

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID
DEPARTAMENTO DE DERECHO PENAL, PROCESAL E
HISTORIA DEL DERECHO



**Imparcialidad, Libertad de
Expresión
y Derecho Penal
Tomo II**



Tesis doctoral elaborada por
M^a Isabel Valdecabres Ortiz

Director: Dr. D. Tomás Salvador Vives Antón
Catedrático de Derecho Penal

MADRID, 2002



 IMPARCIALIDAD, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL

SUMARIO

ABREVIATURAS.....	9
INTRODUCCIÓN GENERAL.....	13
I. Delimitación del objeto de estudio.....	13
II. Estructura y método.....	29
CAPÍTULO PRIMERO:	
JURISDICCIÓN, IMPARCIALIDAD Y JUICIO JUSTO EN EL ÁMBITO	
PENAL.....	37
I. Consideraciones previas.....	37
II. Las fuentes que conforman la concepción del juicio justo respecto al proceso penal.....	45
III. La doctrina constitucional norteamericana sobre el juicio justo: la cláusula del “due process of law” y el derecho al “fair trial”; su influencia sobre los principios constitucionales de nuestro proceso penal.....	48
IV. La conformación del proceso penal en nuestro país: los precedentes inmediatos.....	64
V. El juicio justo respecto al proceso penal desde la perspectiva de los principios constitucionales vigentes.....	78
1. Punto de partida previo.....	78
2. Las garantías constitucionales del juicio justo.....	88
VI. La imparcialidad como nota esencial del juicio justo.....	95
1. Las bases del sistema penal constitucional: la Ley, el juez y el proceso.....	95
2. Estructura del proceso y teorías de la verdad.....	97
3. El proceso como cauce de ejercicio y control del <i>ius puniendi</i> estatal. El juez como titular de la jurisdicción.....	101
4. Algunas cuestiones preliminares sobre la idea de imparcialidad judicial.....	106
A. Un concepto difícil de analizar.....	106
B. Marco legal y jurisprudencial.....	107
C. Un concepto polémico.....	115
D. Los valores en juego: la preeminencia del Derecho, la tutela del ordenamiento jurídico, la auctoritas del poder judicial y la necesidad de contar con la confianza de los ciudadanos.....	122
5. Garantías “institucionales” de imparcialidad: independencia judicial y predeterminación legal del juez.....	128
A. La independencia judicial.....	128
a) Concepto y alcance.....	128
b) Independencia e imparcialidad.....	136

B. Predeterminación legal de la jurisdicción y la competencia de jueces y tribunales.....	140
6. Garantías relativas al titular de la potestad jurisdiccional. El juez imparcial.....	145
A. La ajenación del juez como exigencia de la actuación imparcial.....	145
B. La configuración del litigio en el proceso penal.....	147
C. Las denominadas perspectivas “objetiva y subjetiva” de la imparcialidad del juez.....	150
a) Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	150
b) Tribunal Constitucional.....	153
D. Imparcialidad y prejuicios.....	157
E. Exigencias personales y procesales de la imparcialidad del juez.....	163
a) Exigencias personales de la imparcialidad del juez.....	163
b) Exigencias procesales de la imparcialidad del juez.....	164
a’) Sin acusación no hay juicio.....	165
b’) El juez no puede acusar ni auxiliar a quien acusa.....	165
c’) El juez no puede aportar prueba al proceso.....	168
d’) El juez no puede haber investigado el hecho enjuiciado.....	170
i) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	171
ii) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional.....	173
iii) Conclusiones.....	175
e’) El juez no puede haber tomado partido públicamente por una de las partes antes del juicio, ni tan siquiera cuando lo hace en ejercicio de la jurisdicción.....	176
VI. Conclusiones.....	179

CAPÍTULO SEGUNDO:

LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ COMO BIEN JURÍDICO. ANÁLISIS DE LOS RIESGOS GENERADOS POR LA ACTIVIDAD DE LOS MEDIOS DE COMUNICACIÓN.....

I. La imparcialidad del juez como bien jurídico.....	185
1. Introducción.....	185
2. Concepto y función del bien jurídico.....	188
A. Conceptos teleológico-formal y material de bien jurídico.....	188
B. De la protección de bienes jurídicos a la prevención de daños sociales. El cambio de perspectiva respecto de los fines de la intervención penal.....	191
C. La concepción constitucional del bien jurídico.....	202
D. Conclusiones y toma de posición: la teoría procedimental del bien jurídico.....	206
3. Derechos fundamentales y bienes jurídicos penales.....	217
II. Incidencia de la actividad informativa sobre la imparcialidad del juez penal.....	225
1. Lesiones generadas a la imparcialidad del juez penal por la actividad informativa.....	225
A. Introducción sobre las fuentes empleadas en este análisis.....	225
B. Tipos de conductas que inciden sobre los procesos.....	228

2. Valoración de la gravedad de la lesión para la imparcialidad del juez según la clase de conducta realizada.....	239
A. Problemas derivados del acceso de los medios de comunicación a las fuentes de información de los asuntos judiciales	239
a) Durante la instrucción del sumario.....	242
b) Durante la fase de juicio oral o con posterioridad a la sentencia	246
B. Publicidad perjudicial acerca de los hechos investigados o de las personas acusadas de los mismos durante la vigencia del proceso.....	255
C. Críticas y presiones a las partes, testigos, peritos, abogados, fiscales, jurados o jueces.....	271
III.El derecho fundamental a la imparcialidad del juez como bien digno de protección.....	294
IV.Conclusiones	306

CAPÍTULO TERCERO:

LA INCIDENCIA GENÉRICA DE LA LEY SOBRE LOS DERECHOS

FUNDAMENTALES	309
I. Presupuestos y exigencias constitucionales de la incidencia legal sobre un derecho fundamental	309
1. Introducción.....	309
2. Presupuestos constitucionales de la intervención legislativa: la Constitución y el legislador de los derechos fundamentales.....	314
A. Legislar sobre derechos fundamentales	314
B. El cambio de función de la ley en el sistema constitucional de los derechos fundamentales	315
C. La resistencia material de los derechos fundamentales	319
D. El espacio de libertad del legislador de los derechos fundamentales	322
E. Diversos modos de afectación de la ley a los derechos fundamentales	327
3. La reserva de ley como habilitación de intervención. Su contenido: desarrollar y regular el ejercicio de los derechos fundamentales (arts. 53.1 y 81.1 CE).....	329
A. La tesis de Ignacio de Otto.....	329
B. El desarrollo negativo de los derechos fundamentales: la posición de Tomás S. Vives Antón	335
4. El contenido de los derechos fundamentales. Diversas concepciones doctrinales. Su incidencia en la determinación del método de análisis	340
A. Las distintas dogmáticas de los derechos fundamentales	340
B. El doble carácter de los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	348
C. Reglas para la interpretación de los derechos fundamentales.....	355
D. Limitación y delimitación. Colisión y articulación.....	360
E. El contenido esencial de los derechos fundamentales como límite de la actuación legislativa sobre los mismos	366

II. Las libertades de expresión y de información como derechos fundamentales resistentes a la pretensión de tutela de la imparcialidad	368
1. Introducción.....	368
2. Fundamento de las libertades de expresión y de información: la dignidad de la persona.....	371
3. Inserción de estas libertades en el sistema constitucional. De la perspectiva del fundamento al de las funciones	379
A. Concepción liberal norteamericana de la libertad de expresión como derecho individual y libertad política.....	379
B. La función ilustradora de la libertad de expresión: el mercado libre de las ideas	394
C. La progresiva autonomía de la libertad de información por medios de difusión para la función democrática de la libertad de expresión. La garantía institucional de la opinión pública.....	402
4. Toma de posición sobre el fundamento de estas libertades.....	407
5. Las libertades de expresión y de información como derechos fundamentales en la Constitución Española.....	413
A. Enunciado normativo de las libertades de expresión y de información: CE, DUDH, CEDH, PIDCP.....	413
B. Su reconocimiento como derechos fundamentales: la doble naturaleza o dimensión de las libertades de expresión e información	422
C. Contenido y límites de los derechos a las libertades de expresión y de información.....	430
a) Interpretación del contenido de estos derechos y de sus límites. La falacia de la posición preferente frente a los demás derechos.....	430
b) Titularidad.....	440
c) Objeto: pensamientos, ideas, opiniones y hechos. Libertad de expresión y libertad de información, criterios diferenciales.....	443
d) Límites y fronteras. El contenido constitucionalmente posible y el contenido esencial.....	449
6. Contenido constitucional del derecho y ejercicio legítimo: valoración de las conductas que ponen en riesgo la imparcialidad	462

CAPÍTULO CUARTO:

REQUISITOS DE LA TUTELA PENAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ	475
I. Introducción	475
II. Legalidad y Proporcionalidad: consideraciones generales	478
III.El principio de legalidad: necesidad de ley orgánica.....	488
IV.El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso: Adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.....	500
1. Adecuación al fin de tutela de un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección	500
2. Necesidad de la tutela penal de la imparcialidad. El principio de mínima intervención	522

A. Exigencias derivadas del carácter fragmentario del Derecho penal: la tutela se proyecta contra los ataques más graves a la imparcialidad.....	524
B. Exigencias derivadas del principio de subsidiariedad: No hay medidas alternativas de tutela menos gravosas:.....	527
a) La tutela jurídica de la imparcialidad en España: características generales del sistema.....	527
b) Análisis de las medidas legales de tutela de la imparcialidad vigentes en nuestro sistema.....	530
a') El secreto sumarial.....	530
b') Las actuaciones correctoras del juez como policía de estrados.....	537
c') El secreto de las deliberaciones.....	539
d') Los delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal y otras infracciones penales vinculadas con la imparcialidad del juez.....	542
i) Prevaricación.....	549
ii) Obstrucción a la justicia.....	558
iii) Revelación de secreto del sumario.....	567
iv) Calumnias, injurias y amenazas a determinados Organismos. Especial referencia al desacato.....	575
v) Atentado a la independencia de Jueces y Magistrados.....	584
vi) Atentados.....	590
e') La tutela procesal ordinaria de la imparcialidad: la abstención y la recusación de jueces y magistrados.....	594
f') El amparo constitucional por vulneración del derecho a un juez imparcial.....	603
g') Especial referencia a la imparcialidad del Jurado.....	608
h') El amparo ante el Consejo General del Poder Judicial.....	616
i') La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales.....	622
j') Excurso: La presunción de inocencia y su relación con la libertad de expresión. El honor como cauce de tutela de la presunción de inocencia impropia.....	633
i) El derecho fundamental a la presunción de inocencia.....	633
ii) La tutela de la presunción de inocencia impropia a través del honor: Delimitación de supuestos relevantes.....	636
iii) La problemática tutela penal del honor.....	644
3. Proporcionalidad en sentido estricto.....	663
V. Conclusiones.....	674

CAPÍTULO QUINTO:

SISTEMAS DE TUTELA PENAL DE LA IMPARCIALIDAD.....679

I. Consideraciones sobre algunos modelos de tutela penal de la imparcialidad frente a los medios de comunicación en otros ordenamientos.....	679
1. Europa.....	680
A. Gran Bretaña.....	680

a) La libertad de expresión y la libertad de prensa y su relación con la tutela de la administración de justicia.....	680
b) La tutela de la administración de justicia (“due administration of justice”)	684
c) La STEDH en el caso Sunday Times c. Reino Unido de 26 abril 1979	687
d) El “Contempt of Court”	690
B. Austria.....	698
a) La tutela civil de los derechos individuales del acusado durante el proceso.....	699
b) La tutela penal del derecho del acusado a un juicio justo	701
c) La jurisprudencia del TEDH con relación a estas medidas de tutela y su incidencia sobre la libertad de expresión: caso Worm c. Austria y caso News Verlags GmbH & CoKG c. Austria	703
a’) La sentencia del caso Worm c. Austria de 29 agosto 1997	703
b’) La sentencia del caso News Verlags GmbH & CoKG c. Austria de 11 enero 2000.....	707
C. Francia	710
a) La tutela de los intereses de la justicia, en general, frente a los medios de comunicación.	710
b) Los delitos del Código Penal que tutelan la administración de justicia	713
c) La Ley sobre la libertad de Prensa de 29 de julio de 1881	720
a’) Tutela del honor y la dignidad de los funcionarios al servicio de la administración de justicia	721
b’) La presunción de inocencia en garantía del juicio justo.....	723
c’) Publicaciones prohibidas por interferencia u obstrucción a la justicia.....	725
2. Estados Unidos	726
A. La libertad de prensa y la vulneración del derecho a un juicio justo.....	726
a) Introducción.....	726
b) Los supuestos en que se estima vulneración del derecho a un juicio justo	730
B. La tutela de la del juicio justo e imparcial	733
a) Los mecanismos ordinarios de tutela.....	733
b) Los mecanismos extraordinarios de tutela del juicio justo: restricciones a la información y “contempt of court”	735
a’) Restricciones a la información	736
b’) El “contempt of court”	740
II. La intervención del legislador como solución racional al problema de la falta de tutela necesaria de la imparcialidad	743
III. Propuesta de lege ferenda: la tutela penal de la imparcialidad del juez como garantía del procesado a un juicio justo	753
CONCLUSIONES GENERALES.....	761
PRINCIPALES RESOLUCIONES CITADAS.....	793
BIBLIOGRAFÍA.....	805

CAPÍTULO CUARTO

REQUISITOS DE LA TUTELA PENAL DE LA IMPARCIALIDAD DEL JUEZ

I. Introducción

Toda restricción al ejercicio de un derecho, además de estar prevista en una ley y respetar su contenido esencial, debe ampararse en la salvaguardia de otro interés digno y necesitado de protección, además de ser apta para tutelarlos y ser lo menos onerosa posible. Cuando la tutela opera una limitación de carácter penal —esto es, se prohíbe y sanciona una determinada actuación restringiendo el campo del ejercicio de un derecho—, sólo resultará legítima si la sanción prevista es, además, proporcionada o necesaria. Este juicio de proporcionalidad es muy riguroso a la vista de la inherente gravedad de la naturaleza y, en ocasiones, también de la extensión, de la sanción penal⁹⁵⁴.

En el Capítulo Segundo se han identificado los contenidos del derecho fundamental a la imparcialidad que pueden constituirse en objeto de protección y también se ha hecho una valoración de las conductas que ponen en riesgo su vigencia efectiva. Ello ha permitido configurar a la imparcialidad externa como el presupuesto legítimo o finalidad de la intervención legal: la tutela del mismo en tanto que se trata de un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección. Como el canon de legitimidad de la intervención parte de la vinculación general del legislador con los derechos fundamentales y con los valores superiores del ordenamiento, se ha efectuado una valoración de aquellas conductas que ponen en riesgo de lesión dicho bien jurídico para descartar que una intervención sancionadora sobre las mismas

⁹⁵⁴ Dejamos aparte la problemática referente a la aplicación del principio de proporcionalidad en el proceso penal y, en concreto, a sobre las medidas cautelares privativas de derechos que, aunque expresamente dice el Código Penal que no se reputarán penas, guardan con éstas un asombroso aire de familia sólo interrumpido por el fundamento y los límites de su imposición. Sobre este asunto, extensamente, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 191-215; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, Edersa, Madrid, 1999, págs. 93-110.

constituya una injerencia en el contenido esencial de las libertades de expresión e información (Capítulo Tercero). Es ahora el momento de comprobar cómo operan las exigencias constitucionales cuando se pretende una intervención penal sobre la libertad para alcanzar la finalidad de tutela de la imparcialidad.

Como ha puesto de relieve, entre otros, MUÑOZ CONDE⁹⁵⁵, tan importante como identificar el propio derecho fundamental necesitado de protección penal es el proceso mismo a través del que se define y se configura como bien jurídico protegido en Derecho. Si bien el Derecho goza de una autonomía casi absoluta a la hora de decidir qué derechos fundamentales en forma de bienes jurídicos debe proteger y cómo debe hacerlo, esto no quiere decir que pueda actuarse de cualquier modo y, menos, de forma arbitraria. La protección de bienes jurídicos no significa necesariamente protección a través del Derecho Penal y, como dice ROXIN, los bienes jurídicos no sólo deben ser protegidos por el Derecho Penal, sino también ante el Derecho Penal⁹⁵⁶.

El fundamento de tales exigencias se halla, desde luego, en la Constitución⁹⁵⁷, aunque como ha puesto de manifiesto VIVES, se trata de principios asumidos desde la Ilustración en los que toda legislación penal debería inspirarse⁹⁵⁸. En los sistemas democráticos de Derecho basados en la soberanía popular, como es nuestro caso, la

⁹⁵⁵ MUÑOZ CONDE, F., "Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal", *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte General)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996, pág. 463.

⁹⁵⁶ *Ibid.*, págs. 466-467.

⁹⁵⁷ El fundamento constitucional es unánimemente compartido por todos los autores, aunque difiere de unos a otros la concreta correspondencia con uno u otro artículo. En general, predomina la opinión de que la proporcionalidad en abstracto se deduce de los arts. 1, 9.3 y 10 de la Constitución. Al respecto, ofrece un resumen de las diferentes opiniones doctrinales. AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, op. cit., págs. 120-125.

⁹⁵⁸ VIVES ANTÓN, T.S., "Principios penales y dogmática penal", VVAA, *Estudios sobre el Código penal de 1995*, (Dir. Vives Antón, T.S. y Manzanares Samaniego, J.L.), *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, Vol. I, 1996, pág. 38. También vincula la moderna concepción de los límites al poder punitivo del Estado con la ilustración ROXIN, C., en ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal*, (trad. y notas, Arroyo Zapatero, L. y Gómez Colomer, J.L.), Ariel, Barcelona, 1989, págs. 50-52.

libertad, la dignidad de la persona, la justicia, la igualdad y la seguridad ocupan un lugar fundamental, como viene demostrado por el hecho de que todo ejercicio del poder debe respetar plenamente su vigencia⁹⁵⁹. Sin embargo, cuando ese poder se ejerce por el parlamento soberano y se plasma en una ley penal es, sin duda, la libertad el valor que queda inmediatamente afectado y, por ello, los esfuerzos de preservación de ese valor dirigen su mirada hacia la observancia de las garantías fundamentales que establece la Constitución: la legalidad y la proporcionalidad en sentido amplio.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, ha fijado un canon para examinar la legitimidad de la intervención del legislador penal que descansa sobre dos pilares: la vinculación formal a la ley —legalidad— y los requerimientos de orden material derivados de la exigencia genérica de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio, pues toda intervención penal implica una restricción de la libertad y, en ocasiones, también de otros derechos fundamentales —especialmente, SSTC 55/1996 y 161/1997⁹⁶⁰—. Los principios generales de legalidad y proporcionalidad ocupan un lugar fundamental en la teoría general del Derecho y su vigencia se proyecta tanto en la tarea de producción como de aplicación de las normas jurídicas⁹⁶¹.

⁹⁵⁹ CARBONELL MATEU, J.C., “Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad”, VVAA, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, (Coord. Nieto Martín, A.), Vol. II, Universidad Castilla - La Mancha / Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 129-134.

⁹⁶⁰ Dichas sentencias resolvieron sendas cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, respectivamente, frente al régimen de incriminación de determinados comportamientos situados en el ámbito de la objeción de conciencia —insumisión al servicio militar— así como la negativa del conductor a someterse a la prueba de alcoholemia.

⁹⁶¹ *Vid.*, LEGUINA VILLA, J., “Principios generales del Derecho y Constitución”, *Revista de Administración Pública*, núm. 114, 1987, pág. 7. En realidad, habría que incluir otros principios que contribuyen a asegurar tal finalidad de preservación de la libertad, como son el *ne bis in idem*, el de igualdad y la presunción de inocencia. Sin embargo, aun cuando no cabe dudar de su pertinencia incluso en la fase de la conminación penal, es en la aplicación del Derecho penal donde se encuentra su lugar propio.

II. Legalidad y Proporcionalidad: consideraciones generales

Se ha llegado a decir que el principio de legalidad es un “principio de principios” porque su vigencia delimita lo que puede llegar a prohibirse por resultar indispensable “para tutelar la coexistencia externa de los arbitrios individuales según una ley general de libertad”⁹⁶². De hecho, constituye el primer presupuesto cuando se trata de analizar la proporcionalidad de cualquier intervención sobre los derechos fundamentales, y su inobservancia evita toda discusión posterior sobre aquel principio. Lo contrario, como afirma GONZÁLEZ-CUÉLLAR, invertiría el papel atribuido al principio de proporcionalidad al servir de coartada para la adopción de medidas restrictivas de derechos desprovistas de cobertura legal que se dirían imprescindibles para la defensa de importantes intereses públicos⁹⁶³.

En cuanto al tenor literal del principio de legalidad en el ámbito penal, esto es, respecto de la reserva de ley, se dice que constituye una garantía frente a cualquier pretensión del legislador de incidir sobre la libertad y los derechos fundamentales pero, en especial, cuando la misma se lleva a cabo mediante la imposición de penas. La incidencia sobre las libertades y los derechos fundamentales que comporta la ley penal impone que la misma sea prevista en una Ley en sentido formal. Pero además, se demanda su articulación en una Ley Orgánica por dos motivos básicos: porque políticamente se precisa de un consenso reforzado en su aprobación para que estas

⁹⁶² VIVES ANTÓN, T.S., “Principios penales y dogmática penal”, *op. cit.*, pág. 38. El autor lo argumenta en estos términos: “El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* representa, pues, no sólo un límite formal del poder punitivo del Estado, sino también uno material que dimana del proceso de diferenciación del Derecho moderno, a lo largo del cual éste se independiza de las concepciones morales y religiosas y se ciñe a castigar las perturbaciones de la vida en sociedad. Y, así, puesto que la pena se concibe como un mal necesario para reprimir esas perturbaciones, del principio de legalidad deriva naturalmente otro de intervención mínima o proporcionalidad en sentido amplio.”

⁹⁶³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *op. cit.*, pág.194. Por ello, en el Capítulo anterior ya abordamos, con carácter general, el estudio de las relaciones entre ley y Constitución en el marco de los derechos fundamentales, pues el presupuesto de cualquier intervención de los poderes públicos sobre los mismos exige, como presupuesto necesario, la previsión legal. En este Capítulo se va a profundizar en la exigencia de legalidad por cuanto que dicha intervención sobre las libertades de expresión e información en favor de la tutela de un bien jurídico pretende articularse penalmente.

normas puedan asegurar su inequívoca vocación de permanencia; y, sobre todo, porque el objeto de las leyes penales es siempre, directa o indirectamente, la libertad y los derechos fundamentales. Sobre esta cuestión tan debatida entre constitucionalistas y penalistas volveré más adelante.

Además del tenor literal, el significado esencial del principio se manifiesta en una serie de condiciones cuyo fundamento último lo constituye la preservación de la máxima seguridad jurídica posible para el ciudadano en garantía de esa misma libertad. Esta reclamación de que la ley penal posea una cierta calidad —lo que se ha llamado el significado esencial del principio— se concreta en un mandato (taxatividad) y varias prohibiciones (retroactividad de norma desfavorable o restrictiva de derechos fundamentales, prohibición de analogía y prohibición de deslegalización)⁹⁶⁴. A este principio me referiré con mayor extensión en el siguiente apartado de este Capítulo.

La referencia a los requisitos materiales debe entenderse como una alusión directa al principio de prohibición de exceso o proporcionalidad en sentido amplio⁹⁶⁵.

⁹⁶⁴ En el Tribunal Constitucional se han abordado últimamente con cierta frecuencia algunas de estas exigencias materiales de legalidad penal introduciéndose algunos cambios y matizaciones doctrinales importantes. Para dar cuenta de ello, hemos extraído algunas de las que da cuenta en su trabajo CUERDA RIEZU, A., “Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal”, VVAA, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Valle Muñiz*, (Coords. Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, págs. 167-175. Así, el autor menciona la STC 150/1997 que se refiere a la irretroactividad de norma desfavorable pero, sobre todo, a la retroactividad de norma favorable por declaración de inconstitucionalidad de una determinada interpretación de un precepto (sobre este aspecto, *vid.*, ampliamente, VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Por su parte, la STC 234/1997 declara que el principio o mandato de determinación normativa de los tipos penales y sus consecuencias jurídicas, forma parte del art. 25.1 CE; la STC 151/1997, seguida de las SSTC 225/1997, 236/1997, 56/1998 y 67/1998, confirman la llamada garantía de tipicidad, es decir, de aplicación judicial estricta de las normas sancionadoras que prohíbe, en consecuencia, la analogía y la interpretación extensiva *in malam partem* o en perjuicio del condenado o sancionado, del supuesto de hecho; con relación a la consecuencia jurídica, la STC 61/1998.

⁹⁶⁵ En la doctrina penal española se aborda habitualmente el análisis de los límites al poder punitivo del Estado tanto desde la perspectiva del bien jurídico (principio de ofensividad) como desde la idea de proporcionalidad en sentido amplio o principio de prohibición de exceso. Respecto del segundo aspecto, *vid.*; GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1990; *Id.*, “El principio de proporcionalidad en el

Cabe decir, siguiendo al TC⁹⁶⁶, que este principio no constituye un derecho fundamental ni un canon constitucional autónomo, sino que opera en relación con diversos preceptos de la CE y, en particular, como regla de tratamiento de los derechos fundamentales, configurando la legitimidad de cualquier medida restrictiva de las libertades conforme a los requisitos de finalidad legítima y adecuación de la intervención a dicho fin, necesidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto. Como bien apunta LASCURAÍN, el principio apunta en general a la funcionalidad de la medida y exige como presupuestos, que lo que se persiga sea libertad y que dicha persecución sea factible; como condiciones, que dicha persecución no sea excesiva en relación con otras medidas de similar eficacia y en relación con la cantidad de libertad que provee⁹⁶⁷.

El canon, en realidad, ha sido ya inicialmente empleado al hacer referencia al análisis del bien jurídico de la imparcialidad. Ese ha constituido su primer momento aplicativo pues, como ya se explicó, no existiendo un concepto de bien jurídico, la proporcionalidad pretende erigirse en el procedimiento racional de control de legitimidad de la intervención penal y, en dicho procedimiento, el bien jurídico no constituye sino un presupuesto: el interés cuya tutela se pretende como finalidad. por ello se ha comprobado si dicho interés no está proscrito constitucionalmente y puede, además, configurarse como un bien digno, necesitado y susceptible de protección. A partir de ahí, como he dicho, la proporcionalidad va a permitir tanto determinar la legitimidad o constitucionalidad de la intervención del legislador penal (en realidad,

Derecho procesal español”, *op. cit.*; AGUADO CORREA, T., *El principio de proporcionalidad en Derecho penal*, *op. cit.*; CUERDA ARNAU, M^a L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en Derecho penal”, *op. cit.*; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *Ius Puniendi*”, VVAA, *Estudios penales y jurídicos. Homenaje al Prof. Dr. Enrique Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, Córdoba, 1996; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, *op. cit.*; JAÉN VALLEJO, M. “Consideraciones generales sobre el principio de proporcionalidad y su tratamiento constitucional”, *Revista General de Derecho*, núm. 507, 1986; LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998.

