movilece en el momento en que se realiza una manifestación concreta. Más aún, debería intentarse la búsqueda de métodos que no tuvieran doble filo.

V.

¿Qué es lo que debemos hacer, si las dos soluciones radicales que se proponen, esto es, la suspensión del proceso cuando su justicia no está suficientemente asegurada o la penalización de la publicación de información que se realice con anterioridad al enjuiciamiento y que sea capaz de influir en el proceso, no constituyen medios apropiados para lograr la seguridad del proceso?

El Derecho alemán conoce tres preceptos legales que —aun siendo poco decisivos— están encaminados a lograr dicha seguridad en el proceso, de entre los cuales considero que dos de ellos son útiles, siendo el tercero de poca utilidad. Sin embargo, el conjunto de estos tres preceptos es insuficiente para evitar abusos.

1. El primero de estos preceptos es el de la regulación de la parcialidad, sobre el que sólo se va a realizar una breve referencia, ya que es conocido por todos. Según el § 24 de la Ley

Procesal Penal alemana todo juez puede ser recusado porque se «tema la existencia de parcialidad» y tiene que ser sustituido por otro juez, «cuando haya un motivo suficiente, que sea apropiado para justificar una desconfianza frente a la imparcialidad de un juez». Dicha disposición no hace referencia expresa a los medios de comunicación, pero aun así tiene la eficacia de poder relevar a un juez, cuando éste reaccione ante la emisión de un informe de manera que existan dudas fundadas sobre su objetividad. Respecto a ello es importante señalar que para la jurisprudencia no es relevante que el juez sea realmente imparcial o no (cuestión que sería de difícil prueba), **sino que se considera suficiente que de su comportamiento se pueda deducir, tras una valoración razonable, tal suposición.** En el supuesto en el que el peligro para la imparcialidad judicial con motivo de los informes de los medios de comunicación sea constatable, la sustitución del juez por parcialidad constituye una solución correcta encaminada a la protección del proceso. Sin embargo nuestra jurisprudencia no permite derivar *eo ipso* de una fuerte presión de los medios de comunicación la parcialidad de un juez. Ello significa asimismo, que mediante dicho precepto no podría ser evitada una influencia que no llegara a exteriorizarse.

2. El segundo precepto legal encaminado al aseguramiento del proceso está regulado en el § 169 frase 2.^a de la Ley de Organización Judicial y limita el principio enunciado en primer lugar, según el cual el juicio oral deber ser un acto público si bien: «Las grabaciones en cintas magnetofónicas y las grabaciones de radio o televisión no están permitidas cuando tengan por finalidad la difusión o publicación de su contenido».

De esta manera se pretende evitar la generación de emociones en el juicio oral, que forzosamente se producirían si se emitieran en directo desde la sala de juicio procesos penales espectaculares, como si se tratara de un campeonato de fútbol o de la copa Davis. Sin embargo dicho precepto no es tan evidente como nos resulta hoy a la mayoría de nosotros. Tal precepto se reguló en la Ley de Organización Judicial en 1964; pero todavía en 1956 el Tribunal Superior de Justicia bávaro ¹⁸ resolvió que la permisibilidad de las emisiones radiofónicas desde la sala del juicio se decidiría por parte del tribunal para cada caso en

¹⁸ JZ 1956, 22 y ss.

concreto, tras la ponderación de todos los intereses encontrados. Da que pensar no sólo que otros muchos países no conocen una prescripción similar sino, también, el hecho de que se permita la emisión de las actuaciones procesales penales en televisión ¹⁹. El proceso Simpson en Estados Unidos de América nos lo ha puesto de relieve recientemente y ya se escuchan voces entre nosotros que defienden la posibilidad de emitir en televisión las vistas orales de los juicios penales.

Sólo puedo desaconsejar dichos intentos. El poner en evidencia de tal manera al acusado tiene efectos tan destructivos que difícilmente pudieran ser justificados por el interés informativo de la opinión pública. Aun en el supuesto en el que el acusado fuese absuelto, la sospecha última que permanece y la circunstancia de que millones de personas le puedan considerar culpable, puede tener como consecuencia que dicha persona tenga que vivir el resto de su vida como un proscrito. Aun cuando tal efecto sólo llegue a producirse en algunos casos, debe considerarse motivo suficiente para descalificar dichas emisiones.