⁹⁶⁶ SSTC 55/1996, F.J.º 3, 161/1997, F.J.º 8.

⁹⁶⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, págs. 161-162.

de todo derecho sancionador o restrictivo de los derechos fundamentales), como de los órganos jurisdiccionales que interpretan y aplican dicha ley en un caso concreto. Su materialización gira en torno a tres reglas fundamentales: la adecuación de la sanción al citado fin de tutela, la necesidad de la misma, y su proporcionalidad, esta vez en sentido estricto⁹⁶⁸. Sirva como paradigma de seguimiento de estos requerimientos que vamos seguidamente a examinar, el siguiente extracto de la STC 136/1999 de 20 de julio, FJº 23:

“En suma, según hemos reiterado en otras resoluciones, especialmente en la STC 66/1995, fundamentos jurídicos 4º y 5º, para determinar si el legislador ha incurrido en un exceso manifiesto en el rigor de las penas al introducir un sacrificio innecesario o desproporcionado, debemos indagar, en primer lugar, si el bien jurídico protegido por la norma cuestionada o, mejor, si los fines inmediatos y mediatos de protección de la misma, son suficientemente relevantes (...) En segundo lugar deberá indagarse si la medida era idónea y necesaria para alcanzar los fines de protección que constituyen el objetivo del precepto en cuestión. Y, finalmente, si el precepto es desproporcionado desde la perspectiva de la comparación entre la entidad del delito y la entidad de la pena.”

El Tribunal Constitucional se ha apoyado para resolver en este caso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, aludiendo expresamente a la Sentencia del caso Tolstoy Miloslavsky, de 13 julio de 1995, § 51 en la que se dice que una reacción desproporcionada contra unas declaraciones, aun cuando éstas no sean lícitas y merezcan una sanción, vulnera el derecho a la libertad de expresión

⁹⁶⁸ Sobre la vinculación del legislador al principio constitucional de proporcionalidad, *vid.* MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, *op. cit.*, págs. 117-145, quien concibe que este principio conforma, junto con la garantía del contenido esencial de los derechos, el auténtico “límite de los límites”. Para LASCURAÍN, desde un presupuesto de partida similar al nuestro, el juicio de proporcionalidad de la ley se escinde en dos, el de necesidad y el de proporcionalidad en sentido estricto, pero comporta, además dos presupuestos: la calidad de libertad del bien protegido y la instrumentalidad de la sanción (adecuación, para nosotros). *Cfr.* LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, pág. 163.



por no resultar necesaria en una sociedad democrática (art. 10 CEDH). A continuación añade que la desproporción resulta mayor cuando se trata de las declaraciones emanadas de un partido político, dado su papel esencial para asegurar el pluralismo y el adecuado funcionamiento de la democracia (Sentencia del TEDH Partido Socialista c. Turquía, 25 de mayo 1998, § 41). En definitiva, también para el TEDH las injerencias en la libertad de expresión de los miembros y dirigentes de los partidos políticos exigen un control especialmente estricto (caso Castells c. España, § 42 y caso Incal c. Turquía, § 46)⁹⁶⁹.

Voy a seguir los pasos que recorrería presumiblemente el Tribunal Constitucional para precisar si es legítimo y cómo, tutelar penalmente el derecho fundamental a la imparcialidad del juez como garantía del juicio justo frente a ciertas conductas, esto es, de qué manera y con qué límites pueden sancionarse razonablemente ciertas formas de ejercicio de las libertades de expresión e información o conductas próximas a las mismas.

No pretendo, como ya he puesto de manifiesto en el Capítulo Segundo de este trabajo, deducir los criterios de incriminación penales (de oportunidad) de la Constitución, porque no los hay. La amplia discrecionalidad del legislador para hacer una u otra política, también está reconocida en la Constitución, y los límites que los derechos fundamentales y otros principios constitucionales imponen a esta tarea afectan escasamente a la elección de los intereses objeto de tutela penal: la Constitución no se nos revela como la fuente exclusiva y excluyente de los intereses que deben ser tutelados, a lo sumo, cabe deducir de ella los que están proscritos⁹⁷⁰.

⁹⁶⁹ También se aplica la doctrina del efecto desaliento en los casos en que el ejercicio de la libertad de expresión se lleva a cabo por los medios de comunicación en relación con asuntos de interés público sometidos a investigación administrativa o judicial. Como ejemplo puede citarse la STEDH caso Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega de 20 mayo 1999, § 64: “*El Tribunal aplica el escrutinio más severo cuando, como en el presente caso, las medidas tomadas o las sanciones impuestas por una autoridad nacional son capaces de desalentar (“discouraging”) la participación de la prensa en los debates sobre asuntos de legítimo interés público*”.

⁹⁷⁰ En idéntico sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La protección penal del derecho a la intimidad”, *Estudios Penales*, Colex, Madrid, 2001. (originalmente publicado en VVAA, *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Universidad Carlos III - BOE, Madrid, 1994), págs. 319-320.

Tampoco la vigencia de los principios de legalidad o de proporcionalidad permite deducir qué naturaleza *debe* tener la sanción, cuál elegir o con qué extensión para tutelar adecuadamente un interés, sino que con su proclamación la Constitución se limita a *prohibir* al legislador que opte por una respuesta excesiva, lo que significa que la prevista e impuesta debe ser la menos gravosa posible de entre las eficaces, de forma que la tutela necesaria sea, además razonable y, por ello, justa desde la perspectiva del respeto a los derechos y libertades afectados con su imposición⁹⁷¹. Así lo sintetiza la STC 297/1996:

“para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos o condiciones: ‘si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad), y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)’”.

Como ya se ha dicho, el Tribunal Europeo ha tenido ocasión de pronunciarse a menudo respecto de pretensiones de limitación de las libertades de expresión e información. Al igual que sucede con el Tribunal Constitucional, bien puede afirmarse que a su doctrina general sobre la limitada libertad de intervención del legislador de los derechos fundamentales se sobrepone una nada disimulada predisposición desfavorable a cualquiera que tome por objeto una restricción de las

⁹⁷¹ En el mismo sentido se pronuncia GARCÍA-PABLOS cuando dice que “Lo que la Constitución no prejuzga —ni debe prejuzgar— es la naturaleza (penal o no penal) de las sanciones que puedan establecerse para quien se extralimita en el ejercicio de un derecho o libertad ‘fundamental’ (...) Deben entenderse vigentes, pues, los principios de intervención mínima, subsidiaria y fragmentaria del Derecho Penal y, en todo caso, la máxima in dubio, pro libertate, especialmente fructífera en el ámbito de las libertades públicas.” Cfr. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La Protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, VVAA, *Libertad de expresión y derecho penal*, Edersa, Madrid, 1985, págs. 208-209.

mismas. Y ello, aun cuando la limitación proceda de una decisión legislativa en favor de la tutela de otro valor con idéntico rango de derecho fundamental. Si a ello unimos que la limitación provenga de una norma penal que sancione el ejercicio legítimo (en ocasiones, sólo próximo) de dichas libertades, el canon de legitimidad que se maneja es, indudablemente, de los más severos.

En efecto, en la jurisprudencia del TEDH se ha analizado en numerosas ocasiones la conformidad con el Convenio de las restricciones legales (en abstracto) o judiciales (en concreto) a los derechos individuales reconocidos en los arts. 8 a 11 del CEDH. Aun cuando no se proclame expresamente, la noción de proporcionalidad de cualquier intervención sobre los derechos es, por supuesto, empleada por el Tribunal, y lo mismo cabe decir de la exigencia de legalidad. Con respecto al derecho a la libertad de expresión, por ejemplo, la imposición de sanciones civiles o penales de ciertos supuestos de ejercicio ha dado lugar a una considerable jurisprudencia a propósito del control que, sobre la misma se ha producido conforme a los límites establecidos en el art. 10.2 CEDH. Para conocer el método de control de esta conformidad, baste resumir lo dicho al respecto en la sentencia del caso *Handyside* y que después ha dado lugar a una jurisprudencia consolidada —como así la califica, por todas la Sentencia del caso *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega* de 20 mayo 1999—⁹⁷²: la comprobación como presupuesto de toda injerencia⁹⁷³ de que su adopción está justificada. Para ello el Tribunal analiza si la misma está prevista en

⁹⁷² En iguales términos pueden verse otras sentencias anteriores como la del caso *Lingens c. Austria* de 8 julio 1986, §40 y *Barford c. Dinamarca*, 22 febrero 1989, § 28-29 y posteriores, como *Thoma c. Luxemburgo* de 29 marzo 2001, *Perna c. Italia* de 25 julio 2001, y *Feldek c. Eslovaquia* de 12 julio 2001, por lo que puede afirmarse la existencia de una línea jurisprudencial constante y consolidada en sus planteamientos acerca del método de análisis de la cuestión.

⁹⁷³ Nótese que empleamos el término *injerencia* para traducir “interference”, que es el término que se emplea originalmente en la versión inglesa de la jurisprudencia del Tribunal. En puridad, dicho vocablo debe traducirse como intromisión, injerencia u obstrucción, pero todos ellos expresan algo más que la genérica afectación de a la libertad de expresión a la que alude expresamente el artículo 10.2 CEDH: “el ejercicio de estas libertades (...) podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la Ley”. Sólo cabe hablar de injerencia cuando la Ley limita el derecho —sea esta limitación legítima o ilegítima— y en el resto de casos es preferible emplear el término *incidencia* que no prejuzga el tipo de afectación operada sobre el derecho (no siempre una limitación, *stricto sensu*).

la ley, si persigue una finalidad legítima y si resulta necesaria en una sociedad democrática. En la determinación del último punto, que se corresponderían con el principio de proporcionalidad⁹⁷⁴, el Tribunal Europeo exige sistemáticamente tres condiciones —desde que lo hiciera por primera vez en el caso *Handyside c. Reino Unido*, de 7 diciembre 1976—: que la medida corresponda a una “necesidad social imperiosa”, que sea “proporcionada al fin legítimo que persigue” y que “las razones dadas por las autoridades para justificarla sean pertinentes y suficientes”⁹⁷⁵. En algunos de los casos sometidos a la valoración del TEDH se hace referencia específica a injerencias legales de carácter penal y, en esos casos, el Tribunal emplea el mismo método de medición de la necesidad de la medida aunque extrema las exigencias de proporcionalidad entre la medida adoptada y el legítimo fin perseguido⁹⁷⁶; particularmente severo se vuelve el canon si, además, la medida se aplica a los medios de comunicación. Así, por ejemplo, rechaza la legitimidad de la injerencia penal en el caso *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega* de 20 mayo 1999, § 73 al entender que imponer una pena de multa a un periodista en el caso analizado no constituía una injerencia necesaria en una sociedad democrática ni era razonablemente proporcionada para alcanzar el legítimo fin perseguido (la tutela reputación de otras personas)⁹⁷⁷.

⁹⁷⁴ Sobre el particular, *vid.*, FASSBENDER, B., “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos” (trad. Marín-Barnuevo Fabo, D.), *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, 1998, págs. 51-73.

⁹⁷⁵ *Vid.*, S TEDH caso *Goodwin c. Reino Unido* de 27 marzo de 1996, § 40; caso *Worm c. Austria* de 29 agosto de 1997, § 47; caso *Fressoz y Roire c. Francia* de 21 enero de 1999, § 45 y caso *Feldek c. Eslovaquia* de 12 julio 2001, § 88.

⁹⁷⁶ *Vid.* por ejemplo, STEDH caso *Ceylan c. Turquía*, de 8 de julio de 1999, § 49.

⁹⁷⁷ En cambio, considera conforme al Convenio una multa penal en un caso de injurias en STEDH caso *Tammer c. Estonia* de 6 febrero 2001, § 69. Un supuesto particularmente relevante lo constituye la valoración que efectúa el Tribunal Europeo de una condena penal dictada en Francia por apología del delito de colaboracionismo durante la ocupación alemana al haberse ensalzado públicamente la figura del Mariscal Pétain. El Tribunal Europeo expresamente afirma que la pena es excesivamente severa a la vista de la existencia de otros medios de intervención y refutación, particularmente por la vía civil (STEDH caso *Lehideux e Isorni c. Francia* de 23 septiembre 1998, § 57).

Las autoridades de cada país tienen un cierto margen de apreciación para estimar si la necesidad existe y qué medidas deben adoptarse frente a ella, pero al Tribunal le corresponde supervisar caso a caso cómo se ha hecho uso de este poder para decir la última palabra sobre cuándo una restricción es conforme con la libertad de expresión protegida en el art. 10 CEDH. En sus decisiones al respecto el Tribunal ha tomado en consideración diversos aspectos, como son el que la restricción se imponga a los medios de comunicación o que se trate de informaciones de interés público relevante realizadas con veracidad, pero también que el ejercicio de la libertad de expresión no puede rebasar ciertos límites como son el honor y demás derechos ajenos, o la necesidad de prevenir la revelación de información confidencial⁹⁷⁸. En los correspondientes apartados referidos a las concreciones materiales de proporcionalidad de la ley penal se aludirá específicamente a esta jurisprudencia del TEDH.

Por último, no quiero dejar de mencionar la relevancia de la idea de proporcionalidad en el Derecho constitucional norteamericano, donde su conformación ha seguido un camino diferente al que ha recorrido Europa, al hallarse presidido por la idea o principio de separación de poderes. En efecto, la separación de poderes constituye uno de los pilares del constitucionalismo norteamericano junto con el reparto “vertical” del poder entre el Estado central y los Estados; si a ello añadimos que en tal sistema se conoció la primera fórmula de garantía jurisdiccional de los derechos fundamentales⁹⁷⁹, es fácil comprender por qué las posibilidades de abuso de poder quedan notablemente reducidas por los fuertes contrapesos que se ejercen (“check and balance system”). No obstante, el control judicial de los actos del poder ha sido determinante para la conformación de un cuerpo importante de jurisprudencia que ha dado germen y sentido a la idea de racionalidad, necesidad o

⁹⁷⁸ *Bladet Tromsø y Stensaas c. Noruega*, §§ 59 y 66 (este último se refiere a la obligación de los medios de comunicación de contrastar la veracidad de las informaciones que transmiten cuando se trata de afirmaciones de hecho realizadas por terceras personas).

⁹⁷⁹ *Vid.*, CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 46-49.

proporcionalidad de los actos de poder sobre los ciudadanos. El TSFA ha formulado unos “tests” que identifican los supuestos en que resulta apropiado llevar a cabo tal escrutinio judicial (“judicial review”) y las formas en que éste debe ser ejercido para no romper, en su favor, el necesario equilibrio entre el poder judicial y los demás poderes. Conforme a los mismos hay dos niveles de exigencia, uno más laxo para la mayoría de leyes y actuaciones del Estado —y que partiendo de una presunción de legitimidad de la actuación, se limita a exigir razonabilidad, siempre que no se vean afectados valores constitucionales— y otro, más estricto, cuando se ven implicados los derechos fundamentales, el principio de igualdad y el sistema federal. En estos casos se analiza tanto la conformidad constitucional de los fines, como de los medios, no sólo atendida la importancia de aquéllos sino, también, la vigencia del principio de proporcionalidad (“alternative less restrictive, vagueness, overbreadth”, etc.).

Uno de los campos habituales de operatividad de este principio es el de la imposición de penas, controlándose —si la Constitución del Estado así lo prevé— que las penas sean proporcionadas a la naturaleza e intensidad del delito. Asimismo, el concepto de proporcionalidad está también implícito en el principio federal del proceso debido (“due process clause”) y en la Octava enmienda cuando prohíbe la imposición de multas excesivas⁹⁸⁰. También algunos Estados han consagrado formalmente el principio de proporcionalidad en materia penal en sus Constituciones —v.g., art. 3.5º de la Constitución de West Virginia—. Por último, debe también reseñarse que es con fundamento en este principio donde surgen las doctrinas del “chilling effect” y de “overbreadth”, particularmente operativas en materia de libertad de expresión y que impiden que la legislación provoque, aun potencialmente, por la vaguedad en la definición de límites a su ejercicio o la contundencia de medios

⁹⁸⁰ BASTRESS, R. M., “El principio de ‘la alternativa menos restrictiva’ en Derecho constitucional norteamericano” *op. cit.*, pág. 241.

represivos, una excesiva limitación o restricción de aquellas manifestaciones que sí reciben protección constitucional⁹⁸¹.

III. El principio de legalidad: necesidad de ley orgánica

Para comenzar, voy a referirme a las exigencias de carácter formal que se derivan del tenor literal⁹⁸² del principio de legalidad en materia penal, esto es, a la cuestión de la reserva de ley⁹⁸³. A falta de una formulación explícita completa de esta garantía del principio de legalidad en materia penal en la Constitución española, la

⁹⁸¹ Sobre la “judicial review” sobre el principio de proporcionalidad en el sistema norteamericano existe una extensa bibliografía de la que cabe mencionar, entre otros, TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, *op. cit.*, págs. 384 y ss.; CORTNER, R.C., *The Supreme Court and Civil Rights Policy*, *op. cit.*, *passim*; CORWIN, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, *op. cit.*, págs. 279 y ss.; BASTRESS, R.M., “El principio de ‘la alternativa menos restrictiva’ en Derecho constitucional norteamericano” (trad. Estella de Noriega, A.), *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 239-254 y jurisprudencia allí citada.

⁹⁸² Seguimos a BELING, en este punto, cuando diferencia entre el tenor literal y el significado esencial del principio de legalidad en el ámbito penal; según el primer aspecto, la materia penal precisa ser contenida en una Ley, entendida en sentido formal, es decir, norma emanada del Parlamento al que corresponde el poder legislativo y que cuenta con la legitimación democrática por ser el representante de la soberanía popular. En cuanto al contenido esencial, la norma penal debe garantizar la seguridad jurídica mediante una serie de exigencias: certeza o taxatividad, prohibición de deslegalización, de analogía, de costumbre y de retroactividad. BELING, E., “Il significato del principio: nulla poena sine lege poenali nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale”, *op. cit.*, pág. 319.

En el Tribunal Constitucional se alude a la reserva de ley y al principio de irretroactividad de norma sancionadora desfavorable como la garantía formal del principio de legalidad, mientras que los mandatos de determinación y de tipicidad equivalen a la garantía material o de predeterminación, según nos da cuenta, CUERDA RIEZU, A., “Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal”, *op. cit.*, pág. 167.

⁹⁸³ Para una aproximación al complejo sistema de las reservas de ley en la Constitución desde la perspectiva iusconstitucionalista pueden verse, entre otros, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Cívitas, Madrid, 1981, *passim*; ALONSO GARCÍA, E., *Interpretación de la constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, págs. 12 y ss; PÉREZ ROYO, J., *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 82 y ss; LÓPEZ AGUILAR, J.F., “La reserva constitucional de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, 1991, págs. 111 y ss; OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*, *op. cit.*, págs. 151-161; JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, *passim*.

doctrina ha extraído su vigencia de un entramado de normas constitucionales⁹⁸⁴: de un lado, las que proclaman el Estado de Derecho y el principio general de legalidad (arts. 1, 9 y 25.1 CE); de otro, de las que disponen las materias sometidas a tal reserva de ley (arts. 17, 25, 81 CE); y, por último, las que vinculan al poder sancionatorio y punitivo a condiciones por su efecto restrictivo sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas (arts. 17.1, 53.1 y 53.2 CE).

Los tipos penales (leyes de carácter general) que no regulan directamente, pero pueden ser hechos valer frente al ejercicio de los derechos no son, en efecto, normas delimitadoras de derechos, sino del *agere licere*⁹⁸⁵. Frente a ellos, la reserva legal no opera en virtud del artículo 53.1, sin que ello impida hallar otro fundamento para exigir tal reserva, cual es, el propio principio de legalidad de norma sancionadora (art. 9.3 en relación con el 81.1 CE)⁹⁸⁶. “El principio de legalidad es una norma objetiva de la Constitución, que tasa las fuentes del Derecho Penal reduciéndolas a la ley —*praevia, scripta et stricta*— y, a la vez, un derecho fundamental, o sea, una garantía del ciudadano, que no puede ser castigado sino en virtud de una ley de esas características”⁹⁸⁷.

⁹⁸⁴ Seguimos fielmente en esta enumeración a LÓPEZ AGUILAR, J.F., “La reserva constitucional de ley en materia penal”, *op. cit.*, pág. 114.

⁹⁸⁵ En cambio, para los partidarios de la llamada concepción estricta de los derechos fundamentales (véase, OTTO Y PARDO, I. DE, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes, op. cit.*) no cabe hablar de límites sino de delimitación cuando se trata de articular unos derechos con otros. Si el contenido protegido es, estrictamente, el que resulta de la conjunción de la norma de reconocimiento del derecho y de la articulación con los demás derechos, en pie de igualdad, el legislador no limita sino que delimita su contenido cuando define restricciones al ámbito de uno a favor de la salvaguarda de otros. En ese caso, la única garantía que preserva al derecho frente al legislador es el respeto al contenido esencial o “límite de los límites”, siendo cualquier apelación al principio de proporcionalidad, absolutamente improcedente. *Vid.* ampliamente al respecto, MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales, op. cit.*, págs. 87-95.

⁹⁸⁶ VIVES ANTÓN, T.S. diferencia entre desarrollo (art. 81.1 CE), regulación del ejercicio (art. 53.1 CE) y afectación (art. 86.1 CE). *Cfr.*, “Ley y derechos fundamentales (Acerca del principio de legalidad en materia penal)”, *op. cit.*, págs. 374-475.

⁹⁸⁷ VIVES ANTÓN, T.S., “Principios penales y dogmática penal”, *op. cit.*, pág. 40; *Id.* “Ley y derechos fundamentales (Acerca del principio de legalidad en materia penal)”, *op. cit.*, págs. 374 y ss. En el mismo sentido, LÓPEZ AGUILAR, J.F., “La reserva constitucional de ley en materia penal”, *op. cit.*, págs. 121-122 si bien su argumento es que “En una concepción amplia del espectro reservado a la legislación orgánica, cabe entender incluidas en su ámbito objetivo no sólo la ‘legislación penal’, en la

Aun más, entiendo, con la doctrina penal mayoritaria⁹⁸⁸ que existe una reserva sustancial y absoluta en toda regulación directa que tome algún derecho fundamental como objeto de protección, fije mecanismos para su ejercicio o precise y determine su contenido o señale sus límites, pues en todos esos casos cabe entender que se trata de “disposiciones relativas al desarrollo de los derechos fundamentales”⁹⁸⁹. Cualquier

medida en que ‘desarrolla’ los derechos públicos subjetivos establecidos en el artículo 25 CE, sino también cuantas normas ‘afecten’ a dicho resorte de garantía a la libertad. (...) ‘afectan’ a los derechos fundamentales y libertades públicas cuantas normas ‘prohiben conductas tipificándolas como delitos y establecer (*sic*) penas criminales’. Tal actividad ha de asumirse, por demás, como materia de ley orgánica”.

⁹⁸⁸ A favor de la exigencia de ley orgánica, entre otros, ARROYO ZAPATERO, L., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, págs. 30 y ss.; BOIX REIG, J., “El principio de legalidad en la Constitución”, *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, pág. 64; AGULLÓ AGÜERO, A., “*Non bis in idem*, contrabando y tráfico de drogas”, *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Consellería de Sanitat i Consum de la Comunitat Valenciana, Valencia, 1987; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs. 113-116; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, pág. 71; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 109-112. En contra de la exigencia en todas o algunas normas penales se manifiestan RODRÍGUEZ DEvesa, J.M^a, “Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal”, *Estudios jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1983, *passim*; LAMARCA PÉREZ, C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, 1987, págs. 125-126; CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, Vol. I, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 1994, pág. 162; FEIJOO SÁNCHEZ, B., “Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales”, *Cuadernos de Política Criminal* núm. 52, 1994, pág. 105; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte general*, Vol. I, Universitas, Madrid, 1996, pág. 141.

⁹⁸⁹ Prescindiremos de entrar a valorar la polémica doctrinal en torno a la exigencia de Ley orgánica en materia penal porque excede de los propósitos de este trabajo y, en cierto modo, es un debate estéril en la medida en que existe un consenso, cuanto menos, respecto a la existencia de una reserva sustancial y absoluta de ley orgánica de normas penales que tengan por objeto un derecho fundamental, como aquí sucede. Si entre tales se incluyen, siguiendo a LAMARCA, aquellas de las que quepa deducir la imposición o agravación de cualquier pena que constituya una lesión del ejercicio de un derecho, cuyo bien jurídico tutelado sea un derecho fundamental o que la conducta tipificada constituya un exceso en el ejercicio de un derecho fundamental, nuestra propuesta penal “tiene por objeto un derecho fundamental”. LAMARCA PÉREZ, C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, *op. cit.*

El Tribunal Constitucional, por otra parte, no resolvió con claridad la cuestión de si la exigencia de si el establecimiento de penas representaba o no un ‘desarrollo’ en el sentido del art. 81.1 CE al principio (STC 25/1984). Aun cuando siempre se reconoció la existencia de la reserva de ley en materia penal desde sus primeras sentencias (*vid.* SSTC 8/1981 y 15/1981), no ha cerrado definitivamente la cuestión de la exigencia de ley orgánica salvo para las normas que imponen penas privativas de libertad, a las que considera expresamente como leyes que desarrollan la libertad del art. 17.1 CE (SSTC 140/1986, 160/1986 y 234/1997). Sobre el estado de la cuestión en la doctrina penal y referida concretamente al ámbito de los límites penales a la libertad de expresión puede consultarse

limitación de los derechos fundamentales, como es la que operan en última instancia los tipos penales, debería —y así se hace— establecerse por Ley Orgánica en la medida en que he interpretado el término “desarrollo” del artículo 81.1 CE conforme a los propios pronunciamientos del Tribunal Constitucional⁹⁹⁰: las normas penales son garantía y desarrollo de libertad en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad (STC 160/1986, FJº 4).

El estándar constitucional requerido para dar cumplimiento a esta exigencia de legalidad en supuestos de limitación de derechos fundamentales está igualmente presente en la jurisprudencia del TEDH. Así, al valorar si las “injerencias” de los Estados sobre la libertad de expresión y demás derechos fundamentales están *previstas por la ley* (arts. 8.2, 9.2, 10.2, 11.2 CEDH), este Tribunal ha admitido como tal no sólo la Ley como determinada clase de acto legislativo emanado del Parlamento, sino también el Derecho no escrito⁹⁹¹, los reglamentos, los precedentes jurisprudenciales, las reglas del “common-law” e incluso las normas corporativas o profesionales⁹⁹². En realidad, lo que el Tribunal Europeo exige en todo caso es que la

BORJA JIMÉNEZ, E., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente”, *Revista General de Derecho*, núm. 585, 1993, págs. 5689 y ss.

⁹⁹⁰ Sobre el principio de legalidad, en general, *vid.* la STC 42/87 y sobre la reserva de ley orgánica en materia penal las SSTC 25/84, 140/86, 159/86 y 160/86. También la exigencia de ley orgánica en materia penal puede ser el fundamento que subyace en las decisiones del TC al analizar la conformidad a la Constitución de las llamadas leyes penales en blanco. En efecto, en algunos preceptos del CP la determinación del supuesto de hecho punible exige remitirse a normas de rango inferior a la ley (problema especialmente arduo y cuantitativamente creciente a la vista del incremento de competencias delegadas en favor de las Comunidades Autónomas, lo que implica una creciente descentralización de las fuentes legislativas a las que se remite, en ocasiones, el Código). Frente a ello, el Tribunal ha exigido —más por sus pronunciamientos que por sus decisiones— una serie de requisitos en la formulación legal de los tipos penales para que pueda darse satisfacción a la seguridad jurídica que deriva del principio de legalidad. En este sentido, *vid.* SSTC 3/1988, 127/1990, 120/1998. En la mayoría de los manuales de Derecho Penal también se hacen referencias específicas a la cuestión (por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 120-124). *Vid.*, especialmente, CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs. 116-122; DOVAL PAÍS, A., *Posibilidades y límites para la formulación de las normas penales. El caso de las leyes penales en blanco*, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁹¹ STEDH caso Sunday Times de 26 abril de 1979, §47.

⁹⁹² TITUM, P., “Libertad de información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, pág. 366.

disposición legal cumpla con dos exigencias: la previsibilidad y la accesibilidad, o lo que es lo mismo, una cierta calidad de la norma⁹⁹³. La exigencia de previsibilidad legal se fundamenta en la necesidad de que la injerencia sea conocida por el titular del derecho recortado y exige, en consecuencia, de la norma “que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta (...) y poder prever (...) las consecuencias de un acto determinado”⁹⁹⁴. La accesibilidad implica, por su parte, “que el ciudadano tiene que disponer de patrones suficientes que se adecuen a las circunstancias de las normas legales aplicables al caso”⁹⁹⁵. En esta valoración se tiene en cuenta la personalidad de la persona que sufre dicha injerencia⁹⁹⁶. Como ejemplo de limitaciones a la libertad de expresión conformes con estos cánones pueden citarse las SSTEDH caso Kopp c. Suiza, de 25 marzo 1998, §

Como ejemplo de lo dicho baste apuntar que la STEDH del caso Barthold de 25 marzo 1985 (BJC nº59, págs. 415-431) en su §46 admitió la legalidad de una norma limitadora de la libertad de expresión contenida en el Código Deontológico de un Colegio profesional de veterinarios.

⁹⁹³ Sobre las exigencias materiales de la ley que limita derechos fundamentales *vid.*, especialmente, STEDH Caso Valenzuela Contreras c. España, núm. 46 III de 30 de julio de 1998, con cita de las resoluciones dictadas en los casos Malone c. Reino Unido (STEDH, de 2 de agosto de 1984), Kruslin c. Francia y Huvig c. Francia (SSTEDH, de 24 de abril de 1990), Halford c. Reino Unido (STEDH, de 25 de junio de 1997) y Kopp c. Suiza (STEDH, de 25 de marzo de 1998). En relación con la limitación de la libertad de expresión puede consultarse, asimismo, TORRES-DULCE LIFANTE, E., “La libertad de expresión en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXIII, 1993, págs. 83-85.

⁹⁹⁴ STEDH caso Sunday Times de 26 abril de 1979, §49. Pese a que el TEDH no cuestionó la adecuación del common law a las exigencias de legalidad impuestas por el Convenio, sigue observándose en algunos autores una cierta creencia en la superioridad del Derecho continental escrito respecto de la tradición del “common law”. Así, ROXIN afirma que el “contempt of court” es criticado “por la inseguridad general de dicha regulación respecto de los límites de la punibilidad, que no sería compatible con la exigencia de certeza propia del Derecho codificado” “El proceso penal y los medios de comunicación”, *op. cit.*, pág. 82. Estoy en absoluto desacuerdo con tal afirmación, pues el sistema del precedente arroja, probablemente, las mismas o superiores ventajas a la seguridad jurídica del ciudadano debido a la uniforme interpretación y aplicación del Derecho. En cualquier caso, el “Contempt of court” es mayoritariamente derecho escrito desde 1981, circunstancia ignorada por este autor en 1996 al tomar como fuente de información sobre el sistema inglés la obra de BORNKAMM, J., *Pressefreiheit und Fairness des Strafverfahrens*, de 1980.

⁹⁹⁵ Misma sentencia y párrafo. Lo mismo se afirmó en la STEDH en el caso Müller y otros c. Suiza de 24 de mayo de 1988, §29 (BJC nº 102, págs. 1499-1522).

⁹⁹⁶ Por ello se ha llegado a afirmar que el Tribunal no valora de la misma manera el caso en que el afectado por la injerencia sea una profesional del derecho o, por el contrario, sea lego. TITNUM, P., “Libertad de información y Poder Judicial en el Convenio Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pág. 366.

59, *Kruslin c. Francia*, de 24 abril 1990, § 29 y, recientemente, en *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suiza*, de 28 junio 2001, § 52.

La conexión entre legalidad y seguridad jurídica que subyace al argumento empleado por el TEDH nos permite adentrarnos en otro aspecto inherente al principio de legalidad como es el mandato de determinación. En virtud del mismo, cabe sostener que para la salvaguarda de los derechos a la libertad y a la seguridad que aquel principio tutela, la ley penal debe formularse con toda la precisión que el lenguaje común permite⁹⁹⁷. El TC lo ha expresado requiriendo al legislador que al redactar la norma “haga el máximo esfuerzo posible” para dar satisfacción a las demandas de claridad y taxatividad exigibles en toda norma penal o sancionadora⁹⁹⁸ o, dicho de otro modo, “la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho”⁹⁹⁹.

Y es que el principio de legalidad penal constituye, como dice nuestro Alto Tribunal la expresión del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador, no sólo en cuanto que se vincula al imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, sino también en cuanto que derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica. Por ello, la vigencia de la legalidad comporta también la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el

⁹⁹⁷ VIVES ANTÓN, T.S., “Principios penales y dogmática penal”, *op. cit.*, pág. 40.

⁹⁹⁸ SSTC 150/1989, FJ° 5, 150/1990, FJ° 8, 142/1994, FJ° 4.

Sobre la proyección del principio de legalidad al ámbito penal *vid.*, ampliamente, LAMARCA PÉREZ, C., “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, *op. cit.*, págs. 99-135; LÓPEZ AGUILAR, J.F., “La reserva constitucional de ley en materia penal”, *op. cit.*, págs. 105-143; BORJA JIMÉNEZ, E., “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal: estado actual de un debate permanente”, *op. cit., passim*; FEJOO SÁNCHEZ, B., “Reserva de ley orgánica en materia penal e intervención del legislador en materia de derechos fundamentales”, *op. cit.*, págs. 91-111; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs. 102-151; FERRERES COMELLA, V. y MIERES MIERES, L.J., “Algunas consideraciones acerca del principio de legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 55, 1999, págs. 287-321; VIDALES RODRÍGUEZ, C., *La eficacia retroactiva de los cambios jurisprudenciales*, *op. cit., passim*.

⁹⁹⁹ SSTC 36/1991, F.J.° 5 y 49/1999, F.J.° 4.

artículo 117.1 de la CE, especialmente, cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están “sometidos únicamente al imperio de la ley”¹⁰⁰⁰.

La exigencia de ley en materia penal es, por tanto, no sólo una exigencia formal sino material, es decir, que reclama una cierta calidad en la norma penal por cuanto están en juego, nada menos, que los derechos fundamentales de los ciudadanos. Por eso, tanto la formulación de los tipos como la posterior interpretación y aplicación de los mismos debe proporcionar seguridad jurídica al ciudadano y que éste no sea sorpresiva o desmesuradamente castigado por una errónea interpretación de la ley penal¹⁰⁰¹. En relación con la proyección que el principio tiene sobre la función jurisdiccional cabe recordar que el Tribunal Constitucional atribuye a la reserva de ley una doble función:

“de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada por sus representantes; y, de otra, en un Ordenamiento jurídico como el nuestro en el que los Jueces y Magistrados se hallan sometidos “únicamente al imperio de la Ley” y no existe, en puridad, la vinculación al precedente (SSTC 8/1981, 34/1995, 47/1995 y 96/1996) constituye, en definitiva, el único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y las libertades públicas. Por eso, en lo que a nuestro Ordenamiento se refiere, hemos caracterizado la seguridad jurídica como una suma de legalidad y certeza del Derecho” (STC 49/1999, F.J.º 4)¹⁰⁰².

Se ha producido, ciertamente, una llamada al reforzamiento de la vigencia del principio de legalidad en la jurisdicción penal ordinaria por parte del Tribunal

¹⁰⁰⁰ STC 150/1989, F.J.º 6.

¹⁰⁰¹ Vid. VIVES ANTÓN, T. S., “Principios penales y dogmática penal”, *op. cit.*, *passim*.

Constitucional al exigir que los propios jueces y tribunales a quienes corresponde la aplicación de la ley, lo hagan de manera constitucionalmente conforme. Esta conformidad hace preciso que se atienda al tenor literal de los preceptos y a las pautas valorativas insoslayables desde la perspectiva constitucional, y el Tribunal emplea para la medición de tal legalidad un canon consistente en apreciar si la aplicación de la ley resulta extravagante o imprevisible, declarando, en tales supuestos la vulneración del art. 25.1 CE. El primer pronunciamiento al respecto se produce en la STC 111/1993 pero, posteriormente, aparece de forma constante en las SSTC 34/1996, FJº 5, 137/1997, FJº 6 151/1997, FJº 4 y 232/1997, FJº 2 y 127/2001, FJ 6º¹⁰⁰³.

En la dogmática y, sobre todo jurisprudencia constitucional, de los derechos fundamentales ha aparecido en los últimos tiempos un concepto asociado a la idea de límite que restringe la discrecionalidad del legislador conocido como *efecto desaliento*. Se ha utilizado esta doctrina en el Tribunal Constitucional para referirse a otros derechos fundamentales distintos de la libertad de expresión, por ejemplo en relación con la fijación de fianza para ejercer la acción popular, que puede desalentar el derecho de acción si es excesiva o desproporcionada¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰² Vid. comentario a esta sentencia a cargo de ETXEBERRIA GURIDI, J. F., “La previsión legal y las diligencias de investigación restrictivas de derechos fundamentales(A propósito de la STC 49/1999 de 5 de abril)”, *La Ley*, núm. 4919, 1999.

¹⁰⁰³ En esta última se afirma, no obstante, que “una cosa es la garantía de los derechos fundamentales tal como le está encomendada [al Tribunal], y otra, necesariamente muy distinta la de la máxima irradiación de los contenidos constitucionales en todos y cada uno de los supuestos de interpretación de la legalidad; esto último puede no ocurrir sin que ello implique siempre la vulneración de un derecho fundamental”.

¹⁰⁰⁴ Las primeras referencias a esta doctrina se contienen, no obstante, en votos particulares del magistrado Sr. Vives Antón, como sucede con el párrafo que se transcribe a continuación del voto particular a la STC 78/1995: “Dejando aparte el tema, nada sencillo ni pacífico, de si ese nuevo enjuiciamiento podría constituir por sí mismo una vulneración del art. 24.2 C.E., debo señalar que, como ya he expresado en el voto discrepante formulado a la Sentencia dictada en el recurso de amparo núm. 3.696/1993, la libertad de expresión y, en concreto la libertad de crítica a la actuación de los personajes públicos, necesita un amplio espacio para desarrollarse y, aunque en casos como el presente no resulte directamente menoscabada, el recurso a la vía penal puede afectarla indirectamente desalentando su ejercicio más allá de lo que resulta tolerable en un régimen de libertad de expresión cual el que la Constitución española consagra. Si bien la libertad de expresión no comporta ningún derecho al insulto, creo que las expresiones insultantes vertidas en el presente caso ni son lo

Sin embargo, esta es una construcción que tiene su fuente originaria en la concepción de la libertad de expresión en la jurisprudencia de la Corte Suprema Norteamericana¹⁰⁰⁵. Según esta doctrina —que es extensible a toda limitación de libertades— la libertad de expresión necesita un amplio espacio para desenvolverse (“breathing space”), lo cual proyecta exigencias en diversos campos: la adecuación de la sanción penal para la tutela de bienes jurídicos, la precisión de los límites en su definición y la proporcionalidad estricta de las sanciones. Lo que interesa ahora destacar es su incidencia respecto a la definición de los tipos penales. El TSFA ha declarado que cuando las conductas prohibidas se fijan de forma imprecisa (“vague”) y los límites a la libre actuación o ejercicio de un derecho no son rigurosamente claros y taxativos, la libertad de expresión no puede desarrollarse debidamente y su ejercicio se ve desalentado al carecer el ciudadano de la certeza necesaria acerca de qué supuestos de ejercicio están claramente protegidos y cuáles, por el contrario, constituyen pretensiones ajenas al derecho, merecedoras de restricción¹⁰⁰⁶.

suficientemente fuertes ni se hallan lo bastante separadas de la crítica que en el artículo enjuiciado se efectúa como para que el recurso al derecho penal criminal no resulte exorbitante y no comporte un peligro manifiesto de confusión y desánimo en quienes ejercen la crítica pública. La amplitud del espacio a que antes me refería ha de ser, pues, mayor cuando, ante el posible exceso, entre en juego la reacción punitiva.

La mera posibilidad de que aquí se castigue penalmente el exceso, me parece contraria al contenido constitucionalmente garantizado de la libertad de expresión. Por ello, mi decisión hubiera sido la de otorgar parcialmente el amparo reconociendo que el derecho al honor ha sido injustificadamente vulnerado sin anular las decisiones absolutorias en la vía penal. Con ello se habría producido ya una reparación al recurrente y, en cualquier caso, la vía civil para obtener una compensación económica hubiera quedado, en principio, abierta.” La no anulación de las sentencias absolutorias ha acabado por imponerse ulteriormente como doctrina, como por ejemplo, SSTC 41/1997 y 21/2000.

¹⁰⁰⁵ Este efecto desaliento es “importado” a Europa desde la jurisprudencia del TSFA donde se conoce como “chilling effect”; una de las formas frecuentes de provocación de tal efecto deriva de la fijación de límites imprecisos al ejercicio de los derechos de forma que extienden materialmente la prohibición más allá de su campo legítimo. La denuncia de tal supuesto, particularmente frecuente en el caso de las sanciones penales a la libertad de expresión se conoce como la doctrina o principio “overbreadth”. Entre otras, *Thornhill vs. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940). Sobre el significado y alcance del principio, *vid.*, NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, *op. cit.*, págs. 4-147 a 4-162.

¹⁰⁰⁶ En la Sentencia *Connally vs. General Const. Co.*, 269 U.S. 385 (1926) se advertía que “una norma que prohíbe o exige que se haga algo en términos tan imprecisos que las personas con una inteligencia normal tengan que averiguar su significado y difieran respecto a su aplicabilidad viola lo primero y más esencial del principio de legalidad (“due process of law”)”.

Pues bien, esta necesidad de certeza es especialmente evidente cuando nos enfrentamos a la reacción penal por excesos eventualmente cometidos con ocasión del ejercicio del derecho a informar y opinar. Recurriendo una vez más a la STC 136/1999, el Tribunal afirma que la difusión de ideas e informaciones a las que concretamente se refiere esa sentencia no constituyen ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y que, por tanto, no estando tuteladas por esos derechos constitucionales, pueden ser objeto de sanción penal. Pero, a renglón seguido, también advierte que:

“ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada.”

Y concluye:

“es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y, en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos. En suma, aun admitiendo la legitimidad del recurso a la vía penal, la pena no puede proyectarse con la dureza que el tipo previene sobre la universalidad de los componentes del órgano dirigente de una asociación política que, si bien extralimitándose, han actuado en un ámbito en el que las formaciones políticas deben operar con la mayor libertad sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para preservar la libertad de los ciudadanos.” (FJº 29).

En la doctrina penal española se sostiene de forma equivalente la vigencia como un principio rector de la legislación penal el llamado principio de taxatividad (*lex stricta*), que forma parte del contenido materiales del principio de legalidad¹⁰⁰⁷. Cuando se define una conducta como infracción penal debe hacerse en términos tales que se de cumplimiento a las exigencias de seguridad jurídica, por ello los tipos penales deben ser determinados, ciertos y describir inequívocamente la conducta que constituye el injusto¹⁰⁰⁸.

Entre las infracciones más flagrantes a la seguridad jurídica por falta de taxatividad la doctrina denuncia el empleo de cláusulas valorativas de contenido difuso, abierto, discrecional o indeterminado que deja en manos de los jueces la regulación efectiva de la materia¹⁰⁰⁹. Sin embargo, también se ha advertido de que el cumplimiento de este principio plantea uno de los problemas más arduos del manejo correcto de la técnica legislativa¹⁰¹⁰, pues tan pronto se cae en excesos (casuismo) como en defectos (vaguedad). También el TEDH ha afirmado al respecto que

¹⁰⁰⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., apunta sobre todo a la contemplación del principio de legalidad en derecho penal como exigencia orientada a dotar de efectividad a la pretensión político criminal de prevención general del delito (*lex previa*). GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Seguridad jurídica y legalidad penal”, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001, pág. 303, (publicado anteriormente en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 17, 1995).

¹⁰⁰⁸ MUÑOZ CONDE denuncia en las recientes reformas legislativas en materia penal, incluido el Código de 1995, una “cierta tendencia a la desformalización, es decir, un debilitamiento del principio de legalidad, que puede suponer una merma cuando no eliminación de las barreras infranqueables que, según advertía ya VON LISZT a principios de este siglo, el Derecho Penal debía oponer a una política criminal demasiado pragmática y demasiado inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que más preocupa”. MUÑOZ CONDE, F., “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 474.

¹⁰⁰⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 65-66.

¹⁰¹⁰ MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 2ª ed., *op. cit.*, págs. 106-107.

“Muchas leyes, por la necesidad de evitar una excesiva rigidez o de adaptarse a los cambios de la situación, no tienen más remedio que emplear términos más o menos vagos”¹⁰¹¹

En esta línea, cabe hacer una especial referencia a la conexión entre mandato de determinación, cláusulas valorativas y tipos de peligro. Los tipos de peligro plantean por lo general numerosas reservas a la doctrina por cuanto que el legislador elude con gran facilidad su obligado compromiso con el principio *nullum crimen sine lege*. Sin embargo, las dificultades que se derivan del recurso a los mismos pueden y deben ser solventadas por el legislador penal. En principio, es insoslayable reducir el campo de conductas incriminadas a las que verdaderamente merezcan sanción penal atendiendo a su gravedad y ello implica, en el campo de los tipos de peligro el empleo de términos pendientes de valoración judicial: “creación de un riesgo grave”, “daño inminente”, “que pueda ocasionar un perjuicio relevante”, etc. Sin embargo, ello no implica por sí solo una vulneración del principio de taxatividad, certeza o determinación¹⁰¹² y, desde luego, plantea menos objeciones que en los tipos imprudentes de resultado en los que no se concreta normativamente la clase de comportamiento prohibido, sino que éste se fija exclusivamente por los jueces.

Además del mandato de taxatividad, la seguridad jurídica impone otras obligaciones, o más bien prohibiciones (de retroactividad de normas que fundamentan o agravan la pena, de deslegalización, de analogía y de recurso a la costumbre) pero no es necesario en este el momento entrar en su consideración.

¹⁰¹¹ STEDH caso Müller y otros c. Suiza, de 24 mayo 1988, § 38 (BJC n° 102, págs. 1499-1522).

¹⁰¹² Así lo afirmó precisamente el TEDH al valorar la dicción de los arts. 161 y 162 del CP español derogado en el caso Castells en su sentencia de 23 abril 1992, § 35-37.

IV. El principio de proporcionalidad o de prohibición de exceso: Adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto

1. Adecuación al fin de tutela de un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección

Comenzaré por valorar a continuación el primer aspecto vinculado al canon de proporcionalidad o razonabilidad de la pretensión de tutela penal de la imparcialidad externa como garantía del juicio justo. Se trata de la adecuación de la sanción penal respecto al fin perseguido, esto es, de la constatación de que la norma penal sea un mecanismo apto y se dirija efectivamente a la finalidad de tutela de un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección penal, cual es la imparcialidad judicial.

La adecuación es una exigencia del principio de proporcionalidad que pone en relación el medio empleado con el fin perseguido, de manera que antes de proyectarla sobre una particular propuesta incriminadora deben hallarse bien definidos los dos elementos que constituyen esta relación: el medio y el fin. El fin, como tantas veces se ha repetido, se halla constituido por la tutela del bien jurídico de la imparcialidad y el medio empleado es la pena, es decir, la sanción prevista en caso de que se cometa la infracción, y que consiste en la privación de un derecho impuesta a su autor. El legislador prevé su imposición como respuesta al injusto concebido materialmente, en este caso, como lesión del bien jurídico constituido por la imparcialidad externa¹⁰¹³. Ahora bien, tal incriminación penal de conductas que

¹⁰¹³ Excede del objeto de esta exposición el abordar de una forma detallada la justificación de la opción por una antijuridicidad concebida materialmente como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos, en lugar de concebirla formalmente, es decir, como infracción de un deber. Lo mismo cabe decir de la relegación del incuestionable aspecto imperativo o motivacional de la norma penal al plano de la culpabilidad o de la asignación a las penas de la función de tutela jurídica. Todas estas cuestiones se responden desde una u otra concepción del Derecho penal y del sentido atribuido a sus proposiciones normativas (norma objetiva de valoración vs. norma subjetiva de determinación). Incluso hoy se sostiene que la disyuntiva carece de trascendencia o utilidad si en lugar de adoptar una perspectiva sustantiva de la norma como entidad lógica se la identifica, sencillamente, como una directiva de conducta con pretensión de validez frente a unas concretas acciones. Esa pretensión de validez remite a una justificación argumental que, por su pertenencia al mundo del Derecho, discurre en términos de razón práctica, de rectitud o justicia. Vista así, la norma no es ni un imperativo ni un juicio de valor ni ambas cosas, sino un significado conforme al que enjuicamos las conductas. COBO

atenten contra ese contenido de la imparcialidad puede sancionarse con una pena en tanto que ésta resulte no sólo justa, sino útil para lograr los fines de tutela pretendidos, de manera que se vulnera la exigencia de adecuación cuando el medio escogido es inequívocamente ineficaz, inapropiado o no se conforma a dicho fin de tutela.

Con ello se verifica, exclusivamente, la legitimidad del recurso genérico a la pena como medio de tutela, esto es, como decisión de recurrir al Derecho penal para cumplir este objetivo, pero no la manera en que se justifica el recurso a la misma en supuestos concretos. Resulta extraordinariamente difícil determinar qué grado de aptitud y eficacia debe cumplir la pena como mecanismo de tutela para satisfacer las exigencias de proporcionalidad. Esa dificultad late, como es obvio, en el control que sobre tal extremo lleva a cabo el Tribunal Constitucional sobre las leyes penales y su aplicación concreta, lo que ha conducido a una prudente “self-restraint”.

No obstante, cabe al menos afirmar que si la pena se impone como medio de tutela jurídica es imprescindible que cumpla unos fines de prevención, pues descartado el fundamento retributivo de su imposición —al resultar contrario a las más elementales exigencias de la dignidad—, su justificación se apoya en argumentos de utilidad. Se pretende, por tanto, que el delito no vuelva a producirse en el futuro y, para ello, la pena debe cumplir unas finalidades preventivo generales y preventivo especiales dentro del marco delimitado por la idea de justicia propia de un Estado de Derecho¹⁰¹⁴. La prevención general y la prevención especial constituyen, pues, los fines de la pena y su ausencia determina la inadecuación del recurso a la misma como medida de tutela¹⁰¹⁵. Con ello se está indicando, entre otras cosas que el

DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, págs. 269-274 y 321-322; VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, págs. 480-488.

¹⁰¹⁴ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, págs. 822-823. En un sentido similar, ÁLVAREZ GARCÍA, J., “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, *op. cit.*, págs. 18 y ss.

¹⁰¹⁵ Sobre los aspectos preventivo generales y especiales de la pena *vid.*, ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. “Consideraciones sobre la función de la pena en el ordenamiento constitucional español”, *op. cit.*, págs. 3-32; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena” *op. cit.*,

recurso a la pena con fines exclusivamente retributivos no resulta conforme a la finalidad pretendida y, por tanto, la pena así concebida, choca frontalmente con la Constitución. Ello no impide otorgar relevancia alguna a la intimidación, desde el momento en que es posible admitir que junto con el de la educación (prevención positiva o integradora), constituye uno de los mecanismos fundamentales de la prevención general (como prevención negativa)¹⁰¹⁶.

Se podrá objetar que existe un gran dificultad en constatar si la incriminación de una conducta cumple o vulnera esa exigencia de utilidad¹⁰¹⁷. Así lo reconoce expresamente el propio Tribunal Constitucional cuando afirma:

“(…) la relación final que guarde la magnitud de los beneficios obtenidos por la norma penal y la magnitud de la pena es el fruto de un complejo análisis político-criminal y técnico que sólo al legislador corresponde y que, por ende, en ningún caso se reduce a una exacta proporción entre el desvalor de la sanción y el desvalor del comportamiento prohibido, según un hipotético baremo preciso y prefijado” (STC 161/1997, FJº 12).

págs. 37-91; PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, op. cit. *passim*; MIR PUIG, S., “Problemática de la pena y la seguridad ciudadana”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 1, 1981, págs. 183 y ss; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., *Derecho Penal. Introducción*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1995, págs. 82 y ss; MIRA BENAVENT, J., “Función del Derecho penal y forma de Estado”, *Estudios jurídicos (en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz)*, Vol. II., Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997, págs. 393-417.

¹⁰¹⁶ Desde el funcionalismo sistémico se ha relegado progresivamente el papel intimidatorio de la pena en favor de una exclusiva fundamentación y limitación de la pena desde la idea de prevención positiva. Sin embargo, en la doctrina penal española mayoritariamente se ha atribuido a la prevención general positiva un papel menos protagonista: no como fundamento aunque sí, desde luego, como límite a la imposición de la pena, ya que la proporcionalidad es una exigencia inherente a la idea de prevención. En este sentido, *vid.* MIR PUIG, S., “Función fundamentadora y función limitadora de la prevención general positiva”, *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, 1986, págs. 49 y ss.; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, *Estudios penales*, Colex, Madrid, 2001. (Publicado anteriormente en *Estudios de Deusto*, vol. XXXVIII, 2, Bilbao, 1990. También publicado en *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1990), págs. 315-316.

¹⁰¹⁷ En el mismo sentido, CUERDA ARNAU, Mª L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal”, op. cit., 469-470.