Además de todo ello, debe tenerse en cuenta la inmensa presión psicológica que se ejerce sobre el tribunal. Dicha presión puede afectar a la serena atmósfera judicial y provocar un examen de los hechos realmente acaecidos basado en prejuicios. Cuando los jueces son obligados a verse como presentadores de televisión, pueden caer fácilmente —por lo menos inconscientemente— en la tentación de adecuar su actuación y decisión a las expectativas del público y si intentan evitarlo pueden verse refrenados y perturbados en el ejercicio de sus funciones. También se corre el peligro, de que una opinión pública cargada de emociones provoque reacciones no objetivas. Cuando tras una sentencia condenatoria o en su caso absolutoria, se temen desórdenes públicos o amenazas a los jueces —teniendo en cuenta la experiencia americana, esto no constituye un pensamiento extraviado—, puede esto tener como consecuencia que

¹⁹ En este contexto es digno de mención que últimamente el Tribunal Constitucional alemán ha declarado que no considera extremadamente infundado el recurso de amparo presentado por la cadena de televisión n-tv con la finalidad de obtener el permiso de emitir por cintas magnetofónicas, radio o televisión las vistas del juicio, aunque concedió prioridad al derecho a la personalidad del acusado en el marco de la ponderación necesaria, cfr. NJW, 1996, 586 y ss y el crítico comentario de sentencia de HUFF, NJW, 1996, 571, quien observa en la sentencia un inicio peligroso de reblandecimiento del § 169 frase 2ª de la Ley de Organización Judicial.

el resultado
determina
tancia de

Tamp
otros paí
de comu
acusado.
consecu
cuenta c
su decis
sentimie
to del a
ejercerá
con los
tribuna

La r
debe m
posició
so. Sin
ofrece
tivas a
anticip
vadas
ta. Pu
campe
mane
den, i
no se

3.
proce
mán,
do de
estos
de q
final
tan i
asim
con
dich
secu
ame

el resultado de la sentencia se vea ligeramente desviado y que la determinación de la culpabilidad o inocencia del acusado se distancie de la realidad objetiva.

Tampoco ayudaría, como hasta ahora se ha propuesto y en otros países se ha practicado, que la publicidad de los medios de comunicación se hiciera depender del consentimiento del acusado. Y ello debido a que el acusado no puede prever las consecuencias de su consentimiento. **Debe tenerse también en cuenta que la opinión pública puede coaccionar al acusado en su decisión o los medios de comunicación comprarle su consentimiento.** A todo ello debe añadirse que el consentimiento del acusado no cambiaría, en absoluto, la presión que se ejercería sobre el tribunal; e incluso podría aliarse el acusado con los medios de comunicación para influir en la decisión del tribunal.

La regulación del § 169 de la Ley de Organización Judicial debe mantenerse, por lo tanto, a toda costa, ya que dicha disposición es un medio importante para la protección del proceso. Sin embargo, dicho precepto no es suficiente porque no ofrece ningún medio de defensa frente a manifestaciones subjetivas anteriores al enjuiciamiento o frente a absoluciones que se anticipan también a la resolución judicial, cuando estas sean llevadas a cabo por los medios de comunicación de difusión escrita. Pues precisamente existen numerosos ejemplos de que las campañas de prensa pueden desfigurar el clima del proceso de manera unilateral. Además también la radio y la televisión pueden, naturalmente, influir en el público con otros medios que no sean las emisiones en directo.