No hay estudios criminológicos para medir empíricamente *ex ante* la utilidad de una decisión legislativa como es determinar el *quantum* de una pena. Sin embargo, no hay que descartar la posibilidad de que el legislador pueda disponer de un pronóstico de inidoneidad manifiesta en ciertos casos, bien porque se cuente con precedentes históricos en tal sentido, o incluso por comparación con otras experiencias que ofrezcan al respecto los ordenamientos más próximos. La afirmación cabe aplicarla tanto a la adecuación de la decisión legislativa de someter una conducta a sanción penal, como al alcance concreto que a ésta se de (en su naturaleza y extensión: si la mínima pena es excesiva, la incriminación penal es inadecuada, es desproporcionada)¹⁰¹⁸. No obstante, y sobre este último aspecto, trataré la cuestión en el apartado correspondiente a la proporcionalidad estricta de la pena.

El primer elemento que debe tomarse en consideración a la hora de medir la aptitud del recurso a la incriminación de una conducta atentatoria a la imparcialidad es si limita no sólo la libertad general de actuación, sino también el ejercicio de concretos derechos o libertades. Cuando las conductas potencialmente lesivas para la imparcialidad traigan causa en el ejercicio de las libertades de expresión e información, sólo podrán prohibirse y sancionarse en tanto no formen parte del contenido esencial de los derechos del art. 20.1 a) y d) CE. A ello nos conduce necesariamente una interpretación sistemática entre lo dispuesto en el art. 20.4 CE acerca de los límites a las libertades de expresión e información y lo dispuesto en el art. 53.1 CE sobre garantía de los derechos fundamentales frente al legislador. Por tanto, sólo se admiten restricciones o límites —en nuestro caso penales— al ejercicio de las libertades de expresión e información en la medida en que sean necesarios para la tutela del derecho del acusado a un proceso debido y, en particular, de la exigencia de imparcialidad, y siempre que no se vulnere el contenido esencial de

¹⁰¹⁸ También LASCURAÍN se muestra prudente y algo escéptico acerca de las posibilidades de medir la eficiencia hipotética de un norma futura, y definitivamente incrédulo a hacerlo por comparación (¿con qué criterios?) a la regulación vigente. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, pág. 168.

dichas libertades. Sobre la relevancia de las libertades de expresión e información como límite a la actuación del legislador, en general, ya he analizado en el Capítulo Tercero la doctrina que el Tribunal Constitucional ha sentado al respecto. Veamos ahora las particularidades que añade la naturaleza penal del eventual límite legal a las mismas a la luz de nuestra doctrina y jurisprudencia, así como de la jurisprudencia del TEDH.

En la terminología empleada por el TEDH cuando analiza el juicio de necesidad de cualquier “injerencia” sobre la libertad de expresión, se alude a la exigencia de que las razones aducidas por el Estado para efectuarla sean *relevantes y suficientes*¹⁰¹⁹ y, para ello, el Tribunal efectúa tanto una valoración de los hechos relevantes como de la posibilidad de que el Estado hubiera podido emplear otros recursos distintos menos gravosos —especialmente si se trata de una sanción penal—¹⁰²⁰. Este análisis da por sentado que se han cumplido las demás condiciones referentes a la existencia de una necesidad social apremiante de actuar así y la de proporcionalidad de la interferencia con respecto al legítimo fin perseguido —en este caso, la tutela de uno de los intereses que operan como límites a la libertad de expresión expresamente mencionados en el art. 10.2 CE como es la autoridad e imparcialidad del Poder judicial—¹⁰²¹. El Tribunal parte, no obstante, del reconocimiento de que los Estados tienen reconocido un *margen de apreciación* (por cierto, no siempre el mismo, sino diferente para cada derecho) sobre si es necesario y proporcionado llevar a cabo la injerencia, de manera que su función no consiste en supervisar si la injerencia es proporcionada, sino si los criterios aducidos por el Estado para justificar la necesidad de tal limitación como proporcionada y necesaria

¹⁰¹⁹ Entre otras sentencias, caso *Lehideux e Isorni c. Francia* de 23 septiembre 1998, § 51.

¹⁰²⁰ Caso *Zana c. Turquía* de 25 noviembre 1997, § 44.

¹⁰²¹ En el caso de la libertad de expresión, las limitaciones que procedan de la necesidad de tutelar un interés legítimo debe respetar, en todo caso, “el pluralismo, la tolerancia y amplitud de miras sin las que no hay democracia” (STEDH caso *Dudgeon c. Reino Unido*, 22 oct. 1981, §53).

no sobrepasan su margen de apreciación¹⁰²². Cuanto más margen se reconozca al Estado, menor posibilidad de que el Tribunal declare vulnerado el derecho. Respecto de la libertad de expresión el Tribunal se remite, concretamente, al análisis de las circunstancias que concurren en un caso específico para otorgar mayor relevancia a los límites que a la propia libertad de expresión —lo que el TC ha calificado tradicionalmente como el control de la debida “ponderación” judicial de los intereses concurrentes¹⁰²³—. A tal fin el Tribunal Europeo emplea distintos criterios¹⁰²⁴ según cuál sea el interés tutelado con la medida: los derechos individuales (reputación o derechos ajenos y la salvaguarda de las informaciones confidenciales), la autoridad e imparcialidad del poder judicial o el interés general (seguridad nacional, integridad territorial, seguridad y orden públicos, prevención de la delincuencia, la salud pública y la moral). En lo que se refiere a la tutela de la autoridad e imparcialidad de los tribunales el TEDH admite un mayor abanico de razones justificantes —mayor margen de apreciación— para limitar y hasta sancionar el ejercicio de la libertad de expresión, pues se trata de un interés público que admite pocos mecanismos de

¹⁰²² Para FASSBENDER este control es muy insatisfactorio porque invierte el esquema “regla-excepción” del Convenio: para el TEDH lo decisivo no es que el Estado justifique la necesidad de invadir excepcionalmente un derecho, sino que considera legítima la invasión siempre que el Estado “acted reasonably and in good faith” conforme a sus razones, a menos que la actuación limitada tenga, a juicio del Tribunal, un valor fundamental para la existencia de una sociedad democrática. FASSBENDER, B., “El principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del TEDH”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, pág. 61.

¹⁰²³ Aunque progresivamente se aparta de esa terminología para reconocer directa y abiertamente que “cuando en un recurso de amparo se alega vulneración de las libertades de expresión, de información o de ideología y participación en la actividad pública, la tarea encomendada al Tribunal Constitucional no tiene por objeto el enjuiciamiento de la ponderación o de las valoraciones efectuadas por las resoluciones judiciales sometidas a nuestro control, sino el examen directo e inmediato de los hechos enjuiciados por dichas resoluciones (por todas, STC 200/1998, fundamento jurídico 4º, y las SSTC allí citadas).” STC 136/1999, FJº 13.

¹⁰²⁴ Similares a los que emplea el TC español: diferenciación entre enunciados de hecho y juicios de valor, personalidad pública o privada de los sujetos objeto de la información o crítica, relevancia e interés público de la materia, veracidad de la información, medio de comunicación por el que se transmite la información o se vierte la crítica, forma y demás circunstancias de actuación.

Sin embargo, como dice la STEDH en el caso Perna c. Italia de 25 de julio de 2001, § 46: “El ejercicio de la libertad de expresión es un asunto complejo y delicado y la sanción impuesta a un periodista sólo se justifica en la medida en que castigue aquellas partes de sus escritos en los que ha sobrepasado los límites antes referidos. El Tribunal reitera en ese sentido que las excepciones a la

defensa efectivos¹⁰²⁵; al mismo tiempo, ocurre que las conductas atentatorias a dicho interés suelen carecer de cobertura justificante (por considerarse mayoritariamente supuestos de extralimitación en el ejercicio de la libertad: interferencias en el curso de los procesos penales, violación de secretos judiciales, críticas injuriosas o difamatorias contra los jueces).

En la jurisprudencia constitucional española —y también ocurre en otras— suele concederse el más estricto margen de justificación a las limitaciones que se imponen a los medios de comunicación por cuanto que su actividad tiene usualmente por objeto el ejercicio de las libertades de expresión e información sobre asuntos de interés público relevante¹⁰²⁶. Entre esas materias debe incluirse, por supuesto, el funcionamiento de la actuación de los jueces y magistrados al administrar justicia. Sobre ellas, la prensa tiene el derecho a comunicar información y a opinar libremente de forma adecuada con los deberes y responsabilidades que le competen. Sin embargo, los Tribunales son los garantes de la justicia y cumplen un cometido fundamental en el Estado de Derecho por lo que se hacen acreedores de la confianza del público y merecen, en consecuencia, ser protegidos frente a las críticas injuriosas y las acusaciones infundadas, especialmente porque están sometidos a un deber de discreción y alejamiento del debate público y la polémica que les impide responder adecuadamente frente a tales actuaciones¹⁰²⁷.

libertad de expresión deben ser interpretadas restrictivamente (véase la sentencia del caso Oberschlick c. Austria (...) § 29, y, más recientemente, Lopes Gomes da Silva c. Portugal (...) § 30 (ii))”.

¹⁰²⁵ La Comisión Europea en el caso BBC Scotland c. Reino Unido (1998) consideró que no violaba el art. 10 del CEDH la decisión de un Tribunal de prohibir la emisión de un reportaje que podía ocasionar perjuicios para el resultado de un procedimiento penal pendiente.

¹⁰²⁶ Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, Tecnos, Madrid 1987, págs. 98 y ss. y MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, op. cit., págs. 152-160 y 187-196.

¹⁰²⁷ Vid. STEDH Prager and Oberschlick c. Austria de 26 abril 1995, § 34. Asimismo, dice la STC 162/1999, FJº 9: “Mas la protección pública de la acción de los Tribunales y de su autoridad no es una misión para la que los Jueces y Magistrados que los integran sean los más idóneos, pues el contenido del derecho a la presunción de inocencia y la salvaguarda de su propia imparcialidad les impone un específico deber de reserva que tanto les impide utilizar como argumento el propio objeto del enjuiciamiento para reaccionar frente a los ataques verbales, como anticipar cualquier veredicto sobre la culpabilidad del acusado o sobrepasar el límite que les haga aparecer, a los ojos del acusado o de los ciudadanos en general, incursos en un enfrentamiento personal con aquél, distinto y superior al

Precisamente al hilo de lo anterior se puede afirmar que respecto a determinada clase de conductas atentatorias a la imparcialidad del juez, la “dejación de funciones” en que incurre el legislador al no favorecer su tutela pública resulta inconveniente. Por ejemplo, en el caso de las campañas de prensa suelen incluirse conductas que atentan inmediatamente contra el honor de los jueces y magistrados aunque no sea éste el único ni el principal interés afectado. Pues bien, actualmente en nuestro ordenamiento hay que esperar a que el titular afectado sea quien ejercite la acción penal o civil particular en defensa de su honor o intimidad, de manera que no se presta directamente la debida tutela a la dignidad de la función, exigible como presupuesto para la legitimación y confianza en el ejercicio de la misma. Por otra parte, mientras el juez o magistrado se encuentren en el ejercicio de la potestad jurisdiccional es inconveniente la presentación de acciones de ese tipo por cuanto que eso significa, precisamente, contrariar el deber que le corresponde de mantenerse alejado de debates y polémicas públicas¹⁰²⁸. La tutela penal del honor, como he expuesto, resulta una vía extraordinariamente complicada y poco adecuada y la demanda de tutela civil no presta atención a la lesión inherente a la dignidad de la función. Por el contrario, parece no sólo legítimo, sino apto y conforme a los fines de la pena, dispensar tutela pública a las instituciones del Estado y a sus titulares en

que estructuralmente se establece entre quienes han de decidir sobre el fundamento de una acusación penal, y quien es objeto de la misma. Por tanto, la constatación de que las manifestaciones que sirven de fundamento a la queja no eran sino réplica de otras precedentes del acusado no es justificación suficiente de su contenido desde la perspectiva de la debida imparcialidad.”

¹⁰²⁸ Precisamente ese es uno de los argumentos que puede esgrimirse contra la desaparición de la figura del desacato como modalidad de delito público —u otra alternativa menos conflictiva dadas sus peyorativas reminiscencias históricas— que respondiera adecuadamente frente a ataques que trascienden a la lesión del honor personal y afectan, en ocasiones, inseparablemente también a la dignidad de la función cuya tutela no debería dejarse en manos del titular de la función al que, en concreto, se destina el mensaje. Ello no impide, antes al contrario, rechazar la interpretación y aplicación que históricamente se ha efectuado de los tipos penales que dispensan tutela a las instituciones y sus representantes. En el caso de la crítica política el Tribunal constitucional y el TEDH afirman sistemáticamente que la libertad de expresión encuentra su más amplio campo de ejercicio, llegando incluso a amparar las críticas acerbas, hostiles y formalmente más duras que las admisibles como legítimas cuando se dirigen a un particular. En cambio, respecto de los jueces, no se suele ofrecer esa misma apreciación y no por un reprochable corporativismo, sino porque son funcionarios y autoridades con una condición pública especial a los que no conviene tener expuestos como ocurre, por ejemplo, con los políticos. *Vid.*, al respecto, STEDH caso Prager y Oberschlick c. Austria de 26 abril 1995, § 34.

el ejercicio de sus funciones democráticas para garantizar que éstas puedan desarrollarse debidamente, lo que en el caso de la función jurisdiccional —potestad pública— es condición indispensable para la tutela de los derechos fundamentales de los ciudadanos y la defensa del Derecho.

Algunas de las conductas que fueron identificadas como lesivas de la imparcialidad y demás garantías del juicio justo se producían, como ya vimos, al amparo del contenido esencial de los derechos de expresión y, por tanto, las excluiré de partida entre los supuestos susceptibles de prohibición penal. Así ocurre con los posibles atentados que se derivan de la publicación de informaciones veraces cuya procedencia no sea ilícita sobre hechos relacionados con investigaciones judiciales o con la manifestación de opiniones razonadas sobre los hechos objetos del juicio o los sujetos que en ellos han participado. Cualquier pretensión de tutela de la imparcialidad y las garantías del procesado que se propusiera la penalización de tales conductas en protección del proceso resultaría patentemente inadecuada y, por tanto, injustificada. Como, desde luego, lo sería la imposición de una prohibición general de informar u opinar sobre hechos sometidos a juicio o de criticar, aun de modo desabrido, las decisiones de los jueces y tribunales, por leve que fuera la sanción prevista en tales casos.

Al margen de las conductas referidas a los titulares del Poder Judicial, podemos hallar otras que inciden negativamente sobre el derecho a un juicio justo e imparcial a fin de valorar su prohibición penal como medida apta y conforme para llevar a cabo la tutela de ese derecho. La imputación a un sujeto de su presunta participación en un delito lesiona, sin duda a su honor o su intimidad, pero no puede, en principio, sancionarse legítimamente dicha actuación cuando su autor la realiza verazmente —pues su relevancia pública no es discutible— porque nos encontramos ante un supuesto amparado en el ejercicio del derecho a la información. No obstante, la Constitución ha admitido como legítima la restricción incluso de la posibilidad de suministrar informaciones veraces y aparentemente relevantes en determinados casos, como por ejemplo, la identificación por nombre o imagen de los menores, de las víctimas o de los testigos relacionados con un delito, o la difusión de

determinadas informaciones constitutivas de secreto protegido para tutelar debidamente otros derechos e intereses legítimos. Pues bien, ello sólo es asumible si se entiende que el contenido amplio de los derechos, como ya he dicho, no es inmutable ni en el tiempo ni en el espacio y, desde luego, las pretensiones a las que apela se determinan con relación al conjunto de los derechos fundamentales conforme a la idea de proporcionalidad y con diferente amplitud respecto de cada uno de los derechos en concreto. La libertad de acción del legislador para establecer límites legítimos a los derechos de expresión cuando pretende tutelar otros derechos e intereses se ve modulada por distintos factores y, particularmente, en relación con el impreciso derecho a la intimidad, por el límite de la relevancia pública que frente a él opone la libertad de información¹⁰²⁹ y por la naturaleza de la limitación a su ejercicio.

Lo que parece fuera de duda es que una limitación del tiempo, lugar o circunstancias de ejercicio del derecho a la expresión o la información no se somete a las mismas exigencias que una restricción por razón del contenido o mensaje que se pretende comunicar¹⁰³⁰. En la doctrina constitucional norteamericana suele, en efecto,

¹⁰²⁹ En el mismo sentido, se pronuncia la STEDH en el caso Markt Intern Verlag GmbH y Klaus Beerman c. Alemania, de 20 noviembre 1989, § 35 en donde se sostiene que “incluso la publicación de artículos veraces que describan acontecimientos reales puede prohibirse en algunos casos: la obligación de respetar las vidas privadas de los demás o el deber de mantener reservadas algunas informaciones comerciales son ejemplos de lo que se dice”.

¹⁰³⁰ NIMMER, por ejemplo distingue entre restricciones o límites que se imponen por razón del contenido concreto de un mensaje (“anti-speech restrictions”), y las que se imponen sin atender al contenido del mensaje por razón del propio acto comunicativo (“non-speech restrictions”). NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, op. cit., págs. 2-25 y ss. TRIBE distingue, también, dos “tracks” o cánones diferentes de legitimación de las limitaciones a la libertad de expresión según posean éstas o no un impacto comunicativo (TRIBE, L.H., *American Constitutional Law*, op. cit., págs. 789-794). Para EMERSON la idea central es que existen dos tipos de expresiones: las absolutamente protegidas por la Primera Enmienda y las que reciben un menor valor o grado de protección porque no son en sí mismas expresiones sino acciones comunicativas (mensajes comerciales, obscenidad, libelo a particulares, etc.) Cfr. EMERSON, T.I., *Toward a General Theory of the First Amendment*, op. cit., pág. 6). SUNSTEIN por su parte distingue entre regulaciones “content based”, “content-neutral” y “viewpoint-based” y añade como expresiones no constitucionalmente protegidas, aunque tampoco absolutamente vulnerables la incitación al delito, la publicidad de médicos y abogados, la extorsión, etc. de manera que cabría distinguir entre expresiones de alto y bajo valor o de dos niveles (“tiers”) de valoración de las expresiones. Cfr. SUNSTEIN, C.R., *Democracy and the Problem of Free Speech*, op. cit., págs. 121-165.

distinguirse con una u otra terminología entre limitaciones a la expresión por razón del contenido del mensaje y restricciones ajenas al contenido comunicativo. Las restricciones por razón de lugar, tiempo o circunstancias, indiferentes respecto del contenido concreto del mensaje, gozan de una presunción de validez de la que carecen las limitaciones por razón de dicho contenido cuya ilegitimidad —al menos en el sistema norteamericano— se presume salvo prueba en contrario sobre su lesividad sustancial y actual (“clear and present danger” o “material and substantial injury”) para un interés constitucionalmente válido¹⁰³¹. Trasladando este esquema de análisis a nuestro ordenamiento constitucional nos encontramos con que todos los derechos —los de expresión y aquellos que representan un límite a su ejercicio— tienen un espacio de contenido inmune o invulnerable por definición, más allá del cual, las restricciones deben justificarse en razón de la tutela de otro interés legítimo. Esa justificación no se mide —al igual que en el sistema constitucional americano— con los mismos parámetros en todos los supuestos, pues mientras que la tutela de otro derecho fundamental rebaja el rigor de exigencias, la de otros intereses sin esa especial naturaleza se enfrenta en condiciones devaluadas frente a la libertad de expresión. Y, por otra parte, cuando las restricciones sobre esta última sean de naturaleza penal incluso so pretexto de servir a la tutela de otro derecho fundamental, la justificación se vuelve más exigente. En categoría aparte quedan, naturalmente, las restricciones de tiempo, modo o circunstancias de ejercicio que no impliquen, en sí mismas, una restricción de contenidos concretos de expresión o información sino lo que VIVES denomina “reglas de orden”¹⁰³². En algunos casos, llegado el caso, su violación puede constituir una infracción penal lo que no resulta concebible como una limitación directa de la libertad de expresión, ni sometida, pues, a las exigencias

¹⁰³¹ Ello plantea, además, el problema de medir la lesividad de un discurso en términos constitucionalmente aceptables pues, como sostienen SCANLON o NIMMER, no cabe admitir como lesivos y, por tanto, condenables, aquellos discursos cuyo efecto peligroso radica en el impacto emocional o intelectual del mensaje sobre el público, o porque desvele hechos que puedan persuadir a la audiencia a realizar conductas lesivas pero no ilegales o porque resulte potencialmente peligrosa para otros intereses cuando pueden ser contrarrestadas con discursos en contra. *Vid.* SCANLON, T., “A Theory of Freedom of Expression”, *op. cit.*, págs. 207-215; NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, *op. cit.*, págs. 2-30, 40.

propias de ésta (ejemplo: la prohibición de revelar el secreto del sumario y correspondiente punición por su incumplimiento).

Así, la prohibición temporal de que se difunda la imagen de un presunto delincuente para garantizar la eficacia de la investigación, la seguridad, o la intimidad, puede admitirse conforme a un nivel más bajo de exigencias: que no se ordene arbitrariamente. La prohibición temporal de acceso a la sala donde se celebra la vista oral o la prohibición de publicar los nombres de los intervinientes por razones de seguridad también debe estimarse una limitación accidental y no sustancial para el ejercicio de la libertad de información y, en consecuencia, no afecta al contenido del derecho. En cambio, no cabe admitir como adecuada la prohibición generalizada de que la prensa asista a las vistas de los procesos penales, pues tratándose el acceso de una condición de ejercicio inherente a su derecho a informar sobre acontecimientos de interés público sobre los que el público tiene, además, derecho a conocer, la prohibición sería injustificable. También puede prohibirse la publicación de informaciones veraces obtenidas ilegalmente (mediante revelación indebida de la policía o de otras instancias oficiales) acerca de los hechos objeto de una investigación policial o judicial, si se demuestra que la misma ocasiona un peligro sustancial para la acción de la justicia y los derechos del acusado o la víctima, así como la inexistencia de otros mecanismos eficaces y menos lesivos de evitación de esos efectos.

Debe hacerse constar que las dos principales instancias judiciales de control de las actuaciones de los poderes públicos sobre los derechos fundamentales (TC y TEDH) han sostenido la ilegitimidad del recurso a la sanción penal incluso en supuestos en los que la misma no se proyectaba sobre conductas amparadas en el ejercicio legítimo de los referidos derechos de expresión y afirmación. Y es que, el recurso a la sanción penal tiene efectos más allá del propio supuesto de hecho al que va dirigido y de la concreta pena que se prevea; si se ha llegado a hablar del *efecto*

¹⁰³² VIVES ANTÓN, T.S., "Sentido y límites de la libertad de expresión", *op. cit.*, pág. 370.



irradiante de los derechos fundamentales, bien podría oponerse, en este punto, un *efecto expansivo intimidatorio o restrictivo* que opera la legislación penal sobre las libertades, en general. A ello contribuye, sin duda, la naturaleza y gravedad de la sanción, pues no merece la misma valoración la restricción operada por una pena de multa o una de prisión¹⁰³³.

Cuando nos enfrentamos a la posibilidad de sancionar conductas relacionadas con el ejercicio de las libertades de expresión e información se produce un estrechamiento aun mayor que en otros casos del campo de adecuación de la pena. En primer lugar, y como ya ha sido apuntado, porque la proximidad entre conductas que cabe entender comprendidas en el contenido de esos derechos y conductas ajenas pero, no obstante, próximas, es demasiado difuso y traducir esas fronteras difusas en límites penales ofrece desconfianza. En segundo lugar porque amenazar con una sanción penal no posee las mismas connotaciones que hacerlo utilizando otros recursos o instrumentos jurídicos, ni siquiera en aquellos supuestos en que la pena es cuantitativamente equivalente a otra sanción de naturaleza no penal (por ejemplo, una multa) y ello se haga en nombre de la tutela de un interés, sin duda, legítimo como la imparcialidad; la intervención penal en un terreno difuso provoca no sólo desconfianza sino rechazo, por desproporcionada¹⁰³⁴. El efecto irradiante de los derechos fundamentales impide que la ley penal pueda intervenir sobre los mismos con la misma discrecionalidad admisible en otras actuaciones legislativas. La libertad de expresión precisa un amplio campo de juego y las medidas limitativas o restrictivas que a ésta se impongan no han de ser tales que desalienten su ejercicio. Es lo que se conoce en la doctrina constitucional como “chilling effect”, que,

¹⁰³³ No obstante, el TEDH ha afirmado, entiendo que con poca precisión en un supuesto concreto que “la escasa entidad de la pena de multa impuesta era irrelevante desde el punto de vista de la proporcionalidad de la injerencia sobre la libertad de expresión, porque lo que contó es que el periodista fue condenado” (por cierto, en un supuesto de extralimitación en el ejercicio de la libertad de expresión). STEDH caso Jersild c. Dinamarca de 23 septiembre 1994, § 35.

¹⁰³⁴ A estos aspectos aluden los mencionados tests de “vagueness” o de “overbreadth” con que el TSFA concreta las exigencias de la proporcionalidad de la limitación sobre un derecho fundamental. Sobre la aplicación de este canon a las limitaciones de la libertad de expresión en los

proyectada sobre la intervención penal, mide la adecuación de la sanción —un aspecto integrante del juicio amplio de proporcionalidad— con distinto estándar según afecte a supuestos de ejercicio de la libertad de opinar o informar o a excesos en la misma, dejando un escaso margen para la intervención legal, especialmente, en los primeros.

Podemos hallar referencias jurisprudenciales de nuestro Tribunal Constitucional sobre los distintos límites legales en relación con la libertad de información —y, en particular, sobre la falta de adecuación de los límites penales en los supuestos limítrofes— en las sentencias 85/1992, FJ 5º y, en otro contexto, la 106/1996, FJ 7º, en las que, por otra parte, se mantiene que el primer y más importante límite constitucional esencial (por tanto, conforme al 53.1 CE) que impone el art. 20.1,d) CE a la actividad legislativa y judicial es el de “la disuasión de la legítima —diligente— transmisión de información”. Específicamente referida a la relación entre los límites a los derechos fundamentales y el efecto de desaliento dice la STC 110/2000 de 5 de mayo, FJ 5º¹⁰³⁵:

“Al margen de las prohibiciones anteriores tampoco puede el Juez, al aplicar la norma penal (como no puede el legislador al definirla), reaccionar desproporcionadamente frente al acto de expresión, ni siquiera en el caso de

EE.UU., puede verse NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, *op. cit.*, págs. 4-147 y ss.

¹⁰³⁵ La primera referencia al “efecto de desaliento” se formula, no obstante, con anterioridad a esta resolución y a las sentencias en ella citadas, en sendos votos particulares del magistrado Vives Antón a la SSTC 78 y 79/1995; en ellos se dice que, aun admitiendo que con determinadas declaraciones se puedan sobrepasar los límites de la libertad de expresión, ello no legitima automáticamente a castigar penalmente tales excesos, pues “si ese instrumento intimidatorio se proyecta sobre conductas demasiado cercanas a lo que constituye el legítimo ejercicio de la libertad de expresión (...) puede producir sobre éstas un ‘efecto de desaliento’ que limite indebidamente el libre flujo de las opiniones”.

También en la doctrina penal hay muchos autores que se muestran contrarios a penalizar todo exceso en el ejercicio de la libertad de expresión aunque resulte lesivo a otros intereses, como consecuencia del primado del principio de mínima intervención. Así, expresamente GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La Protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, *op. cit.*, págs. 208-215; CUERDA ARNAU, Mª L., “Observaciones en torno a las nuevas figuras de apología”, *Boletín de Información del ministerio de Justicia*, núm. 1757, 1995, pág. 116.

que no constituya legítimo ejercicio del derecho fundamental en cuestión y aun cuando esté previsto legítimamente como delito en el precepto penal. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales, su carácter de elementos esenciales del Ordenamiento jurídico permite afirmar que no basta con la constatación de que la conducta sancionada sobrepasa las fronteras de la expresión constitucionalmente protegida, sino que ha de garantizarse que la reacción frente a dicha extralimitación no pueda producir ‘por su severidad, un sacrificio innecesario o desproporcionado de la libertad de la que privan, o un efecto ... disuasor o desalentador del ejercicio de los derechos fundamentales implicados en la conducta sancionada’ (sobre tal “efecto desaliento”: STC 136/1999, de 20 de julio, FJ 20; y STEDH, de 22 de febrero de 1989, núm. 29 [Barfod c. Noruega]¹⁰³⁶; respecto a la exigencia de proporcionalidad: STC 85/1992, de 8 de junio, FJ 4, y SSTEDH de 13 de julio de 1995, núms. 52 a 55 [Tolstoy Milovslasky c. Reino Unido], de 25 de noviembre de 1999, núm. 53 [Nilsen y Johnsen c. Noruega], y de 29 de febrero de 2000, núms. 49 y 50 [Fuentes Bobo c. España]).

Como ha señalado nuestra jurisprudencia, la interpretación de los tipos penales en los que se halla implicado el ejercicio de la libertad de expresión impone ‘la necesidad de que ... se deje un amplio espacio’ (STC 121/1989, de 3 de julio, FJ 2), es decir, un ámbito exento de coacción lo suficientemente generoso como para que pueda desenvolverse sin angosturas, esto es, sin timidez y sin temor. De ahí que no disuadir la diligente, y por ello legítima, transmisión de información constituya un límite constitucional esencial que el art. 20 CE impone a la actividad legislativa y judicial (STC 190/1996, de 25 de noviembre, FJ 3, letra a).”

Resumiendo lo dicho hasta ahora resulta que la exigencia de aptitud de la intervención penal para tutelar el legítimo interés de la imparcialidad, que es

¹⁰³⁶ La cita está incorrectamente efectuada puesto que la sentencia del Tribunal Europeo se

inherente al juicio sobre adecuación, obliga a la observancia de los siguientes requisitos: 1º imponer sólo restricciones al ejercicio de otros derechos cuando sea para tutelar intereses legítimos o pretensiones jurídicamente reconocidas como contenido legítimo de un derecho; 2º no imponer límites que afecten al contenido esencial de otros derechos fundamentales (sancionando determinadas formas de ejercicio legítimo consideradas esenciales al derecho); y 3º no imponer límites que desalienten del legítimo ejercicio de las libertades (como ocurre cuando se penalizan formas de ejercicio ajenas a éstas pero, no obstante, tan próximas, que peligren con carácter general los intereses subyacentes a su reconocimiento —pluralismo, disentimiento, etc. —, o cuando la formulación típica es demasiado vaga, abierta e indeterminada)¹⁰³⁷.

Ya se dijo al principio de este apartado que la adecuación de la respuesta penal no se agotaba, sin embargo, con la observancia de las anteriores consideraciones en torno a la aptitud, en abstracto de intervenir penalmente sobre ciertas conductas. Hace falta, además, que la sanción penal concretamente prevista contra esas conductas resulte un medio **eficaz** para la tutela pretendida¹⁰³⁸. En algunos supuestos de intervención penal este canon resulta superado casi de forma automática; piénsese, por ejemplo, en la utilidad de la imposición de una pena de inhabilitación profesional al médico que es condenado por un delito de lesiones cometido con imprudencia profesional, no sólo desde la finalidad preventivo especial, sino también de la preventivo general. No sólo se califica a esta sanción eficaz, sino que incluso me atrevería a afirmar que es la única o la más eficaz para cumplir con los

corresponde con el asunto Barfod c. Dinamarca.

¹⁰³⁷ Lo que ocurre cuando se emplean en exceso los términos valorativos, pero también cuando la ley no describe acciones que cualquier ciudadano puede identificar, sino daños y peligros que deben ser evitados. VIVES ANTÓN, T.S., "Principios penales y dogmática penal", *op. cit.*, pág. 61.

¹⁰³⁸ CARBONELL considera que del principio de adecuación deriva la observancia de que la pena sea cualitativamente adecuada para conseguir la finalidad de tutela perseguida por su imposición. En algunas modalidades delictivas es cierto que ciertas penas (por ejemplo, privativas de derechos) pueden aparecer como las más adecuadas o lo contrario, pero no cabe sino tomar este criterio a título orientativo porque resulta poco operativo en la mayoría de delitos y faltas —y, en todo caso, no parece haber guiado al legislador—. CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, pág. 205.



mencionados fines de la pena sin sobrepasar la medida de la proporcionalidad, esto es, sin que deje de ser una pena justa¹⁰³⁹. En cambio, cuando nos enfrentamos a la imposición de una sanción penal por conductas relacionadas con la facultad de opinar o informar que lesionan o ponen en peligro otros intereses, la aplicación del mismo canon presenta mayores dificultades para hallar en la pena una respuesta idónea, útil y eficaz¹⁰⁴⁰.

En estos casos surgen dificultades de distinto orden: unas vinculadas con la propia operatividad de la respuesta penal, entre cuya “oferta” de sanciones la mayoría resultan poco o nada proporcionadas, preventivas ni reparatoras¹⁰⁴¹. Otras, con la propia dinámica comisiva, pues suele suceder (como en el caso de las campañas de prensa o la filtración de noticias) que lo penalmente relevante y

¹⁰³⁹ La vinculación de la adecuación de la intervención penal con los fines preventivo generales de la pena ha sido puesta de manifiesto por GÓMEZ BENÍTEZ como una alternativa racional a la medición de la proporcionalidad entre hecho y sanción con base en el principio de culpabilidad. En este sentido, el autor manifiesta su inclinación por tomar como base de referencia de este juicio de adecuación o necesidad de protección penal de un bien jurídico el de la evitación de un perjuicio social y, a partir de ahí, aplicar la pena en tanto que y en la medida que resulte útil preventivamente — mediante mecanismos de intimidación pero, también, positivamente integradores—. *Vid.*, ampliamente, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, *op. cit.*, págs. 40-54; *Id.*, “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, *op. cit.*, pág. 316; *Id.*, “Seguridad jurídica y legalidad penal”, *op. cit.*, págs 306-307.

¹⁰⁴⁰ No obstante, esta es un exigencia a la que no debe renunciarse si, como creemos, el fundamento de la norma penal radica precisamente en su pretensión de validez, una validez que precisa acreditarse no sólo genéricamente, sino en el caso concreto, porque “donde la pena es innecesaria es, a su vez, injusta” VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, pág. 487.

¹⁰⁴¹ Si descartamos de partida el recurso a la pena privativa de libertad para atajar los riesgos derivados del uso ilegítimo de las libertades de expresión e información (no solo por razones de justicia sino de utilidad), el catálogo nos conduce, por comparación con ilícitos semejantes, hacia la multa y la inhabilitación profesional. Se ha advertido acerca del indeseable efecto de autocensura que las sanciones económicas provocan en los propios periodistas por parte de las empresas de comunicación (civilmente responsables en régimen de solidaridad); en cuanto a la pena de inhabilitación profesional sobre el periodista (actividad cuyo ejercicio no precisa necesariamente de habilitación o acreditación) también cabe temer un considerable grado de ineficacia. *Vid.*, en el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, 1996, págs. 154-155.

No obstante, aunque obvio es decirlo, las objeciones no son generalizables a todo supuesto delictivo, sino sólo respecto de las eventuales sanciones dirigidas contra las infracciones cometidas por profesionales de los medios de comunicación, pudiendo valorarse de otro modo en el caso de los particulares o de los funcionarios públicos.

significativo derive de la concurrencia simultánea o sucesiva de conductas atentatorias contra un mismo objeto o sujeto por parte de uno o, incluso, varios autores distintos, lo que convierte la aplicación singular de la pena en una arbitraria discriminación¹⁰⁴² y, lo que es aún peor, las condenas múltiples en un exceso. En tanto que algunos de los comportamientos que se han identificado como especialmente relevantes desde el punto de vista de su peligrosidad los son, exclusivamente por la reiteración, la prolongación en el tiempo y el empleo de medios de comunicación como plataforma de publicidad, resulta preferible el recurso a las órdenes prohibitivas o suspensivas de publicar con sus consiguientes sanciones económicas en caso de quebrantamiento (directa o solidaria de la empresa periodística), que a la condena penal de sus autores por atentado a la imparcialidad del juez.

En definitiva, el legislador penal se enfrenta a la conminación penal de estos supuestos con un campo muy estrecho de discrecionalidad: no puede imponer sanciones penales sobre conductas que suponen ejercicio constitucionalmente legítimo de las libertades de expresión e información veraz, por contraproducentes que resulten¹⁰⁴³. No puede tampoco imponerlas, como he dicho, en relación con excesos mínimos en el uso de dicha facultad (proscripción del efecto desaliento)¹⁰⁴⁴.

¹⁰⁴² Recuérdese lo acontecido en el mencionado caso *Sunday Times c. Reino Unido* de 26 abril 1979, en el cual el Tribunal estimó que la prohibición dirigida a un concreto medio de comunicación —y durante un tiempo tan prolongado— de publicar cualquier noticia o información relativa a un asunto *sub judice*, mientras los demás medios lo hacían libremente, violaba el derecho a la libertad de expresión porque era innecesaria (por desproporcionada).

¹⁰⁴³ En cambio, entiendo que en estos casos subsiste no solo la posibilidad, sino la necesidad de tutelar/ reparar jurídicamente el interés lesionado, pues de lo contrario se puede producir un vaciamiento del derecho. Dicha afirmación se enfrenta directamente con la cuestión de si es posible la reparación por acto lícito y amparado en el ejercicio de un derecho fundamental. No es una situación jurídicamente excepcional, pues se admite en otros órdenes, del que podría citarse como ejemplo la indemnizabilidad del acto delictivo realizado en situación de estado de necesidad justificante. En cualquier caso no cabe olvidar que es exigencia del derecho a la libertad de expresión que la indemnización no sea en este caso punitiva para que, así, no se desaliente el libre ejercicio de la libertad de expresión. Sin duda a través de la responsabilidad civil directa o solidaria de las empresas periodísticas cabría limitar el “efecto de desaliento” sobre el ejercicio de este derecho.

¹⁰⁴⁴ Nuevamente aquí conviene recordar la existencia, en otras latitudes, de una sanción de naturaleza híbrida cuales son las “punitive damages”. Su empleo se ha invocado incluso frente a

En definitiva, sólo puede imponerlas allí donde el riesgo inminente y grave para el bien jurídico de la imparcialidad (incluyendo aquellos supuestos en que el paso del tiempo no sirve como medida atenuadora de la gravedad del mal) justifique no sólo su prohibición sino su sanción penal siempre que la lesión no proceda de una conducta amparada constitucionalmente en el contenido de las libertades de expresión e información veraz. Y aun dentro de este supuesto, sólo si la sanción penal se revela como un recurso apto para responder con eficacia a ese injusto, a ese supuesto de violación de la imparcialidad¹⁰⁴⁵. Al hilo de lo anterior debe señalarse que a la dificultad normal de convenir si el recurso a la sanción penal es eficaz (por oposición a la situación en caso de que no existiese), se une la de medir la eficacia concreta de una u otra pena y todo ello aderezado, además, de otros factores como la eficacia en la persecución de los delitos, la alarma que su comisión provoca, etc. No hay que magnificar, de todos modos, el problema que supone la inexistencia de datos empíricos que avalen el acierto de cualquier valoración de aptitud y eficacia, pues a la postre “existen medios más eficaces para prevenir el delito que las prohibiciones penales, según demuestran las diversas investigaciones interdisciplinarias llevadas a cabo durante los últimos lustros”¹⁰⁴⁶

actuaciones de los poderes públicos vulneradoras de derechos fundamentales como alternativa a otras respuestas más drásticas y menos adecuadas. Así, por ejemplo, AMAR sugiere que frente a la anulación de toda prueba obtenida sin garantías en casos de entrada y registro, se recurra en ciertos supuestos a la condena mediante punitive damages y recuerda que en el siglo XVIII esta era la solución invariablemente adoptada por los tribunales. Sin perjuicio de la opinión que esta propuesta pueda merecer, lo interesante es llamar la atención acerca de su virtualidad como técnica indemnizatoria: “the modest and thoughtful remedial creativity *within the civil model* is in the truest spirit of the cases that gave birth to our Fourth Amendment”. Cfr. AMAR, A.R., *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, op. cit., pág. 42, y jurisprudencia y bibliografía allí citadas.

¹⁰⁴⁵ Para los autores que, como GÓMEZ BENÍTEZ, entienden la teoría del Derecho Penal como una teoría de la pena de orientación funcionalista, la referencia a la necesidad de tutela como fundamento de la pena debe traducirse como adecuación de la intervención penal para “la protección de la sociedad frente a conductas gravemente perjudiciales para su normal funcionamiento”, es decir, que el presupuesto y alcance de la sanción penal estriba en la nocividad social. Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, op. cit., pág. 309. Entiendo que ningún obstáculo de partida insalvable opondría esta perspectiva a la propuesta de incriminación que estamos analizando, pues es evidente que las conductas provocan un perjuicio social frente al que la pena puede responder proporcionalmente desde un criterio estrictamente utilitario.

¹⁰⁴⁶ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “Sobre el principio de intervención mínima del Derecho Penal como límite del *Ius Puniendi*”, op. cit., pág. 255. También manifiesta una considerable desaprobación a la política legislativa en materia penal que se lleva a cabo en nuestro país en los

Al hilo de lo anterior debe recordarse que el déficit actual de tutela obedece, precisamente, a la contemplación de la imparcialidad exclusivamente en su aspecto interno, es decir, como una disposición anímica de neutralidad y objetividad del juez frente a las partes y sus pretensiones. Como las convicciones personales no pueden conocerse a menos que el propio sujeto las manifieste, la ley ha optado por enumerar una serie de circunstancias que hacen presumir fundadamente la sospecha de que el juez no sea un tercero objetivo, neutral y desinteresado personal y funcionalmente en un caso concreto. Más allá de las mencionadas causas de recusación o abstención, no existe posibilidad alguna de apartar al juez presuntamente imparcial de la causa, aunque existan sospechas racionalmente fundadas de que haya podido perder dicha imparcialidad e, incluso, como he mostrado anteriormente, sea el propio juez quien personalmente tema tal posibilidad. Es cierto que queda abierta la posibilidad de anular las resoluciones manifiestamente injustas que dicte (tanto si se trata de resoluciones meramente erróneas, como si el error manifiesta, precisamente la parcialidad, o se trata de una prevaricación dolosa o imprudente). Claro que en el caso de tratarse de causas penales, la anulación por vulneración de un derecho fundamental sólo se solicitará por el reo en casos de indebida condena (en su fundamento o extensión), no de indebida absolución, no siendo inimaginable que también en este último caso se haya podido exteriorizar la temida parcialidad¹⁰⁴⁷. Tampoco se reconocerá la violación del derecho a un juez imparcial en aquellos casos en que la resolución no sea manifiestamente contraria a Derecho ni, por tanto, anulable (lo que no quiere decir que sea jurídicamente la mejor posible) aunque ello no empece a reconocer que puede haber sido dictada sin la debida imparcialidad.

últimos tiempos en tanto que sólo persigue la creación de nuevas normas penales y al incremento de las penas, CARBONELL MATEU, J.C., "Reflexiones sobre el abuso del Derecho penal y la banalización de la legalidad", *op. cit.*, págs. 135-138.

¹⁰⁴⁷ El Ministerio Fiscal o la acusación podrán, desde luego, solicitar la anulación de la sentencia absolutoria injusta, pero no podrán alegar para ello la vulneración del derecho a un juez imparcial en tanto que no son titulares del mismo.

Lo anterior ya me condujo a afirmar¹⁰⁴⁸ que desde la perspectiva del bien jurídico que pretende tutelarse —la inviolabilidad de las garantías externas de imparcialidad del juez—, la proscripción de dichas conductas tendría que articularse como un delito de lesión, pero no de resultado¹⁰⁴⁹. Desde el punto de vista del contenido del injusto, esto es, de la medida en que ha sido violado el objeto de protección, lo procedente es configurar como delictivas aquellas conductas que quebrantan la garantía de la imparcialidad sin exigir ni esperar, por tanto, a que dicha vulneración se manifieste en forma de resolución injusta, esto es, que se lesione uno de los objetos de protección al que apela la garantía y que es, indudablemente, el derecho del justiciable a una resolución justa, debida conforme a Derecho. Si toda resolución contraria a Derecho no es expresión de parcialidad y, por otra parte, no cabe descartar que una legalmente irrecurrible, en cambio, lo sea, no puede hacerse depender de la constatación de ese resultado incierto (sentencia o resolución injusta) la tutela de la imparcialidad¹⁰⁵⁰.

Como el aspecto interno de la imparcialidad (disposición neutral u objetiva respecto de las partes y el objeto del pleito) no puede ser objeto de atención jurídica precisamente porque pertenece al ánimo o convicción interior del individuo (excepto que éste la exteriorice en actos o manifestaciones inequívocas) hay que atender, por tanto, a la preservación de su aspecto exterior, al apuntalamiento de la situación en que es razonable seguir presumiendo su vigencia. Ello conduce inexorablemente a sostener que la tutela penal de la imparcialidad debe proyectarse prohibiendo

¹⁰⁴⁸ Vid, *infra*, Capítulo Segundo.

¹⁰⁴⁹ Soy consciente de que un considerable y cualificado sector de la doctrina penal en España equipara los delitos de lesión con los de resultado, y concibe en consecuencia, que los delitos de resultado-lesión se oponen a los de resultado-peligro (abstracto o concreto). De entenderse así, la afirmación que he efectuado de que el injusto correspondiente a las lesiones de la imparcialidad se corresponde con un tipo de lesión se referirá, en cambio, a la de un tipo de resultado de peligro. Sobre la distinción de perspectivas en general, *vid.* LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, *op. cit.*, págs. 23-26.

¹⁰⁵⁰ En el apartado siguiente me referiré más extensamente a las razones que avalan la opción por la configuración de un tipo de lesión, pero sin exigencia de resultado, así como a los límites que desde el juicio de proporcionalidad se proyectan específicamente sobre esta clase de delitos.

aquellas conductas que provoquen una quebranto de las garantías objetivas o externas de imparcialidad del juez, es decir, de las garantías que fundamentan la confianza en que su actuación es la de un tercero ajeno a las partes y al objeto del juicio que no tiene otro interés que decir el derecho de forma racional y justa.

La sanción penal que, en su caso, pretenda la tutela de la imparcialidad, deberá responder a una acción lesiva para ese bien jurídico en la que a su autor, además, no se halle amparado por interés legítimo alguno. La pregunta entonces que surge es ¿cabe obstaculizar legítimamente el debido desarrollo y resultado de un proceso?. No cabe descartar los efectos nocivos que ciertas conductas de los medios de comunicación pueden provocar en el proceso y que, según tuvimos ocasión de ver en capítulos anteriores, no son precisamente desdeñables. En ninguno de esos caso valoré su pertenencia al contenido propio de los derechos de expresión e información. Sin embargo, la pregunta debe reformularse: ¿todos los obstáculos que con ocasión del ejercicio de estos derechos se provocan sobre el proceso pueden legítimamente sancionarse por la vía penal?. La respuesta es, obviamente, negativa. De la misma forma que no todos los atentados al honor, a la propiedad, a la salud pública o a la intimidad están castigados penalmente, tampoco todos los atentados a la imparcialidad del juez pueden ser adecuadamente sancionados por la vía penal. Sí lo serían, en cambio, a mi entender, todos los supuestos de revelación de secretos judiciales¹⁰⁵¹, las interferencias graves en el debido desarrollo y resultado del proceso, la desobediencia a las órdenes del juez dictadas para la preservación de las garantías y derechos fundamentales de las partes y demás intervinientes, así como las presiones a los jueces, magistrados y miembros del jurado respecto del ejercicio de sus funciones. En resumen, sólo son perseguibles penalmente los atentados directa y gravemente dirigidos a la garantía del procesado a un juez imparcial que constituyan, además, un impedimento para la tutela de los derechos de las partes, la preeminencia del derecho y la confianza de los ciudadanos en la función jurisdiccional.

2. Necesidad de la tutela penal de la imparcialidad. El principio de mínima intervención

Corresponde en este momento efectuar una valoración de las conductas susceptibles de prohibición penal desde la perspectiva de la exigencia de necesidad derivada del principio de prohibición de exceso. Para ello, hay que constatar que la tutela de la imparcialidad como bien jurídico digno de protección¹⁰⁵² se justifica mediante el recurso a la pena —medio adecuado de tutela, según hemos visto— no sólo por razón de la gravedad de los ataques a aquel objeto, sino también por la falta de otra respuesta eficaz y menos onerosa del ordenamiento jurídico vigente para atajarlos¹⁰⁵³. Estas dos condiciones se derivan, en efecto, del juicio de necesidad inherente al principio de proporcionalidad, también conocido como principio de mínima intervención que caracteriza al ordenamiento penal propio de un sistema de libertades “que tiende a la optimización del grado de eficacia de los derechos individuales frente a las limitaciones que pudieran imponer en su ejercicio los

¹⁰⁵¹ En estos momentos sólo parcial e insuficientemente sancionada, sobre todo, por la pérdida de vigencia de la norma que lo sanciona ya que nunca se aplica (porque ni siquiera se persiguen los hechos que con ella se incriminan).

¹⁰⁵² Para GONZÁLEZ-CUÉLLAR la constatación de que la incidencia se produce con una finalidad legítima, como es la tutela de un bien constitucionalmente admisible, se trata, también, de un presupuesto de la proporcionalidad que, junto al de legalidad, deben constatarse previamente al análisis de los requisitos de aquélla. El autor denomina “justificación teológica” a este presupuesto y se refiere a los mismos aspectos que nosotros tuvimos en cuenta al exigir la presencia de un bien jurídico digno de tutela. *Cfr.*, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *op. cit.*, págs. 195-197.

¹⁰⁵³ El principio de necesidad o de mínima intervención es unánimemente reclamado en la doctrina penal, aun cuando a su contenido se incorpore, en ocasiones, el principio de ofensión o de exclusiva protección de bienes jurídicos. En este trabajo hemos abordado tal contenido en capítulo distinto pero las diferencias sistemáticas no alcanzan a la coincidencia sustancial en orden a su vigencia.

Cualquier pretensión de exhaustividad en la mención de los penalistas españoles que sobre este particular se han pronunciado resulta inabordable, de manera que la selección se lleva a cabo sin otro valor que servir de muestra: SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 289 y ss; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs 206-208; LUZÓN PEÑA, D.M., *Curso de Derecho Penal. Parte general*, *op. cit.*, pág. 327; MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*; QUINTERO OLIVARES, G., MORALES PRATS, F. y PRATS CANUT, M., *Curso de Derecho penal. Parte General*, Cedecs, Barcelona, 1996, pág. 245; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, págs. 85-88.

poderes públicos”¹⁰⁵⁴. Trataré por separado los dos aspectos que integran tal juicio de necesidad respecto del momento de la conminación penal abstracta¹⁰⁵⁵ tal y como es formulado y reconocido en la doctrina penal y que han conducido a proclamar el carácter subsidiario y fragmentario del Derecho penal¹⁰⁵⁶.

No obstante, la necesidad de la intervención penal como juicio de proporcionalidad se realiza sobre una base endeble, pues aun cuando se reconociera la existencia de un bien jurídico precisado de tutela o de mayor tutela penal, se trata de un juicio integrado por muchos componentes valorativos y pocos empíricos. Baste pensar para ello en el hecho de que desde el punto de vista político-criminal se trata de valorar una propuesta concreta conforme a exigencias de máxima eficacia, tanto desde el punto de vista de la tutela que se pretende dispensar, como de preservación de las garantías del ciudadano frente al Estado, lo cual es incompatible si se pretende, en cada caso, ilimitadamente. Al mismo tiempo, es difícil argumentar con fundamento la absoluta innecesariedad de una intervención penal, exactamente por las mismas razones de falta de soporte empírico y, porque entre la óptima eficacia y la pésima, el campo de razonabilidad es muy vasto¹⁰⁵⁷.

¹⁰⁵⁴ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., “El principio de proporcionalidad en el Derecho procesal español”, *op. cit.*, pág. 206.

¹⁰⁵⁵ Dejamos a un lado, por tanto, la proyección que la exigencia de necesidad acarrea en el plano aplicativo y que reclama del juez la individualización de la pena de conformidad con este requisito dentro del margen de discrecionalidad que la ley le reconoce (por ejemplo, mediante los mecanismos de suspensión o sustitución de la pena).

¹⁰⁵⁶ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La protección penal del derecho a la intimidad”, *op. cit.*, pág. 320 se refiere a los principios de subsidiariedad e intervención mínima como parte integrante de la teoría del bien jurídico. Esa premisa resulta perfectamente adecuada a la lectura constitucional del bien jurídico, mas ello no supone sino una alternativa metodológica, que no plantea objeciones a la forma clásica de presentar las vinculaciones del Derecho penal a los principios constitucionales. En este último sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, *op. cit.*, págs. 59 y ss., aun cuando más recientemente este autor también trata la cuestión de la íntima conexión del principio de intervención mínima con la protección de los derechos fundamentales como bienes jurídicos penales. *Cfr. Id.*, “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 465-468.

¹⁰⁵⁷ Los términos de la graduación de la funcionalidad de la intervención son los que emplea, precisamente, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, págs. 176 y ss.

A este respecto, baste recordar las palabras del Tribunal Constitucional en su STC 161/1997, FJº 11 respecto de las posibilidades de declarar inconstitucional un precepto con base en el juicio de necesidad, lo que sólo ocurrirá si:

“(…) a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las distintas finalidades deseadas por el legislador”.