3. La tercera disposición encaminada al aseguramiento del proceso está recogida en el § 353 d n.º 3 del Código penal alemán, según el cuál se penará a quien «haga público el contenido del escrito de acusación u otros escritos oficiales antes de que estos se den a conocer en los actos judiciales públicos, o antes de que se concluya el proceso». Dicho precepto tiene como finalidad evitar que con anterioridad al enjuiciamiento se emitan informativos basados en la publicación de dichos escritos y, asimismo, prevenir juicios anticipados que podrían ser hechos con base en la publicación del material oficial. Sin embargo dicho precepto resulta prácticamente inapropiado para la consecución de tal finalidad. Y ello debido a que únicamente está amenazada con sanción penal la reproducción literal de los

documentos y no aquella que propague el contenido material de estos, lo cual es fácilmente eludible. Por ello, propongo así mismo la prohibición bajo sanción penal y con las condiciones enunciadas en la ley, de la propagación del contenido de los materiales oficiales. Esta propuesta se basa en un principio fundamental del proceso penal moderno y, en concreto, del alemán, consistente en que la sentencia únicamente puede estar fundada en las circunstancias tratadas de manera pública en el proceso. Los principios de oralidad e inmediación, cuya finalidad última es igualmente el aseguramiento de un proceso correcto, se ven conculcados, poniendo la seguridad del proceso en peligro, cuando las actas, que de acuerdo con la Ley Procesal Penal sólo pueden ser utilizadas de manera restringida por orden del tribunal y en el juicio oral, son manipuladas por los medios de comunicación de manera que pudiera influir en las decisiones del tribunal.

VI.

De acuerdo a lo expuesto, se pueden enumerar tres disposiciones adecuadas para asegurar mínimamente el proceso. Es decir, para concluir, se debe plantear la cuestión de cómo se podría seguir contribuyendo a proteger el proceso frente a influencias subjetivas de los medios de comunicación, sin menoscabar la libertad de prensa y la función de control llevada a cabo por los medios de comunicación. Por motivos de tiempo dejaré de lado diversas propuestas inapropiadas que en parte son practicadas en otros países ²⁰. Restan dos propuestas que son, desde mi punto de vista, dignas de mención.

1. La primera propuesta consiste en restringir las fuentes de información de donde los medios de comunicación captan el material anterior al enjuiciamiento ²¹. Según el Derecho alemán los medios de comunicación tienen un derecho de información frente a las autoridades penales. Pero tanto las pautas relativas al proceso penal (n.º 23 párr. 1, frase 1.ª), como la Ley de la Prensa de los Estados prohíben la obtención de informa-

²⁰ Una visión más detallada la ofrecen mis trabajos citados en la nota 16 y las ya citadas obras de BORNKAMM (nota 11) y ESER/MEYER (nota 12).

²¹ Hace referencia a la línea tomada BORNKAMM (nota 11), págs. 241 y ss.

ción que adelante el resultado del juicio oral o pudiera afectar al derecho del acusado a un proceso justo.

Pero desgraciadamente tales preceptos tienen, en parte, únicamente el carácter de pautas sin un efecto legal vinculante y en parte, posibilitan a las autoridades amplios márgenes de actuación con relación a la concesión de información. Y es en este punto donde reside su debilidad. Desde la publicación del libro de WAGNER: «Prozessführung über Medien»²² sabemos que las informaciones que conducen a prejuzgar, a tomas de posición anticipadas a la resolución judicial, proceden de la policía y del Ministerio Fiscal, que, en parte, desatienden los preceptos restrictivos no provistos de sanción penal, y que en parte los interpretan unilateralmente de acuerdo con su deseada política de información. Esto sorprende a primera vista, pero posteriormente se comprende fácilmente. Y ello debido a que la autoridad que persigue el crimen, sobre todo la policía, tiene interés en demostrar los éxitos obtenidos, sobre todo cuando se trata de un asunto de interés público, lo cual induce fácilmente a que se hagan manifestaciones del estilo de «haber capturado ya al culpable», «tener pistas concluyentes» o «sobre tal persona recae una sospecha fuertemente fundada». En casi todos los supuestos los medios de comunicación dependen de dicha información, porque no disponen de otras fuentes. Resulta fácil comprobar que de la alianza entre las autoridades persecutorias del crimen y los medios de comunicación ya desde el principio de las investigaciones puede resultar un prejuicio, del que posteriormente el tribunal, que en ese estadio de las cosas todavía no ha intervenido, sólo se puede distanciar con dificultad.