A. *Exigencias derivadas del carácter fragmentario del Derecho penal: la tutela se proyecta contra los ataques más graves a la imparcialidad.*

Resulta indiscutible que la configuración de la imparcialidad como derecho fundamental en nuestro sistema constitucional hace innecesaria cualquier referencia o justificación sobre la relevancia del bien en cuestión y la legitimidad de que en favor de su tutela se pueda incidir en el ámbito de otros derechos y libertades¹⁰⁵⁸. También me he referido anteriormente a su conformación como interés que puede obtener, además, tutela por parte del Derecho Penal. Por ello, cuando en este apartado se alude a la aplicación de las exigencias derivadas del principio de mínima intervención del Derecho penal, atiendo a un aspecto concreto, cual es la de efectuar

El campo es, en efecto, muy vasto, pero no infinito, por ello rechazamos que el legislador sea “libre de considerar como penalmente típica o no, un determinado ataque un bien, a cualquier bien, de los constitucionalmente contemplados” como sostiene ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *op. cit.*, pág. 122. Este autor apoya esta afirmación argumentando que nos hallamos en el campo de la tipicidad y no de la justificación y de que, por tanto, el legislador puede renunciar a la tutela penal de un ataque a un bien jurídico, lo cual es completamente cierto porque no existen obligaciones de incriminación, pero eso no excluye que sí existan límites al alza y que, por tanto, no todo ataque a un bien jurídico pueda tipificarse. El recurso a la causa de justificación no puede ser empleado de forma generalizada para salvar la excesiva amplitud del tipo porque remite la solución sobre la articulación de derechos fuera del ámbito de la ley con eventual quiebra del principio de legalidad.

¹⁰⁵⁸ Afirmación avalada expresamente, como ya hemos visto, por el TC y por el TEDH.

un juicio acerca de la relevancia o gravedad de los ataques a este derecho que pueden justificar la reacción punitiva. Esta exigencia ha permitido que se califique a este sector del ordenamiento como un derecho fragmentario, limitado.

A este respecto conviene recordar que el TEDH se ha referido expresamente a la autoridad e imparcialidad del poder judicial como uno de los fines legítimos para operar “injerencias”, incluso penales, sobre ciertos tipos de ejercicio de la libertad de expresión e información reconocidas en el art. 10 CEDH. La autoridad e imparcialidad del poder judicial constituye, en efecto, uno de los límites a la libertad de expresión recogido expresamente en el art. 10.2 CEDH por lo que la apelación a su tutela constituye uno de los fines legítimos para imponer medidas penales como se recoge, entre otras, en las SSTEDH en los casos *Sunday Times c. Reino Unido*¹⁰⁵⁹, *Barfod c. Dinamarca*¹⁰⁶⁰, *Weber c. Suiza*¹⁰⁶¹, *Observer & The Guardian c. Reino Unido*¹⁰⁶², *Worm c. Austria*¹⁰⁶³, *Prager & Oberschlick c. Austria*¹⁰⁶⁴ y *Perna c. Italia*¹⁰⁶⁵.

Si la imparcialidad es la nota definitoria y la garantía esencial del juicio justo en torno a la cual se estructuran el proceso, la función judicial y la preeminencia del Derecho como criterio de juicio, cualquier atentado a la misma adquiere, por sí solo, relevancia suficiente para poder plantear la legitimidad de su configuración como conducta punible, sin que ello deba implicar necesariamente que se califique como atentado cualquier pretensión subjetiva de quebrar la imparcialidad, sino sólo las conductas que objetiva y racionalmente sean aptas para producirlo —los motivos relevantes y suficientes a los que el TEDH se refiere como uno de los elementos para

¹⁰⁵⁹ Sentencia 26 abril 1979, *cit.*

¹⁰⁶⁰ Sentencia 22 febrero 1989, BJC nº 119, págs. 151-161.

¹⁰⁶¹ Sentencia 22 mayo 1990, BJC nº 145, págs. 271-287.

¹⁰⁶² Sentencia de 26 de noviembre de 1991.

¹⁰⁶³ Sentencia de 29 de agosto de 1997.

¹⁰⁶⁴ Sentencia de 26 de abril de 1995.

¹⁰⁶⁵ Sentencia de 25 de julio de 2001.

medir el requisito de necesidad de una intervención estatal limitadora de la libertad—

Algunas circunstancias y situaciones permiten suponer o predecir la falta de imparcialidad del órgano judicial, como la vinculación personal con las partes o el objeto del proceso, la incompatibilidad de funciones, las actuaciones precedentes de ese juez en relación al caso, etc. Por ello, su evitación pasa por determinarlas objetivamente en la ley y prohibir al juez a quien afecten que actúe en la causa. Es el caso de las causas legales de abstención y recusación cuya concurrencia, de no haber sido debidamente estimada en juicio, puede provocar la nulidad de la resolución que decida la causa al formular el oportuno recurso por este motivo conforme previene el art. 228 LOPJ.

Sin embargo, la presunción de imparcialidad también puede romperse por la actuación directa o indirecta de terceras personas de muy diferentes formas y la ley no ha previsto, ni puede prever, una relación circunstanciada y exhaustiva de las mismas. La filtración de informaciones relevantes contenidas en un sumario, los juicios paralelos, la publicación de informaciones perjudiciales al acusado, las campañas a favor o en contra del acusado o incluso del juez y demás intervinientes en el juicio, etc.¹⁰⁶⁶.

En el Capítulo Primero de este trabajo ya quedó de manifiesto una cierta discrepancia con el entendimiento mayoritario de la doctrina y la jurisprudencia acerca de qué es la imparcialidad, cuál es su naturaleza y función en la configuración del proceso y del papel del juez en el mismo. En efecto, pienso que la imparcialidad no es ausencia de prejuicios sino el estatus de independencia, ajenidad y desinterés que corresponde a quien está llamado a resolver como tercero un conflicto entre partes con estricta sujeción al Derecho por medio de un proceso justo. Por ello, los atentados a la imparcialidad que relevantes son más variados y complejos que los que

derivan de la ya superada identificación entre imparcialidad y ausencia de prejuicios. Otros factores de riesgo se suman a la posibilidad de hacer fundada racionalmente la sospecha de que no está garantizada la imparcialidad del juez y, con ella, el derecho a un juicio justo. Y digo factores de riesgo porque de su constancia material no puede hablarse, en propiedad, sino que, a lo sumo, establecemos una presunción avalada por una serie de garantías y rompemos la presunción cuando dichas garantías se desvanecen porque se constata la presencia de ciertos factores susceptibles de lesionar dicho estatus. En cualquier caso, parece fuera de dudas que siempre que se pueda romper objetiva y motivadamente la presunción de imparcialidad, la situación alcanza suficiente relevancia como para plantear su proscripción penal.

B. Exigencias derivadas del principio de subsidiariedad: No hay medidas alternativas de tutela menos gravosas:

a) La tutela jurídica de la imparcialidad en España: características generales del sistema

En términos generales puede afirmarse que en la legislación española vigente no se regulan adecuadamente sino unos pocos riesgos para ciertos aspectos de la imparcialidad en la medida en que se la sigue contemplando como un cierto estado mental deseable o cualidad de la persona que juzga. Existen numerosas conductas, y especialmente las procedentes de la actividad de los medios de comunicación, que no han sido debidamente prevenidas ni sancionadas y no sólo por la legislación penal, sino tampoco por otras ramas del ordenamiento.

La legislación vigente presume una falta de imparcialidad en aquellos supuestos en que el juez aparece alineado con las partes o auxiliando sus pretensiones —aun cuando la posición del juez de instrucción prevista en la Ley de Enjuiciamiento Criminal carezca de las mínimas notas de ajenidad y desinterés en la

¹⁰⁶⁶ También vincula la realización de juicios paralelos con la imparcialidad del juez VIETES PÉREZ, C., “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos

función— y también cuando se pruebe su relación personal con el pleito o alguno de sus intervinientes.

La situación legal resulta, desde luego, coherente con una determinada concepción de la imparcialidad entendida como ausencia de prejuicios del juez que resuelve un pleito en relación con su objeto y con las partes que en él intervienen. Siendo así, el sistema vigente de tutela de la imparcialidad se articula en torno a medidas preventivas y reparadoras de esas concretas situaciones: Las preventivas pueden diferenciarse según su incidencia sobre la imparcialidad como directas o indirectas y, así, mientras que algunas se dirigen a prevenir directamente los riesgos para la imparcialidad personal o funcional del juez (abstención, recusación), otras tutelan inmediatamente la imparcialidad del juicio a fin de garantizar que aquél resuelva con justicia y equidad (secreto sumario, presunción de inocencia, obstrucción a la justicia, secuestro de la publicación, etc.). Las medidas reparadoras, por su parte, son las que permiten anular el juicio en el que el juez ha actuado presuntamente con falta de imparcialidad: amparo por vulneración de derecho fundamental —en este caso, a un juez imparcial, reconocido por unos en el derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 CE y, por otros, en el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE— permitiendo, en algunos casos, la condena al juez por delitos de prevaricación, cohecho, etc. Al margen de esos instrumentos o mecanismos fundamentales, el ordenamiento jurídico español vigente contiene otras disposiciones vinculadas más o menos estrechamente, al reconocimiento y protección de ciertos contenidos de la imparcialidad judicial, como más adelante estudiaremos.

El ordenamiento vigente en lo referente a la protección de la imparcialidad bascula, pues, en torno a la proscripción de una serie de circunstancias tasadas de las que se sospecha que son manifestación externa de los prejuicios del juzgador y a la anulación de todo proceso en que se demuestre efectivamente, que el juez resolvió con arreglo a los mismos y no conforme al criterio legal. En cambio, se desconocen

‘paralelos’ ”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XII, 1996, pág. 416.

otras situaciones tanto o más relevantes que hacen perder la confianza en que el juez va a juzgar exclusivamente conforme al criterio de la ley como son las siguientes: cuando el juez ha tomado partido o exteriorizado previamente su posición sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado, cuando favorece o perjudica las pretensiones de un parte durante el juicio, cuando no garantiza los derechos fundamentales del acusado (la igualdad de partes o el derecho de defensa), cuando se ha convertido en el protagonista del proceso mediante campañas públicas, etc. Si la presunción de imparcialidad se quiebra objetiva y motivadamente por otras circunstancias distintas a las legalmente tasadas, existe una gran variedad de conductas que pueden desencadenar su apreciación; entre ellas, interesa analizar algunas procedentes de sujetos ajenos al proceso realizadas con ocasión del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información y que, como apuntaba, no están legalmente contempladas.

Además, y como también he señalado, si la imparcialidad no es —o no es, al menos, lo que interesa jurídicamente— una cualidad o un estado mental, sino un derecho fundamental del acusado y el elemento esencial de la definición del juez y de su función jurisdiccional, no se justifica tampoco otra de las características del sistema vigente: que la tutela de la misma se constriña a la denuncia que hagan, en su caso, las partes, no reconociéndose, apenas, iniciativa de oficio al propio órgano judicial para su defensa y protección¹⁰⁶⁷.

También hay que destacar otra característica del sistema de protección y es que no se permite al juez abstenerse con apoyo en otras situaciones que las tasadas pese a que él mismo pudiera temer por su propia imparcialidad —y nadie mejor que él para saberlo—. Frente al peligro de que se vulnere esta garantía del justiciable parece darse más importancia al mantenimiento de las apariencias. Se niega en definitiva que el peligro tenga suficiente relevancia en estos casos y se aplaza la decisión a la

¹⁰⁶⁷ Excepción hecha del mecanismo de amparo previsto en el art. 14 LOPJ en relación con los atentados a la independencia y la consiguiente petición del propio Juez al Ministerio Fiscal para que promueva las acciones pertinentes.

valoración que merezca la sentencia que se dicte en su día. Con ello se desconoce que la garantía habrá dejado de prestar sus servicios al justiciable en todo el desarrollo del proceso y aun cuando la sentencia sea conforme a la legalidad, no podrá ser vista como el legítimo resultado de un proceso racional, controlable y equitativo. Sin olvidar la práctica imposibilidad que supone llegar a probar que si la sentencia no es justa, ha sido por falta de imparcialidad del juez¹⁰⁶⁸.

Aun cuando el objeto de este estudio se circunscribe a los atentados a la imparcialidad del juez provenientes de la actuación de los medios de comunicación es indudable que diversas medidas legales guardan una relación, siquiera indirecta, con este problema. Se va a abordar, por tanto, un análisis de los instrumentos de tutela del juicio justo y de la administración de Justicia, en general, sin perjuicio de hacer ulteriores consideraciones más precisas acerca de la relación concreta que dichas medidas guardan con la imparcialidad del juez.

b) Análisis de las medidas legales de tutela de la imparcialidad vigentes en nuestro sistema

a') El secreto sumarial

La posibilidad de establecer una fase secreta en el proceso penal queda garantizada por el art. 120 de la Constitución y, a través del nº 2 del art. 10 CE que remite a la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 y al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, por sus respectivos arts. 6-1 y 14-1. En estos preceptos se hallaría el fundamento de la previsión legal de una fase sumarial del proceso penal amparada por el secreto y, en cuanto tal, limitativa de la publicidad y de la libertad de información. Sin embargo, la posibilidad

¹⁰⁶⁸ En Italia, por ejemplo, FIANDACA y MUSCO afirman que todos los delitos contra la Administración de Justicia son de peligro, ya que su consumación no depende “de la prueba de un perjuicio efectivo a la función jurisdiccional (prueba, por otra parte, extraordinariamente ardua), siendo suficiente que el acto resulte idóneo para exponer a riesgo el ejercicio de dicha función”.

constitucionalmente reconocida de establecer excepciones a la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador, porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: derecho a un proceso público del art. 24-2 de la Constitución, y derecho a recibir libremente información. Esta ligazón entre garantía objetiva de la publicidad y derechos fundamentales lleva a exigir que las excepciones a la publicidad previstas en el art. 120-1 de la Constitución se acomoden en la previsión normativa y en su aplicación judicial concreta a ciertas condiciones, fuera de las cuales, la limitación constitucionalmente posible deviene vulneración del derecho¹⁰⁶⁹.

Como es sabido, la Ley 53/78 de 4 de diciembre introdujo un cambio trascendental en el sistema de enjuiciamiento penal al extender el principio de contradicción al sumario mismo. De esta manera parecía hacerse realidad el vaticinio que Alonso Martínez expresara al respecto en la Exposición de Motivos de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. En garantía del principio de contradicción la legislación procesal penal vigente reconoce hoy¹⁰⁷⁰ que “las partes personadas podrán

FIANDACA, G. y MUSCO, E., *Diritto penale. Parte speciale*, Tomo I, Zanichelli, Bolonia, 1988, pág. 255.

¹⁰⁶⁹ Expresamente enunciado en la STC 176/88 de 4 de octubre (ponente Díaz Eimil) como límite a la publicidad sería el derecho de defensa, que se fundamenta en el valor constitucional de la justicia. Para SENENT MARTÍNEZ “la justificación de las limitaciones que el secreto sumarial opera sobre la libertad de información se encuentran en la protección de otro bien jurídicamente relevante, en este caso, además del honor, la intimidad, la propia imagen o la protección de la juventud o de la infancia; también pueden citarse el valor constitucional de la justicia, el derecho a un proceso con todas las garantías o la garantía de un tribunal independiente e imparcial.” SENENT MARTÍNEZ, S., “El secreto sumarial como límite al derecho a la libertad de información”, *op. cit.*, pág. 292. Literalmente igual a este último se expresa RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información”, *op. cit.*, pág. 293 y en *La libertad de información y el secreto de la instrucción*, Granada, Comares, págs. 18-19.

¹⁰⁷⁰ Este es el texto vigente tras la citada reforma, pues *cfr.* la redacción originaria: “El juez instructor podrá autorizar al procesado o procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumariales cuando se relacionen con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique a los fines del sumario. Si éste se prolongase más de dos meses, a contar desde el auto en que se declare el procesamiento de determinada o determinadas personas, podrán éstas pretender del Juez instructor que se les dé vista de lo actuado a fin de instar su más pronta terminación, a lo que deberá acceder la mencionada Autoridad Judicial en cuanto no lo considere peligroso para el éxito de las investigaciones sumariales. Contra el auto denegatorio en uno y otro caso, sólo procederá el recurso de queja ante el Tribunal superior competente.”

tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento” (art. 302 LECrim)¹⁰⁷¹.

No obstante lo anterior, el propio art. 302 prevé una posibilidad de restringir ese conocimiento e intervención de las partes respecto del sumario. En efecto, si el delito fuere público el Juez de Instrucción podrá, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas por un tiempo no superior a un mes. Dicho secreto deberá alzarse, en cualquier caso, antes de diez días de la conclusión del sumario¹⁰⁷².

Estas disposiciones constituyen, precisamente, la excepción al régimen general que preside la instrucción del sumario que no es otro que el del secreto, la no publicidad. En efecto, el art. 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que “las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral con las excepciones previstas en la presente Ley”. Ello significa que si la única y, a veces, limitada publicidad del sumario se establece sólo en favor de las partes, nunca frente a terceros, no cabe sostener la vigencia del principio de publicidad consagrado en los arts. 24.2 y 120 CE durante esta fase. La llamada publicidad del sumario juega sólo internamente, nunca externamente, es decir que no existe una verdadera publicidad en sentido propio, al menos, en el ámbito de la ley¹⁰⁷³. Estas son, sin duda, las

¹⁰⁷¹ Sobre el principio de contradicción en el sumario, *vid.* OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed., CEURA, Madrid, 1995; GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 1996; *Id.*, *Lecciones de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2001; PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal. Tomo I: Principios de Derecho procesal penal*, Colex, Madrid, 2000; MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal: sexta lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 2000.

¹⁰⁷² La norma es de aplicación, asimismo, al procedimiento abreviado por remisión expresa del inciso final del art. 789.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: “Es de aplicación a estas diligencias lo dispuesto en los art. 301 y 302”.

¹⁰⁷³ Según MORENO CATENA, cuando la ley dispone que “las diligencias del sumario serán secretas (...) con las excepciones determinadas en la presente Ley” se está refiriendo a la práctica de la prueba anticipada. MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de

excepciones previstas en la ley al principio de publicidad de las actuaciones judiciales a las que se refiere el art. 232.1 LOPJ.

El bien jurídico protegido con la regulación del secreto sumarial es, por un lado, la imparcialidad del juez concreto llamado a resolver “vinculada a la idea de ausencia de influencias externas (...) muy especialmente, frente al llamado ‘cuarto poder’, —conformado por los medios de comunicación social—”¹⁰⁷⁴. Por otro, servir de vehículo para la protección del derecho a un proceso con todas las garantías como se reconoce en el art. 24.2 CE. En conjunto, el secreto de sumario protege directa o indirectamente el derecho a un juicio justo e imparcial¹⁰⁷⁵. En el caso del llamado secreto externo, la ley favorece, sin duda, también la efectividad de la persecución penal al ocultar a terceros el contenido de la investigación realizada sobre los hechos presuntamente delictivos y sobre las personas sospechosas de haberlos cometido, además de brindar la debida protección a los derechos al honor y la intimidad de cuantos se vean en ellos involucrados.

A pesar de todo, lo que sin duda no vaticinó el ilustre jurista era que junto al principio de contradicción se iba a instaurar tácitamente la publicidad externa de la instrucción. En efecto, se ha hecho común y generalizada una práctica incompatible con aquel principio, al menos en lo que a sus efectos se refiere: un sumario con garantías de contradicción pero con una sistemática indiscreción de sus participantes,

expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 298. Según OTERO, o bien se refiere a que los hechos o elementos de la realidad social sobre los que versa el sumario no son secretos, o bien está haciendo referencia a la posibilidad excepcional de extender el secreto externo también a las partes. OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 89 y ss.

¹⁰⁷⁴ OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, pág. 194.

¹⁰⁷⁵ Sobre la imparcialidad y el derecho a un juicio justo véanse, más extensamente, otros apartados de este trabajo y, en especial, los Capítulos Primero y Segundo. Compartimos, en consecuencia, la propuesta de *lege ferenda* que realiza OTERO GONZÁLEZ en cuanto a la ubicación de todo delito de revelación de secretos sumariales entre los Delitos de Obstrucción a la Justicia y deslealtad profesional del Capítulo VII, Título XX dedicado a los Delitos contra la Administración de Justicia. OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 194-195.



que aprovechan la oportunidad para vulnerar tanto el secreto interno (ahora excepcional y limitado) como el externo¹⁰⁷⁶.

Las razones para explicar la sistemática vulneración del secreto de sumario¹⁰⁷⁷ son variadas y complejas¹⁰⁷⁸ pero, desde luego, contribuye poderosamente la ineficacia de las sanciones previstas para estos supuestos. En unos casos porque son ciertamente ridículas, como por ejemplo, en los casos en que estas “faltas” —como las califica la Ley de Enjuiciamiento Criminal— se cometen por abogado,

¹⁰⁷⁶ Que, como afirma MORENO CATENA, “es un deber impuesto por el legislador pero totalmente desconocido en la práctica forense” MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 299.

¹⁰⁷⁷ Para determinar qué es lo declarado legalmente secreto podemos acudir a la jurisprudencia del TS, pues no cabe incluir todo lo que abarca la definición de sumario del art. 299 LECrim; así, la STS 1020/1995 (Sala 2ª), de 19 de octubre, señala que “el secreto sumarial se circunscribe, por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como a los dictámenes periciales y demás documentos que se aportan a la causa, pero no puede extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o a aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles. También carecen de esa consideración sumarial los autos de inhibición o los informes y exposiciones elevados a la superioridad para solventar los pertinentes recursos. Fuera de ese marco delimitador del secreto del sumario considerado como regla general o de primer grado, no puede extenderse, salvo que el propio órgano juzgador haya declarado expresamente secretas determinadas partes de las actuaciones”, en cuyo caso, podríamos añadir, serían secretas todas las actuaciones, sea la práctica de declaraciones u otras diligencias de investigación, sean resoluciones interlocutorias o de fondo. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información”, *op. cit.*, pág. 295.

¹⁰⁷⁸ Desde luego lo es la propia configuración legal del proceso penal ordinario y del abreviado, que favorece una prematura incorporación del sospechoso o denunciado y de las demás partes a un proceso en un momento en el que, en ocasiones, todavía no se ha investigado suficientemente la verosimilitud de la denuncia de acaecimiento del hecho delictivo. Como ya dijimos, el precipitado inicio del proceso hace que en no pocas ocasiones se frustre la investigación o, lo que es peor, ésta se desarrolle con dilaciones indebidas y daños irreversibles al honor y hasta la libertad de los investigados. Hasta que se valore judicialmente la razonabilidad de la pretensión acusatoria de forma contradictoria, no debería comenzar el proceso. La presencia de las partes sólo dificulta objetivamente la investigación, y el mecanismo del secreto sumarial no sólo es ineficaz, sino que impide garantizar debidamente al acusado sus derechos y no le protege en su honor e intimidad frente a terceros. La reforma de 1978 no ha servido a sus buenos propósitos: hemos pasado de llamar al acusado al proceso cuando ya era demasiado tarde para defenderse (pues el juicio oral era mera reproducción de un sumario sin garantías de contradicción), a llamar imputado demasiado pronto, en muchos casos, a quien no pasa de ser un mero sospechoso de unos indicios de delito. Eso explica, además, lo prolongado de esta fase, que más que una instrucción precisa los tiempos de una investigación, a veces lenta y compleja, pero eso sí: siempre, contra la “ayuda” del acusado y con la oportunidad de que se revelen cuantas actuaciones se van practicando. *Vid.* VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal*, *op. cit.*, pág. 132.

procurador o por cualquier persona que, no siendo autoridad o funcionario públicos, hiciera indebidas revelaciones sobre actuaciones sumariales¹⁰⁷⁹ que la propia Ley ha sustraído, como hemos visto, al conocimiento de terceros¹⁰⁸⁰. En otros, porque su objetiva gravedad —es el caso de la sanción penal a los particulares que revelaren el secreto interno y al funcionario respecto de cualquier modalidad de secreto sumarial— viene devaluada por su inusitada imposición (no se persiguen ni condenan los quebrantamiento del sumario interno, sean cometidos por particular, por autoridad o por funcionario). Además de la protección penal comentada, existe una protección de carácter disciplinario, contemplada en el art. 369 de la LOPJ: “Los jueces y magistrados no podrán relevar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones”, precepto que tiene su correlación con la inclusión de dos infracciones disciplinarias, introducidas por la reforma de la ley llevada a cabo por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, considerando falta muy grave el art. 417 de la LOPJ: “La revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona”, tipificando el art. 418 como falta leve cuando no exista perjuicio.

En definitiva, el secreto de sumario no recibe suficiente protección cuando es quebrantado sistemáticamente y no existe reacción legal contundente, efectiva y rápida. Pese al endurecimiento de las sanciones previstas en la LOPJ y en el nuevo Código Penal —al menos respecto de ciertas modalidades de revelación de secreto

¹⁰⁷⁹ Se trata de una simple corrección disciplinaria de multa entre 250 y 2500 pesetas. Por otra parte, sería posible en algunos casos exigir responsabilidad disciplinaria conforme a los artículos 107 y ss. del Estatuto general de la Abogacía en los que se reputa de falta grave el incumplimiento de la obligación de guardar secreto profesional (art. 41) y se sanciona con suspensión de hasta tres meses (art. 116.2 en relación con el 114.a). Para los procuradores, el incumplimiento de su deber de secreto (art. 14.15 Estatuto Orgánico de los Procuradores) se sanciona en el art. 62.a) como falta leve con sanciones que van del apercibimiento, a la multa de 500 a 10.000 pesetas o a la reprensión privada (art. 66.1)

¹⁰⁸⁰ Sobre las discrepancias en torno a la calificación de estas conductas se da cuenta en otros apartados de este mismo trabajo, y en especial, *infra*, en el análisis del delito tipificado en el art. 466 CP. Por ahora nos basta con remitirnos a la obra de OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, *passim*. En las págs. 352-355, se resume el estado de la cuestión y se propone la interpretación que seguimos en este trabajo.

del sumario—, la vulneración se sigue cometiendo sin que reste un ápice de vigencia la confesión del profesor MORENO CATENA en vísperas de la entrada en vigor del Código Penal de 1995: “no conocer un solo Juzgado de instrucción que haya hecho uso de esa corrección disciplinaria, o haya abierto diligencias o pasado el tanto de culpa por revelación de secretos (art. 367 CP)”¹⁰⁸¹.

Resulta evidente que el origen de la mayor parte de las informaciones y opiniones aparecidas en los medios de comunicación sobre asuntos judiciales pendientes son, precisamente, los propios intervinientes, bien incurriendo en la vulneración del secreto del sumario externo, bien sin llegar a ello, pero con evidente indiscreción y exceso. Cuando he denunciado los riesgos que genera el exceso de publicidad previa y simultánea al juicio y, sobre todo, el contenido que poseen muchas de estas publicaciones, he aludido a que, en ocasiones, es él mismo o su abogado o procurador la fuente que suministra la información. Pero no cabe dudar que la procedencia de las informaciones que perjudican al acusado es generalmente diferente y se identifica con un exceso de celo por informar a la opinión pública de los “éxitos” en la política criminal, sea por parte de la policía, por los miembros del ministerio fiscal o, incluso, por los jueces de instrucción.