Tomemos como ejemplo el proceso de instrucción contra el padre de la tenista Graf, que está conmoviendo a la opinión pública en estos momentos. Apenas transcurre un lunes sin que en la revista «Spiegel» se pueda leer nueva información sobre sumas de dinero defraudadas y nuevos medios de prueba. ¿De donde obtiene la prensa dicha información, sino de las autoridades persecutorias del crimen? Además debe tenerse en cuenta que difícilmente la defensa va a tener interés en que dicha información se publique. Me da la impresión de que la opinión pública alemana está convencida de la culpabilidad del padre de

²² 1987; también ya BORNKAMM (nota 11), págs. 241 y ss.

Graf y sigue de cerca con la alegría del mal ajeno el desarrollo del proceso. Si censurara dicho comportamiento, se me diría que nos encontramos, realmente, ante un caso que provoca escándalo por el que se indignan con razón círculos amplios de la sociedad. Ello constituiría la prueba de la eficacia del prejuicio creado por los medios de comunicación y que pesa no sólo sobre dicho proceso, sino también sobre una justa toma de decisión por parte del tribunal.

Ello debería tener como consecuencia la prohibición global de información sobre la instrucción que se está llevando a cabo; lo que ha tenido excelentes resultados en Estados Unidos²³. Es suficiente que se hagan públicos los distintos avances formales realizados durante la instrucción, como pueden ser la detención, arresto, registro domiciliario, interposición de la denuncia o la querrela etc. Por el contrario **no existe ningún interés público informativo justificado sobre los detalles en los avances de la instrucción o sobre los nuevos logros de las autoridades persecutorias**. Y ello, porque, en primer lugar, como ya he dicho, se corre el grave peligro de influir con prejuicios en el proceso. En segundo lugar, ninguna de tales circunstancias es de interés para el proceso penal. **Lo único realmente decisivo es lo que ocurre en el juicio oral bajo el control del principio de publicidad**, esto es, lo que en él se diga y se pruebe. No resulta necesario sancionar directamente con una pena la reproducción por los medios de comunicación de los detalles durante la instrucción gracias a la información obtenida por las autoridades persecutorias, aunque preceptos como el § 203 II del Código penal alemán (publicación de un funcionario de secretos ajenos) o el § 353 b también del Código penal alemán (lesión de secretos oficiales poniendo en peligro intereses públicos), no descartarían una interpretación en el sentido de su punibilidad, de acuerdo al derecho vigente. En el ámbito del Derecho alemán resultaría suficiente que los principios arriba enunciados, según los cuales se evidencia lo indeseable de una política informativa prejudiciando su incumplimiento de forma vinculante y restrictiva, sancionándose su incumplimiento de manera disciplinaria.

Con ello se habría ganado mucho en relación con la protección de un proceso sin influencias, como muestra el llamativo caso, ocurrido en junio de 1993: cuando se intentaba detener a

²³ Detalladamente BORNKAMM (nota 11), págs. 182 y ss.

dos personas, que eran presuntos autores de acciones terroristas, murió una de ellas en Bad Kleinen, un pequeño pueblo de la Alemania oriental. Según la versión oficial se trató de un caso de suicidio. En los medios de comunicación se hizo presumir, de acuerdo con la versión de dos testigos de dudosa credibilidad, que la persona que debía ser detenida fue asesinada, esto es, matada de manera contraria a Derecho por sus perseguidores. Como consecuencia de ello se hicieron, por parte de las instancias estatales, esto es, por parte del Ministerio Fiscal competente territorialmente, del fiscal federal general y de instancias políticas, declaraciones ante los medios de comunicación sobre la manera en que ocurrieron los hechos. Dichas declaraciones fueron en su mayoría incorrectas y contradictorias, porque la manera en que ocurrieron los hechos no era conocida por aquél entonces. Ello fortaleció la sospecha y pronto gran parte de los medios de comunicación dieron por hecho que el funcionario que llevó a cabo la detención «asesinó» al presunto terrorista — un supuesto clásico de prejuicio que condujo a la dimisión del ministro del interior y a la revocación del fiscal federal general—. Se necesitó una larga investigación por parte de expertos extranjeros suizos para comprobar que dichos reproches eran infundados y que la persona que debía ser detenida, realmente se suicidó ²⁴. **Todo ello podía haberse evitado si las autoridades investigadoras, cuando se levantó la sospecha, se hubieran limitado a declarar que los reproches se examinarían detenidamente.** Tras su aclaración se podría haber explicado en el auto de sobreseimiento, por qué no se trataba de un «asesinato», sino de un suicidio.

2. Otro medio que puede conducir a una mejora de la protección del proceso, consistiría en fortalecer el autocontrol por parte de los medios de comunicación. Ya existe hoy en día en Alemania un denominado código de prensa. La regla número 13 de dicho código recoge lo siguiente: «La emisión de informes debe realizarse libre de prejuicios. Por ello, la prensa evita... toda toma de posición unilateral o con prejuicio.» En determinadas reglas se recoge lo anteriormente expuesto de manera aún más gráfica. Por ejemplo, se regula lo siguiente en la regla n.º 13.1, párr. 2.º: «Exposiciones y afirmaciones que contengan

²⁴ Los resultados están bien documentados por LÖSCH, *Bad Kleinen. Ein Medienskandal und seine Folgen*, 1994.

prejuicios atentan contra la protección constitucional de la dignidad del hombre, que rige igualmente y sin reservas para el autor de un delito.» Pero, por un lado, todo ello no tiene vigencia para la radio y televisión, en cuanto se trata únicamente de un código para la prensa y no para la generalidad de los medios de comunicación. Por otro lado, el consejo de prensa alemán que redactó dicho código no establecía posibilidad alguna de sanción, de tal manera que sus indicaciones son infringidas a menudo y sin ningún tipo de consecuencias, no teniendo así valor práctico alguno.

Si tal código de prensa se convirtiera en un código para la generalidad de los medios de comunicación y se sometiera su control a una comisión independiente creada por los propios medios de comunicación, donde se reconocieran además ciertas posibilidades de sanción, los mismos medios de comunicación podrían neutralizar formas injustas de emisión de información. En este contexto no entraré en los pormenores de cómo se podría regular el autocontrol —ya existente en Alemania en otros ámbitos— al que se someterían libremente los medios de comunicación. Pero aún restan posibilidades que no han sido mencionadas. Ello lo demuestra un estudio comparativo con lo realizado por la Comisión austríaca de salvaguardia de la Ley de Radiodifusión, pues, gracias a ella se posibilita la imposición jurídica del deber de objetividad de la radio y televisión y la salvaguardia de la presunción de inocencia. Notoriamente dicho sistema funciona ²⁵. Sin embargo no rige para los medios de comunicación escritos y se basa en que la radio y la televisión austríacos son monopolios estatales. El autocontrol de todos los medios de comunicación incluyendo los no estatales resulta de más difícil aplicación, pero, siempre preferible a la intervención del Derecho penal.

VII.

Tras ello concluyo. El resultado al que llego es que se deben rechazar soluciones globales como la suspensión del proceso en los casos de lesión de la presunción de inocencia por parte de los medios de comunicación o la punibilidad generalizada de la

²⁵ Detalladamente BURGSTALLER, en: como nota 5, pág. 49.
PÁG. 92 / Poder Judicial - n.º 55

emisión de información con anterioridad al enjuiciamiento y que pudieran influir en el proceso. Yo prefiero soluciones sectoriales menos graves que las propuestas anteriormente. Tales soluciones sectoriales son, según creo, igualmente apropiadas que las soluciones globales en su contribución a la protección del proceso, y logran, sin embargo, una mejor salvaguardia de la libertad de los medios de comunicación y del control público del proceso penal, cuestión ésta, de igual relevancia en un Estado democrático y que tiene que poder coordinarse de manera justa con las exigencias de la protección del proceso. Sin embargo todo ello necesita una mayor y más profunda discusión. Mi ponencia supone una aportación a tal discusión.