A la vista de esta situación, está claro que el régimen legal actual no ataja convenientemente el problema. Si la filtración no está suficientemente perseguida, e incluso llega a ser ajena a cualquier clase de falta o delito, el peligro que no obstante se genera con el favorecimiento de juicios paralelos, informaciones perjudiciales y campañas a favor o en contra de sus protagonistas subsiste. Más adelante volveré sobre esta idea para proponer como medida de evitación de los riesgos para el juicio justo precisamente, un mayor control sobre las fuentes de información oficiales sobre las investigaciones policiales y judiciales.

¹⁰⁸¹ MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 300. La referencia al art. 367 del CP derogado debe entenderse

b') Las actuaciones correctoras del juez como policía de estrados

La LOPJ establece en su artículo 190 que corresponde al presidente del Tribunal o al Juez mantener el orden en la Sala con los medios que procedan, así como amparar en sus derechos a los presentes. En relación con ello añade el art. 191 que durante la celebración de la vista o de cualquier otro acto judicial está terminantemente prohibido perturbar el orden dando señales ostensibles de aprobación o desaprobación, faltando al respeto y consideración debidas a los Jueces, Tribunales, Ministerio Fiscal, Abogados, Procuradores y Secretarios judiciales. El incumplimiento de esta prohibición puede dar lugar a amonestación, expulsión o incluso responsabilidad penal.

Por su parte, el artículo 451 LOPJ en relación con el supuesto previsto en el 450.2º faculta a los Jueces y Tribunales a imponer como medidas correctoras necesarias el apercibimiento y la multa, si los llamados al orden no obedecieran reiteradamente.

Como vemos, existe una reiteración de referencias a la observancia del orden en la sala y las sanciones por su incumplimiento sin que, en cambio, se haga incidencia alguna en la mencionada obligación de “amparar en sus derechos a los presentes”.

Asimismo, el art. 684 Ley de Enjuiciamiento Criminal concede al Presidente de la Sala “todas las facultades necesarias para conservar o restablecer el orden en las sesiones y mantener el respeto debido al Tribunal y a los demás poderes públicos” pudiendo corregir en el acto a los autores con multa, llamarles al orden y, a los que lo alteren, “hacerlas salir del local si lo considerare oportuno”. En análogo sentido se regulan las facultades del juez o del Tribunal como policía de estrados en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el uso de estas mismas facultades e idéntico propósito se puede sancionar a quienes participen en las vistas y actos judiciales (testigos, peritos, parte o representante de ésta) faltando el respeto y obediencia debidos a los Tribunales, cuando sus actos no sean constitutivos de delito (art. 193 LOPJ).

Cuando las faltas de respeto y consideración al Tribunal, a los demás funcionarios o Autoridades de la administración de justicia, a los intervinientes o cualquier otra persona relacionada con el proceso provengan de Abogados y Procuradores en su actuación forense, se impondrá una corrección disciplinaria (art. 449.1º LOPJ) de apercibimiento o multa de hasta dos meses (art.450.1 LOPJ)¹⁰⁸².

El procedimiento de imposición de estas sanciones tiene naturaleza contradictoria, dando previa audiencia al interesado para que exponga sus razones; el juez o el Tribunal harán constar en acta los motivos para su imposición (arts. 194 y 451 LOPJ). Contra la decisión cabrá imponer los correspondientes recursos de audiencia en justicia ante la propia Sala o en alzada contra la Sala de Gobierno (arts. 194.2 y 452 LOPJ).

Todos estas normas ofrecen protección, en principio, frente a los riesgos que una alteración del orden en la sala donde se celebra la vista pueden provocar y que afectan, como es obvio, a la debida conducción y celebración del proceso. También tutelan directamente el debido respeto y consideración a los funcionarios, autoridades y demás personas que intervienen en la administración de justicia, al menos, frente a los agravios perpetrados por los presentes en el acto del juicio.

Lo anteriormente expuesto me lleva a concluir que, a la vista de esta regulación, el legislador ha considerado el debido respeto y consideración hacia el Poder Judicial, hacia el normal desenvolvimiento en el ejercicio de su función y la

¹⁰⁸² En la STC 226/2001, FJº 3 se deniega el amparo a un abogado que alega vulneración de su libertad de expresión por haber sido sancionado precisamente por faltar a la consideración debida a un juez de instrucción en un escrito a él dirigido. El Tribunal declara que el menosprecio, la ofensa y el maltrato exceden del ámbito de ejercicio particularmente reforzado de la libertad de expresión de un abogado en relación con el derecho de defensa.

deferencia exigible hacia cualquier persona que intervenga o participe en un juicio como bienes que merecen tutela y protección. De hecho, aun cuando los Tribunales muestran una excesiva contención en el uso de estas facultades correctoras, cabe sostener que el ordenamiento jurídico ofrece suficientes instrumentos de tutela respecto de los ataques provenientes de la propia sala de vistas¹⁰⁸³, algo que no cabe afirmar cuando las mismas conductas se realizan fuera de la presencia del Tribunal. En esos casos, la ley no ha atribuido específicamente a los órganos jurisdiccionales mecanismos de tutela semejantes y, por tanto, no cabe esperar actuación alguna de los jueces y tribunales en este sentido, ni en su favor, ni en el de los demás posibles afectados.

c') El secreto de las deliberaciones

Con relación a los Jueces y Tribunales sentenciadores rige la regla del secreto de las deliberaciones y de la celebración de los debates a puerta cerrada. En el art. 150 Ley de Enjuiciamiento Criminal se dispone que “la discusión y votación de las sentencias se verificará en todos los Tribunales a puerta cerrada” y el art. 233 LOPJ declara que “Las deliberaciones de los Tribunales son secretas. También lo será el resultado de las votaciones, sin perjuicio de lo dispuesto en esta Ley sobre la publicidad de los votos particulares”. Se exceptúa del ámbito del secreto, por tanto, la publicación de los votos particulares de los Magistrados, si se produjeren y el contenido del fallo.

En la fórmula de juramento que la LOTJ establece en su art. 42.1 se les exige a los candidatos a jurado que juren o prometan guardar secreto de las deliberaciones. Y el art. 55.3 de la misma Ley reitera que “La deliberación será secreta, sin que

¹⁰⁸³ Debe añadirse que a la regulación mencionada se añaden el correspondiente delito o falta de desórdenes públicos tipificados en los arts. 558 y 633 CP, respectivamente, según sea la gravedad de la conducta; esta consiste en “perturbar el orden en la audiencia de un Tribunal o Juzgado”.

ninguno de los jurados pueda revelar lo en ella manifestado”¹⁰⁸⁴. En garantía de ello, el art. 56.1 determina que la deliberación tenga lugar a puerta cerrada, sin que se permita a nadie comunicación alguna con los jurados hasta que hayan emitido el veredicto, para lo cual el Magistrado-Presidente puede adoptar cuantas medidas estime oportunas. Los jurados permanecen aislados desde que se retiran a deliberar y tienen prohibido mantener comunicación con ninguna persona hasta que formen su veredicto. La única interrupción de esta deliberación puede producirse a tenor de lo establecido en el art. 57, esto es, si tras pedir por escrito al Magistrado-Presidente ampliación de instrucciones sobre algún extremo, éste accede a dárselas, teniendo que celebrarse el encuentro en audiencia pública, asistido del Secretario y en presencia del Ministerio Fiscal y las demás partes¹⁰⁸⁵.

La razón de tales previsiones normativas es clara: las personas responsables de tomar una decisión sobre el destino del acusado deben poder hacerlo libres de presiones y, en el caso de los miembros de un Tribunal (sean jurados o magistrados) preservar del conocimiento de terceros, si así lo desean, el sentido de su voto. Así lo afirma el TC en las SSTC 64, 65 y 66/2001, en sus respectivos FJº 2:

“el secreto en las deliberaciones y en el voto de los Magistrados llamados a pronunciar un fallo de absolución o de condena representa también una garantía para el propio Tribunal, que permite evitar que sus miembros se vean presionados externamente en el momento de tomar su decisión, que les posibilita expresar libremente sus opiniones o valoraciones sobre los hechos y que impide consecuencias o juicios externos sobre lo manifestado individualmente por cada Magistrado durante los debates.”

¹⁰⁸⁴ Vid., TOME GARCÍA, J. A., *El Tribunal del Jurado*

¹⁰⁸⁵ El quebrantamiento por parte del jurado de esta obligación de permanecer incomunicado puede calificarse como delito de abandono de funciones y, además, le descalifica para continuar ejerciendo su función por cuanto su imparcialidad queda comprometida. En este sentido, LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, op. cit., págs. 79-80; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Los nuevos delitos contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, pág. 748.

En el caso de los jurados se pueden adoptar medidas de aislamiento para evitar influencias y presiones directas del exterior durante la celebración del debate¹⁰⁸⁶. Respecto de los jueces y magistrados ello no es posible con carácter general, salvo que la deliberación y el fallo se produzcan en una única sesión y sin interrupciones a puerta cerrada. Sin embargo, es frecuente que la complejidad y volumen de los asuntos exija celebrar varias sesiones de debates antes de conformar una decisión final mayoritaria. Los riesgos que se provocan con actuaciones, publicaciones y, en general, interferencias indebidas durante el proceso se agudizan en los momentos previos a la toma de decisiones y no cabe descartar, que en algunos casos, puedan filtrarse indebidamente al interior de la sala. La previsión de la LOTJ a favor de la incomunicación del jurado implica el reconocimiento de la indebida influencia que puede ejercerse desde fuera del proceso en la toma de decisiones del Jurado y ello no varía sustancialmente respecto de la que deban tomar los jueces y Tribunales¹⁰⁸⁷.

Si se produce la vulneración de esta obligación de guardar secreto sobre las deliberaciones y el voto se incurriría, en principio, en el delito de revelación de secreto y los jueces y Magistrados podrían ser sancionados con arreglo al art. 417 CP¹⁰⁸⁸. No obstante, el resultado de la votación no se anula por esta causa ya que la mera revelación no se encuentra en ninguna de las circunstancias enumeradas en el art. 238 LOPJ para que así se haga. Así lo ha estimado el TC¹⁰⁸⁹ al pronunciarse sobre un asunto en el que los condenados denunciaron que uno o varios miembros

¹⁰⁸⁶ LLABRÉS FUSTER y TOMÁS-VALIENTE LANUZA entienden que el precepto persigue la necesaria preservación de la libre expresión de la voluntad del jurado de posibles influencias externas que la puedan condicionar en uno u otro sentido. Se trataría de favorecer que la decisión se tomase con referencia a lo que ha apreciado el propio jurado, contrastando con la opinión de los demás, exclusivamente. LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, *op. cit.*, pág. 79.

¹⁰⁸⁷ En el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Los nuevos delitos contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, *op. cit.*, pág. 748.

¹⁰⁸⁸ Nuevamente acudimos a este delito y no al sancionado en el art. 466 porque se trata de un secreto legalmente impuesto, no judicialmente declarado, como exige este último. De otro parecer, GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Los nuevos delitos contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, *op. cit.*, pág. 754.

¹⁰⁸⁹ SSTC 64, 65, 66/2001 de 17 de febrero, en sus respectivos FJº 2.

del Tribunal sentenciador —en ese caso la Sala Segunda del Tribunal Supremo— habían filtrado el sentido de la deliberación y el resultado de la votación antes incluso de comunicar el fallo a los acusados. Los recurrentes no pudieron identificar concretamente a los responsables de haber llevado a cabo la citada filtración pero se probó, desde luego, que ésta se había producido y que su contenido fue publicado en varios periódicos. En su resolución el Tribunal Constitucional niega el amparo que se había solicitado por la supuesta vulneración del derecho a un juez imparcial porque entiende que ni la filtración ni su consiguiente publicación vulneran la imparcialidad de quienes ya habían tomado su decisión sobre el asunto. Tampoco se podía, en consecuencia, anular el resultado del juicio porque no se había producido indefensión¹⁰⁹⁰.

Para los Jurados, la Disposición Adicional 2ª.2 de la LOTJ determina que el incumplimiento de la obligación de guardar secreto de la deliberación prevista en el art. 55.3 LOTJ se castigue con la pena de arresto mayor y multa de 100.000 a 500.000 pesetas. Tras la entrada en vigor del Código Penal de 1995, dichas sanciones han sido convertidas en arresto de siete a quince fines de semana y multa de tres a diez meses en virtud de la D.T. 11ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal¹⁰⁹¹.

d') *Los delitos contra la Administración de Justicia del Código Penal y otras infracciones penales vinculadas con la imparcialidad del juez*

El Título XX del Código Penal regula los delitos contra la Administración de Justicia. Bajo esa rúbrica se agrupan un elenco de infracciones que anteriormente se hallaban incluidas en el equivalente Título IV del Código Penal derogado, junto a

¹⁰⁹⁰ La gravedad social de los hechos, al margen de su valoración jurídica, merece alguna atención, sobre todo teniendo en cuenta que se produjeron en el órgano jurisdiccional superior de nuestro país y que no hubo investigación ni depuración de responsabilidades de ningún tipo por ellos.

¹⁰⁹¹ GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Los nuevos delitos contenidos en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado”, *op. cit.*, pág. 754.

otras que se hallaban dispersas en distintas partes de dicho Código, además de algunas otras nuevas que ha introducido el legislador, al haber procedido a ordenar con mayor acierto sistemático los atentados contra la Administración de Justicia entendida como garantía última de los derechos e intereses personales y sociales en la resolución de conflictos¹⁰⁹² y, en concreto, contra el recto servicio y función de la misma¹⁰⁹³.

La doctrina venía demandando, desde mucho tiempo antes de la promulgación del nuevo Código, la conveniencia de reunir en el correspondiente Título dedicado a la Administración de Justicia todas las conductas que tenían bajo común denominador el atentar contra dicho interés de forma específica¹⁰⁹⁴ pero excluyendo, a la vez, aquellas en las que no se diferenciara un injusto diferente al de cualquier atentado contra la Administración Pública, a excepción del hecho de venir referido al

¹⁰⁹² GONZÁLEZ RUS, J.J., "Delitos contra la Administración de Justicia (I)", VVAA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, (Dir. Cobo del Rosal, M.), Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000, pág. 852. Una opinión más crítica de dicha sistemática, puede verse en OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El delito de prevaricación de los funcionarios públicos", *La Ley*, 8 de octubre de 1996.

¹⁰⁹³ Expresión esta última que emplea QUINTERO OLIVARES aunque, como inmediatamente advierte, no todas las conductas que atentan contra dichos intereses se hallan ubicadas en este Título, comenzando por ciertos delitos de funcionarios contra los derechos individuales de quien es acusado en un proceso (arts. 534, 537), siguiendo con los atentados a la independencia judicial (art. 508) y acabando con la falta de desórdenes en las Audiencias (art. 633). QUINTERO OLIVARES, G., "Título XX", VVAA, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1923.

En general existe acuerdo en la doctrina acerca de la dificultad de fijar un bien jurídico común a los delitos contenidos en este Título pero, a pesar de todo, como dice MUÑOZ CONDE, lo que les da sentido y autonomía es su relación con la Administración de Justicia y, con ella, con el Poder Judicial. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, 11ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 791.

¹⁰⁹⁴ Así, entre otros, LUZÓN PEÑA, D.M., "Consideraciones sobre la sistemática y alcance de los delitos contra la Administración de Justicia", *La Reforma Penal y Penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, págs. 513-550; QUINTERO OLIVARES, G., "Los delitos contra la Administración de Justicia", *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 79, 1980, págs. 191-206; del mismo, "Título XX", *op. cit.*, págs. 1923-1993; MAGALDI PATERNOSTRO, Mª J. y GARCÍA ARÁN, M., "Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal", *Documentación Jurídica*, núm. 37-40, Vol. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1983, págs. 1117-1194; CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, págs. 15 y ss; GARCÍA ARÁN, M., "Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. IV, 1997, págs. 279-300.

ámbito de la Administración de Justicia. Básicamente se requería que la legislación penal abordara la protección de los aspectos “funcionales” de las Administraciones Públicas en dos categorías: las funciones públicas en general (en el Título antes rubricado como “Delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones”, ahora denominado “Delitos contra la Administración Pública”) y la función de administrar Justicia o función jurisdiccional, en un Título denominado “Delitos contra la Administración de Justicia”¹⁰⁹⁵.

Por ello, la tutela que dispensa el Código en el Capítulo XX a la Administración de Justicia no se limita, a mi entender, a la contemplación de ésta como una más de las actividades prestacionales o de los servicios públicos que dispensa el Estado a través de sus administraciones, en este caso de justicia¹⁰⁹⁶. De hecho, la tutela y protección del debido ejercicio de las funciones públicas y de la confianza en sus autoridades y funcionarios, en general, son materias propias de la regulación de los delitos contra la Administración Pública que se aplican, como es obvio, a los equivalentes aspectos de la Administración de Justicia. Sin negar que la Administración de Justicia es Administración, el Título XX aborda la tutela, ante todo, de la función jurisdiccional y del proceso¹⁰⁹⁷. Y es que, como se ha señalado¹⁰⁹⁸, la característica propia y definitoria de la función jurisdiccional es que se ejerce por

¹⁰⁹⁵ GARCÍA ARÁN, M., “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995”, *op. cit.*, págs. 279-280.

¹⁰⁹⁶ En el mismo sentido, QUINTERO OLIVARES, G., “Título XX”, *op. cit.*, pág. 1924 y CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁰⁹⁷ GARCÍA ARÁN, M., “Consideraciones sobre los delitos contra la Administración de Justicia en el Proyecto de Código Penal de 1992”, *Política criminal y reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Dr. Juan del Rosal*, Edersa, Madrid, 1993, págs. 519 y ss. También SERRANO BUTRAGUEÑO, I. y otros, “Introducción a los delitos contra la ‘realización’ de la Justicia. Arts. 325 a 338 bis del Código Penal”, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Comares, Granada, 1995, págs 9-11. VIVES ANTÓN, en cambio, entiende que la referencia a la Administración de Justicia no alude a un bien jurídico común a las infracciones de este Título pues hay algunas figuras delictivas comprendidas en el mismo que sólo afectan a aquélla de forma muy indirecta. En su caso, se prefiere tomar como bien jurídico el buen funcionamiento del poder judicial y del proceso. VIVES ANTÓN, T.S., “Título XX”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1880.

¹⁰⁹⁸ MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, pág. 1124.

un Poder del Estado¹⁰⁹⁹, a través de un cauce legal exclusivo que es el proceso¹¹⁰⁰, cuya tutela exige extender la protección, asimismo, a la libertad de las partes¹¹⁰¹ y demás intervinientes en el mismo y, en especial, a los derechos del acusado (en el proceso penal)¹¹⁰².

Precisamente por ello, resulta aún más paradójico que el Código Penal no haya dedicado un solo precepto específico a la tutela inmediata de la imparcialidad del juez o del jurado¹¹⁰³ frente a actuaciones externas al proceso pese a que la imparcialidad es, como hemos visto, el elemento esencial y definitorio de la función jurisdiccional y la garantía última de un proceso justo. Aun cuando se parta del presupuesto de que la tutela penal de la Administración de Justicia se proyecte exclusivamente sobre la “función jurisdiccional”, ello no impide a considerar necesaria también la tutela de los “órganos” a través de los cuales se desempeña tal función frente a cualesquiera ataques de que sean objeto pues, como afirman MAGALDI - GARCÍA ARÁN, son imperativos del Estado de Derecho la “imparcialidad y garantías formales en la aplicación judicial de las leyes”¹¹⁰⁴. Pese a ello, sólo cabe

¹⁰⁹⁹ Cuya autoridad, en el sentido democrático en el que hay que entender este término, como ya se expuso en la introducción de este trabajo, merece protección. En el mismo sentido, CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, pág. 26.

¹¹⁰⁰ El proceso debe ser concebido, como apuntan MAGALDI - GARCÍA ARÁN, como “proceso debido”, es decir “aquel proceso en el cual las garantías formales se impregnen de contenido material de tal manera que pueda ser calificado además de ‘legal’ como ‘debido’”. MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, pág. 1127-1128.

¹¹⁰¹ Expresamente a favor de la tutela penal de la libertad de las partes como garantía material del “proceso debido”, *vid. ibid.*, págs. 1127-1128.

¹¹⁰² GUZMÁN DALBORA afirma que “Administración de Justicia y función jurisdiccional son dos maneras distintas para designar una misma entidad” y que esta última “se desarrolla por el conducto de esa actividad formalizada, sucesiva y teológicamente orientada que denominamos proceso”. GUZMÁN DALBORA, J.L., “La Administración de Justicia como objeto de protección jurídica”, VVAA, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, (Coord. Nieto Martín, A.), Vol. II, Universidad Castilla - La Mancha / Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, págs. 242-243.

¹¹⁰³ Tampoco hay tipos que tuteen debidamente la imparcialidad de los jurados como miembros de un Tribunal. En el mismo sentido, LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, *op. cit.*, pág. 123-125.

¹¹⁰⁴ MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, págs. 1124-1125.

hallar en el Código referencias a atentados directos a la independencia (garantía de la imparcialidad) cometidos por otros poderes del Estado, pero no ataques directos a los Jueces en su imparcialidad personal¹¹⁰⁵.

La protección penal del derecho a un juez imparcial que indirectamente proporciona el Código a través de las diferentes figuras delictivas se refiere a dos clases de conductas bien distintas: las de los propios órganos jurisdiccionales que actúan ilícitamente y de las cuales cabe concluir que exteriorizan la parcialidad del juzgador y, por otro, las de los terceros que actúan contra los propios órganos jurisdiccionales, el proceso o sus intervinientes, que pueden quebrantar la debida función jurisdiccional y, en general, las garantías de un juicio justo e imparcial. En cuanto a los ataques indirectos a la imparcialidad del juez o miembro del Tribunal (sea lego o profesional), me referiré exclusivamente a aquellas figuras delictivas que contemplan actuaciones sobre las partes o demás intervinientes en el proceso que quiebran las garantías del juicio justo e imparcial; en lo que se refiere a su alcance, la tutela penal se extiende tanto a formas de lesión como a actividades de mera puesta en peligro¹¹⁰⁶ de la correcta administración de justicia.

Respecto de la tutela de la imparcialidad proveniente de actuaciones indebidas del juez hay que advertir, desde el primer momento, que aunque los jurados puedan

¹¹⁰⁵ No se ha previsto un tipo penal directo para atajar esos atentados a la imparcialidad y demás garantías del proceso justo desde fuera del proceso en ninguna parte del Código, ni entre los delitos contra la Administración de Justicia ni en los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (Cap. IV del Tít. XXI). Como veremos, la única figura próxima, es el delito de atentado a la independencia del Poder Judicial por parte de otros poderes del Estado (art. 508 CP) que, como sostiene MUÑOZ CONDE ataca el aspecto ideológico o político de la Administración de Justicia, (...) como control y garantía de la legalidad del sistema jurídico. MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 791.

¹¹⁰⁶ Sobre los delitos de peligro, al margen de los Manuales, *vid.*, RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Universidad Complutense de Madrid - CEJ, Madrid, 1994, págs. 13 y ss; MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, Universidad Complutense Madrid - Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1993.

ser equiparados a efectos penales a los funcionarios públicos, como se desprende del tenor del art. 24.2 de CP¹¹⁰⁷:

“Se considerará funcionario público todo el que por disposición inmediata de la Ley o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas”,

no cabe extender los correspondiente tipos delictivos especiales de jueces y magistrados a los Jurados por dos razones: las conductas sancionables penalmente a los jurados sólo son las específicamente definidas en la propia Ley del Jurado¹¹⁰⁸ y, por otra parte, las que se sancionan en el Código Penal respecto a jueces y magistrados no pueden ser cometidas materialmente por ellos (ej.: prevaricación, retardo malicioso, violación del secreto sumarial, etc.) pues los Jurados no tienen atribuidas las mismas funciones que éstos, ni dirigen el juicio, ni dictan sentencia. No obstante, como bien puntualizan LLABRÉS FUSTER Y TOMÁS-VALIENTE LANUZA¹¹⁰⁹ los jurados no se limitan a ser funcionarios a los efectos penales, pudiendo ser abarcados también en el concepto de autoridad al ser miembros de un Tribunal y, como tal, ejercen jurisdicción propia (art. 24.1 CP). El Código, no obstante, equipara expresamente como sujetos activos del delito a jueces y jurados sólo en un caso, concretamente en el cohecho, según dispone el art. 422 CP.

Es importante, asimismo, recordar que la Disposición adicional primera de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado ha suprimido el Antejudio al derogar el artículo 410 LOPJ y el Título IV de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. El Antejudio, como se sabe, era un mecanismo procesal existente en el Derecho español para exigir responsabilidad penal a los jueces y magistrados consistente, más

¹¹⁰⁷ En este sentido, *vid.* LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, *op. cit.*, págs. 21-31.

¹¹⁰⁸ Así, según lo dispuesto en D.A. 2ª LOTJ serían la persistencia en la negativa a prestar juramento o promesa, el abandono de funciones, la persistencia en la negativa a votar y la revelación del secreto de las deliberaciones.

que en un procedimiento penal especial, en un serie de previsiones orgánicas y procesales dispersas cuyo objeto era la admisibilidad de la querrela presentada por un particular contra un juez o magistrado por delito cometido en el ejercicio de sus funciones. La institución pretendía “proteger a la Jurisdicción frente a la venganza y la temeridad (...) porque atiende, entre otros, a un factor tan poco edificante como la proliferación, en los últimos tiempos, de querellas absurdas e infundadas más tendentes a la intimidación del Juez que a la búsqueda de su justa responsabilidad”¹¹¹⁰. La complejidad del mecanismo previsto legalmente convirtió, de facto, al antejuicio en una vía inutilizarse por el ciudadano y, por tanto, en un obstáculo para exigir la más eficaz reacción frente a los delitos cometidos por los jueces¹¹¹¹.

Mas lo cierto es que si el propósito del antejuicio era evitar las querellas infundadas al exigir que, en un trámite previo a la admisión a trámite de la misma, se examinara su verosimilitud, en lugar de suprimirla, lo que debía haberse hecho es extenderla a todo procedimiento penal. En algún momento tuvo sentido afirmar que “la tarea jurisdiccional presenta unas peculiaridades de las que carecen las restantes funciones del Estado” y que hacen que “el juzgador se encuentre expuesto permanentemente a cualquier incriminación, formulada por litigante perjudicado por la resolución que dictó, o por terceros ajenos que discrepan de dicha resolución”¹¹¹². Hoy en día, ese riesgo se ha extendido a muchas otras categorías funcionariales, a políticos, a empresarios, a profesionales y a la ciudadanía, en general, que carecen de

¹¹⁰⁹ LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, *op. cit.*, págs. 28-31.

¹¹¹⁰ ZARZALEJOS NIETO, J., *El proceso penal contra jueces y magistrados (La especialidad del antejuicio)*, Universidad Complutense de Madrid - CEJ, Madrid, 1992, pág. 324.

¹¹¹¹ ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Y MOVILLA ÁLVAREZ, C., denunciaban que debía “convenirse en la existencia de una virtual situación de irresponsabilidad real de los mismos frente a los destinatarios de la justicia”. Cfr. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. Y MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El Poder Judicial*, *op. cit.*, pág. 139.

¹¹¹² ZARZALEJOS NIETO, J., *El proceso penal contra jueces y magistrados (La especialidad del antejuicio)*, *op. cit.*, pág. 320.

todo mecanismo protector frente a la presentación —y automática admisión— de una querrela penal¹¹¹³.

Las conductas en que los terceros atentan contra la imparcialidad de los propios órganos jurisdiccionales directamente, el Código no presta un tratamiento diferente según la clase de órgano jurisdiccional o de proceso: Sencillamente, como he dicho, no presta su atención a este problema.

Voy a referirme a continuación sólo a aquellas figuras delictivas que guardan relación con la tutela de la imparcialidad del juez y el proceso, siquiera indirectamente. Algunas pertenecen al título de los delitos contra la Administración de Justicia y por ellas comenzaré; otras, en cambio, responden a la tutela de diversos intereses y el legislador ha optado por ubicarlas en otros lugares del Código Penal.

i) Prevaricación

Se ha llegado a afirmar que el delito de prevaricación judicial se configura como la única vía para exigir responsabilidad a Jueces y Magistrados cuando administran justicia de forma independiente y garantizar que no lo hacen de forma arbitraria, sino sometidos al ordenamiento jurídico¹¹¹⁴. Aun cuando relativizáramos dicha afirmación mediante el reconocimiento de que, junto al delito de prevaricación, han coexistido en la legislación otros mecanismos para garantizar la responsabilidad

¹¹¹³ Dicho mecanismo no puede ser otro que la introducción de un trámite previo a la admisión de la querrela en el que, de forma contradictoria, las partes implicadas expongan ante el órgano judicial las razones para su admisión o desestimación. Se trataría de tutelar debidamente la presunción de inocencia desde el primer momento a través de dicho trámite de forma similar a como se opera en el sistema procesal penal norteamericano con la audiencia preliminar donde el querrellado tiene oportunidad de defenderse frente a una acusación manifiestamente infundada (prematura, errónea, con falta de indicios relevantes suficientes, etc.), incluso cuando es sostenida por el Ministerio Público.

¹¹¹⁴ Cfr. RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 70.

de los jueces¹¹¹⁵, hay que admitir que la práctica arroja un balance muy elocuente en contra de su vigencia efectiva. Un malentendido afecto a la independencia se ha vuelto en contra de la responsabilidad y en lugar de aparecer como dos notas características y complementarias de la posición del juez, legislación y práctica arrojan una relación entre ambos principios antitética y descompensada —a favor, naturalmente, de la irresponsabilidad—¹¹¹⁶.

Lo que nos incumbe, ante todo, es indagar en la aptitud del delito de prevaricación como instrumento de tutela de la imparcialidad de los jueces, tanto en su aspecto personal, como procesal o funcional, para lo que abordaré la cuestión, sin duda polémica en la doctrina, de cuál es el objeto de protección de este delito. El cambio de ubicación del delito de prevaricación judicial en el Código Penal de 1995 respecto del Código penal derogado no ha resuelto, ni mucho menos, de modo definitivo esta cuestión. Si anteriormente la prevaricación judicial se regulaba entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos (Título VII, arts. 351-357), hoy los preceptos que sancionan esta modalidad delictiva se ubican en el Título XX dedicado a los delitos contra la Administración de Justicia (arts. 446-449). La rúbrica empleada por el legislador no precisa el objeto de tutela común y específico a la variedad de delitos agrupados en dicho Título¹¹¹⁷, de manera que hay que emplear los recursos hermenéuticos ordinarios en cada uno de los tipos

¹¹¹⁵ GONZÁLEZ GRANDA menciona entre los mecanismos de control de la actividad del juez los derivados de la responsabilidad penal, civil y disciplinaria. *Cfr.* GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del juez y control de su actividad*, *op. cit.*, págs. 174-175. VIVES se refiere además a una responsabilidad política en sentido amplio que emplea como mecanismos uno difuso: la crítica pública y otro institucional: la valoración a efectos de la carrera del juez. *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial” *op. cit.*

¹¹¹⁶ RAMOS TAPIA, M^o I., *El delito de prevaricación judicial*, *op. cit.*, págs. 70-75. Sobre la relación entre independencia y responsabilidad como principios instrumentales de la posición del juez, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial” *op. cit.*, págs. 226-227.

¹¹¹⁷ Ya en su informe al Anteproyecto de 1992 sugería el Consejo General del Poder Judicial “un cambio de nomenclatura que, yendo más allá de lo puramente anecdótico, implicase una nueva concepción del objeto de tutela”, para lo cual proponía la siguiente: delitos contra el Poder Judicial, el correcto ejercicio de la jurisdicción y las garantías procesales. *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., “Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992”, *op. cit.*

delictivos en él incluidos e irlos fijando. Así había operado la doctrina en relación con el viejo delito de prevaricación y así lo hace ahora con los nuevos preceptos sin que en uno y otro caso exista nada parecido a un acuerdo doctrinal. La opinión mayoritaria, desde luego, sostiene hoy que la sanción penal por prevaricación persigue la tutela de la Administración de Justicia, concretada en el correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional con pleno y exclusivo sometimiento al Derecho¹¹¹⁸. Ya no se alude a la infracción o incumplimiento de los deberes del cargo frente al Estado que constituía la base de la concepción doctrinal clásica del injusto en los delitos de funcionarios¹¹¹⁹ aunque, por ser más exactos, todavía se sostiene por algunos autores que el injusto lo constituye la infracción del deber instituido por “la vinculación exclusiva del juez al ordenamiento jurídico” junto al que puede considerarse también, en consecuencia, “el deber de imparcialidad”¹¹²⁰.

Para GARCÍA ARÁN el injusto que caracteriza a este delito es el quebranto de la función jurisdiccional, lo que no excluye la consideración hacia el incumplimiento del deber nacido de la especial relación que une al juez con el Estado como funcionario público¹¹²¹ —de hecho, la antigua ubicación del precepto que sancionaba la prevaricación judicial lo ponía especialmente de manifiesto—. No obstante,

¹¹¹⁸ Así GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 59; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia (I)”, *op. cit.*, pág. 853; SERRANO BUTRAGUEÑO, I. y otros, *Delitos contra la Administración de Justicia*, Comares, Granada, 1995, págs.52-53; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 791; ORTS BERENGUER, E. “Art. 446”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1882; QUINTERO OLIVARES, G., “Título XX” y “Art. 446”, *op. cit.*, págs. 1924-1926.

¹¹¹⁹ Frente a la que opusieron sus críticas, entre otros, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, Cívitas, Madrid, 1980, págs. 239-262, BACIGALUPO ZAPATER, E., *Estudios sobre la parte especial del Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1994, págs. 446-448, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, págs. 17-18.

¹¹²⁰ Expresamente, en relación con la imparcialidad, BENEYTEZ MERINO, L., “Art. 466”, VVAA, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, (dir. Conde-Pumpido Ferreiro, C.), Tomo III, Trivium, Madrid, 1997, pág. 4182. También la admite como fundamento teórico, pero lo rechaza “por sus consecuencias político-criminales”, RAMOS TAPIA, Mª I., *El delito de prevaricación judicial*, *op. cit.*, págs 148-152. Esta última autora se decanta por configurar la “infracción del deber institucional de vinculación exclusiva al Derecho” como el objeto de protección exclusivo.

superada la vieja discusión sobre la contemplación jurídico-penal de la Administración como persona o como función¹¹²², y el tinte antidemocrático que se desprende de la contemplación de la infracción de un deber como la esencia del injusto en este delito¹¹²³ —así como, en general, de cualquier delito cometido por funcionarios o autoridades en el ejercicio de sus funciones—¹¹²⁴, prefiero definir la infracción con referencia al quebranto del correcto ejercicio de la potestad jurisdiccional con pleno y exclusivo sometimiento al Derecho.

En esa medida, la idea apuntada —aunque finalmente descartada— por RAMOS TAPIA de que el delito de prevaricación protege *el deber de imparcialidad* merece alguna consideración. Si por imparcialidad, como tantas veces he advertido, se alude exclusivamente a una actitud interior de falta de prevención del juez hacia las partes o el objeto de litigio, la configuración del injusto como quebranto de un supuesto deber de imparcialidad es, a todas luces, incorrecta¹¹²⁵. Desde luego, la injusticia de la resolución dictada, que es el elemento central de la conducta típica prohibida en la prevaricación, no puede confundirse con *lo que es tendencialmente parcial*, sino que

¹¹²¹ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, op. cit., págs. 40-41.

¹¹²² Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., págs. 189-212; GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, op. cit., págs. 33-38; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, op. cit., págs. 16-17.

¹¹²³ Para RAMOS TAPIA esa crítica a la infracción del deber como base del injusto no puede mantenerse ya hoy con la configuración constitucional del juez como miembro de un poder independiente y no sometido a vigilancia del ejecutivo. Para ella, el juez no pertenece a la Administración —lo cual está claro— pero tampoco se integra en la estructura del Estado, sino del Derecho (*sic*). RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, op. cit., págs. 96-97

¹¹²⁴ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, op. cit., págs. 17-18.

¹¹²⁵ Cfr. RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, op. cit., págs. 150-151. La razón que aduce la autora para rechazar la idea de que la infracción del deber de imparcialidad constituye el fundamento de este delito es, en cambio, que admitir que el tipo castiga la “actitud parcial del juez”, conduce a la exigencia de un elemento subjetivo adicional, inexistente en la ley, consistente en querer perjudicar o favorecer a una parte. Ninguna de las dos afirmaciones nos parece correcta pues, como se ha dicho, la imparcialidad no es una actitud y la consecuencia que objetivamente se deriva de una conducta no tiene por qué ser contemplada como elemento subjetivo del tipo.

obedece a una perspectiva objetiva de contrariedad formal y material a Derecho¹¹²⁶, por más que como consecuencia inevitable, toda resolución justa o injusta beneficia a un parte y perjudica a otra. Una resolución es injusta cuando se infringe el Derecho en el proceso de interpretación, selección y consiguiente aplicación de las normas jurídicas aplicables a un caso y es, además, constitutiva de una prevaricación cuando su autor la dicta a sabiendas. Por ello, se puede afirmar que toda prevaricación exterioriza la parcialidad del juez que dictó la resolución, lo que no implica introducir un inexistente elemento subjetivo en el tipo de prevaricación que exija tal móvil específico en la actuación del juez, sino asumir que toda actuación torcida de un juez denota parcialidad¹¹²⁷ —aunque no toda expresión de parcialidad, obviamente, esté vinculada a una actuación prevaricadora—.

La lesión a la imparcialidad inherente a toda prevaricación tampoco conduce a asumir que nos hallamos ante un delito de resultado *stricto sensu*, esto es, ante un delito en el que el tipo describe un resultado material separable espacio-temporalmente de la acción del autor. Pese a que un importante sector doctrinal considere que la resolución injusta es el resultado típico y que, en consecuencia, caben formas imperfectas de ejecución, pienso que el tipo se consume con la mera conducta de dictar la resolución injusta, sin que se exija ninguna clase de elemento

¹¹²⁶ Existe acuerdo unánime en la doctrina española a la hora de considerar que la injusticia de la resolución se mide con parámetros objetivos —contrario formal y materialmente a Derecho— y no subjetivos, —contrario a lo que es justo según la convicción o conciencia del juez—. Ello exige, a su vez, diferenciar entre ilegalidad e injusticia, porque no prevarica quien se equivoca —los errores se depuran con los recursos—. Así, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, F., en el Prólogo a *La prevaricación judicial* de GARCÍA ARÁN, M. Podemos en este punto suscribir las siguientes palabras de GONZÁLEZ CUSSAC: “(...) además de la claridad de la contrariedad al derecho de la decisión dictada, ésta ha de ser portadora del desvalor contemplado en el tipo. (...) Pero es más, *entre ilegalidad e injusticia se levanta una frontera basada nuevamente en la idea de arbitrariedad.*” (cursiva en el original). GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, op. cit., pág. 66. Por arbitrariedad entiende este autor el criterio inverso a la validez universal: “injusta sería toda resolución que jamás podría tener cabida en un sistema jurídico dado” *Ibid.*, pág. 67.

¹¹²⁷ Ya VIVES demostró la relación entre quebranto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y falta de imparcialidad del juez que las provoca. El perjuicio a la parte que sufre la dilación es una consecuencia inevitable que objetivamente se deriva de tal actuación torcida del juez y que manifiesta objetiva y fundamentalmente su falta de imparcialidad. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal*, op. cit., págs. 75-76.

típico adicional —véase, perjudicar a una u otra parte—. Ello no es obstáculo alguno para la calificación del delito como delito de lesión desde el punto de vista del injusto¹¹²⁸. Como he dicho anteriormente, la imparcialidad se nutre de diversas garantías para favorecer su cometido último, que no es otro que garantizar la preeminencia del Derecho. En la medida en que el juez voluntariamente rechace emplear como único criterio de juicio el de la ley, nos hallamos ante una lesión de la imparcialidad personal; en este caso la resolución o sentencia injusta manifiesta que el temor a la pérdida de la imparcialidad está objetivamente fundado¹¹²⁹.

Nuestra atención va a centrarse en el análisis de los artículos 446 y 447 CP, es decir, en las modalidades de la prevaricación consistentes en dictar resolución injusta¹¹³⁰. La primera advertencia que cabe hacer es que quedan fuera del ámbito delictivo que analizamos las equivalentes conductas de los Jurados consistentes en dictar un veredicto contrario a Derecho. Las razones, como bien han sido apuntadas

¹¹²⁸ Respecto a la distinción dogmática entre resultado y lesión, *vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, págs.276-281; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 350-351. A favor de la contemplación del delito de prevaricación como delito de mera actividad, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 792; BENEYTEZ MERINO, L., “Art. 466”, *op. cit.*, pág. 4185; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, *op. cit.*, págs. 23-26; GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia (I)”, *op. cit.*, pág. 855. En contra, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, *op. cit.*, pág. 401; RAMOS TAPIA, Mª I., *El delito de prevaricación judicial*, *op. cit.*, págs. 367-368.

¹¹²⁹ Así, en la STS 21-7-2000 (ponente: Bacigalupo) se admite que en el recurso de casación cabe impugnar la resolución por quebranto del derecho a un juez imparcial: “Una vez dictada la sentencia por el Tribunal, cuya recusación fue oportunamente rechazada, la cuestión de la imparcialidad debe ser juzgada a la luz del contenido de dicha sentencia. Esto significa que si el Tribunal pronunció un fallo que es adecuado a derecho, que no exterioriza la parcialidad de los jueces, pues cualquier otro Tribunal podría haber emitido una sentencia de ese contenido, la imparcialidad del Tribunal que juzgó quedó demostrada. Por lo tanto, el recurrente no puede alegar en casación que ha sido juzgado por un Tribunal que no reunía los requisitos de imparcialidad establecidos en la Constitución, sin demostrar que la parcialidad se exterioriza en la sentencia.”

¹¹³⁰ No obstante, ya hemos dicho que el retardo malicioso (art. 449.1 CP) exterioriza la parcialidad del juez del caso en la medida en que su retraso favorece las pretensiones de una de las partes, en perjuicio de la otra y ello le hace perder, por tanto, su condición de tercero ajeno a los intereses de las mismas. En cuanto a la negativa a juzgar sin alegar causa legal (art.448 CP) podemos mantener la misma conclusión: el juez perjudica a una de las partes perdiendo, en consecuencia, su imparcialidad procesal o funcional.

por la doctrina¹¹³¹, derivan del propio tenor literal del tipo penal, pues los jurados no son jueces ni magistrados y, además no dictan resoluciones ni sentencias. Es cierto, no obstante, que materialmente cabe imaginar la posibilidad de que existiera un acuerdo entre los integrantes de un Tribunal del Jurado similar al que pueda producirse en un Tribunal ordinario para dictar un veredicto injusto, pero tal conducta no puede sancionarse conforme al Derecho penal vigente por estrictas razones de legalidad¹¹³².

Los posibles autores del delito son, exclusivamente, los jueces y magistrados. La doctrina mayoritariamente admite, no obstante, la posible responsabilidad como partícipe de un *extraneus* en los delitos especiales, bien sea como cooperador o como inductor¹¹³³. Ello resulta perfectamente aplicable por tanto a este delito y como tal, lo admiten expresamente las SSTS de 18 enero y 24 junio 1994 en sendos delitos de prevaricación dolosa con arreglo al art. 358 CP derogado.

Precisamente en relación con la inducción es donde se nos plantea la posibilidad de hallar en este tipo delictivo un posible cobertura penal frente a cierto tipo de conductas atentatorias a la imparcialidad de los jueces cometidas desde fuera del proceso. Dichas conductas pueden provenir de otras autoridades o funcionarios, o bien de particulares. En el primer caso, puede plantearse un concurso con el delito de atentado a la independencia tipificado en el art. 508.2 CP. En efecto, allí donde la conducta consista en que una autoridad o funcionario administrativo o militar dirija a

¹¹³¹ LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, op. cit., págs. 98-99; RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, op. cit., págs. 187-205.

¹¹³² En cambio, de *lege ferenda* cabe plantearse, como decimos, la posibilidad de la prevaricación de un Tribunal de Jurado, porque ningún impedimento de acceso al bien jurídico puede oponerse en ese caso para ser autor del delito; lo mismo cabría sostener desde aquellas concepciones de injusto basadas en la infracción de un deber, porque el jurado tiene también el deber de someterse al Derecho en el desempeño de su función, como se establece en el art. 3.3 LOTJ.

¹¹³³ Vid. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *La prevaricación del funcionario público*, op. cit., pág. 395; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 2^a ed., op. cit., pág. 467; GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *El delito de prevaricación de funcionario público*, op. cit., pág. 127; RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, op. cit., págs. 447-448.

un Juez o Magistrado una instrucción, orden o intimación relativa a una causa, el hecho se calificará como tal delito de atentado a la independencia, pero también cabe considerarlo como una inducción a la prevaricación, si ésta surte efectos en el destinatario llevándole a dictar una resolución o sentencia injusta. El concurso de normas debe resolverse conforme a las reglas que rigen estos supuestos en favor, entiendo, de la inducción a la prevaricación, puesto que en ésta se encuentra consumida la infracción a la independencia tipificada en el art., 508.2 (regla 3ª del art. 8 CP)¹¹³⁴. Ahora bien, como la inducción exige la ejecución del hecho por parte del inducido, habrá que castigar la conducta como atentado a la independencia —que no exige resultado— allí donde el sujeto pasivo no se sienta inquietado y actúe exclusivamente conforme a Derecho.

Por cierto, que el eventual castigo por inducción a la prevaricación será la única alternativa político-criminalmente posible en los casos en que el atentado no provenga de alguno de los sujetos mencionados en el art. 508.2 CP¹¹³⁵, aunque para ello, como he dicho, la conducta debe poder calificarse como de inducción, esto es, incitación directa a la prevaricación, supuesto en el que no cabe incluir las recomendaciones, insinuaciones o la incitación indirecta, pues ello no equivale a “determinar a otro a la realización del hecho típicamente antijurídico” o “hacer nacer en otro una voluntad delictiva de la que carecía”¹¹³⁶. Ni siquiera cabe llegar a la inducción por la vía de la provocación seguida de la perpetración del delito conforme prevé el art. 18.2 CP porque, como sabemos, el Título XX no contempla la sanción por los actos preparatorios para los delitos contra la Administración de Justicia.

¹¹³⁴ En el mismo sentido RAMOS TAPIA, Mª I., *El delito de prevaricación judicial*, *op. cit.*, pág. 500.

¹¹³⁵ Excepción hecha de los propios jueces y magistrados, cuya conducta es constitutiva de una infracción disciplinaria muy grave conforme al art. 417.4º LOPJ salvo que pueda constituir un delito de prevaricación propio si para realizar la conducta dictan una resolución. En ese supuesto, el castigo por la propia prevaricación absorbería la sanción disciplinaria pues concurre identidad de fundamento y bien jurídico (art. 415.3 LOPJ, *a sensu contrario*)

¹¹³⁶ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 686.

Tampoco cabe sancionar la inducción llevada a cabo por varias personas complementariamente —que es el supuesto más frecuente cuando me refiero a campañas de prensa y juicios paralelos—, pues el art. 28 requiere inducción directa, no bastando la conducta de tomar parte en la inducción (co-inducción) ni tampoco la llamada inducción en cadena, esto es, inducir a otro que, a su vez, induce al destinatario final. Todo ello nos reduce extraordinariamente las posibilidades de considerar que la inducción a la prevaricación sea, en efecto, la vía legal óptima para tutelar la imparcialidad de los jueces y tribunales frente a determinadas actuaciones de los medios de comunicación. Ni la conducta de dichos medios se adecua con carácter general a las exigencias de una incitación directa, ni mucho menos cabe presumir que una campaña determina la voluntad del juez del caso para cometer una prevaricación dolosa. Aun cuando una publicación aisladamente o formando parte de una campaña o juicio paralelo contenga indicaciones acerca de la decisión que debería adoptar el juez de un caso o deslegitime las tesis alternativas de las partes, etc. no puede sostenerse que ello constituya una inducción, ni aun cuando la decisión final del juez la siga fielmente, pues la mera sucesión temporal entre una y otra conducta no constituye por sí misma prueba de la inducción. Por último, y no menos importante, la inducción exige no sólo que se “convenza” al juez o Tribunal acerca de la conveniencia de adoptar una decisión u otra, sino que ésta debe ser injusta, esto es, formal y materialmente contraria a Derecho y el juez debe saberlo. Tampoco este elemento es relevante cuando advertimos de los peligros de las campañas de prensa y los juicios paralelos, pues la clase de publicaciones que generan temor en las partes y, a veces, en el propio juez, no contienen indicaciones directas sobre una decisión de fondo arbitraria, sino que suelen revestirse de otra forma, como alternativas a la fijación de los hechos, la valoración de la prueba, la credibilidad de los testigos o las partes, o la “injusticia material” de una u otra solución.

La incitación directa y dolosa a una prevaricación judicial dolosa no pasa de ser una hipótesis remota con relación a la actividad de los medios de comunicación. Ni puede imputarse a los medios de comunicación con carácter general la responsabilidad de que sus publicaciones constituyan una inducción a la

prevaricación¹¹³⁷, ni la debida tutela de la imparcialidad —al menos de *lege ferenda*— merece limitar su responsabilidad únicamente a ese supuesto. El juez del caso puede *sentirse* inmune a todo tipo de presiones y, no obstante, las partes temer legítimamente que tales presiones pueden afectar o han afectado, de hecho a su decisión. En definitiva, al margen de la inducción a la prevaricación, existe un amplio repertorio de conductas de los medios de comunicación en relación con los procesos que lesionan las garantías de imparcialidad del juez y del juicio justo al quebrarse con fundamento y objetivamente la presunción de partida favorable a tal imparcialidad personal y funcional del juez.

ii) *Obstrucción a la justicia*

El Capítulo VII del Título XX acoge una diversidad de conductas delictivas agrupadas bajo las expresiones “obstrucción a la Justicia” y “deslealtad profesional” cuyo común denominador es que afectan a la función jurisdiccional obstruyendo su desempeño¹¹³⁸. Dejando al margen las llamadas deslealtades profesionales (arts. 465, 466 y 467 CP) porque carecen de interés para nuestro estudio, voy a ocuparme

¹¹³⁷ Dejamos al margen otras hipótesis de actuación delictiva, todavía más inverosímiles, como la de que la prevaricación inducida se haya logrado mediando, además, un cohecho. En este supuesto, la circunstancia de que quien ofrezca la dádiva al juez sea un medio de comunicación no aporta ninguna particularidad al supuesto, sino que, en su caso, constituirá una prueba de que la inducción a la prevaricación se materializó mediante la comisión de otro delito. En estos supuestos, las soluciones al concurso que ofrece la doctrina distan del mínimo consenso: se admite por unos que estamos ante un concurso real de delitos, por otros ante un concurso ideal y, por último, ante un concurso de normas. Como explicación a tal desencuentro debe apuntarse que existe una diversidad de supuestos de hecho posibles, que complican la propia calificación del cohecho en uno u otro tipo. Parece claro que, en todo caso, debemos centrarnos en los casos de cohecho precedente a la prevaricación, puesto que el concurso se produce con una inducción a la prevaricación. En apoyo de la opción por el concurso real se aduce el propio tenor literal del art. 419 *in fine*, aunque dentro de éste y dependiendo de la dinámica comisiva, se admite que el concurso pueda ser medial. *Vid.* DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., “El delito de cohecho”, *Delitos contra la Administración Pública*, (Dir. Asua Batarrita, A.), IVAP, Oñati (Álava), 1997; MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., “Art. 319”, *VVAA, Comentarios al Nuevo Código Penal* (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1849-1850. También se acepta la posibilidad de calificar el concurso como ideal, como sostiene, por ejemplo, FEJOO SÁNCHEZ, B., *VVAA, Comentarios al Código Penal*, (Dir. Rodríguez Mourullo, G., Coord. Jorge Barreiro, A.), Cívitas, Madrid, 1997.

exclusivamente de las conductas que provocan obstrucciones a la Justicia y que se refieren, de un lado, a las incomparencias ante órganos judiciales (art. 463 CP) y, de otro, a los delitos contra la actuación de los intervinientes en el proceso (art. 464 CP).

De los tipos contenidos en el art. 463 CP me centraré, exclusivamente, en el que se sanciona en su apartado 3 y que alude, precisamente, al supuesto de **incomparencia del Juez o del miembro del Tribunal**¹¹³⁹, sin justa causa, ante el juzgado o Tribunal en proceso criminal con reo en prisión provisional, provocando la suspensión del juicio oral¹¹⁴⁰. Esta conducta omisiva no se hallaba sancionada en el Código penal derogado y tampoco en el PLOCP 1994¹¹⁴¹; todo lo que sabemos es que su inclusión se produjo en el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión de 5 de julio de 1995 al aprobarse íntegramente una enmienda del Grupo Parlamentario de Coalición Canaria en tal sentido¹¹⁴².

La doctrina suele señalar como injusto específicamente prohibido en este subtipo de incomparencia, al igual que ocurre con los demás supuestos punibles recogidos en los dos primeros apartados del art. 463, el quebranto del normal

¹¹³⁸ GARCÍA ARÁN, M., "Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995", *op. cit.*, pág. 281.

¹¹³⁹ También se incluye expresamente la incomparencia de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, pero no trataremos ese supuesto porque está desvinculado con el propósito de nuestro estudio.

¹¹⁴⁰ El texto del art. 463.3 es el siguiente: "Si la suspensión tuviere lugar, en el caso del apartado 1 de este artículo, como consecuencia de la incomparencia del Juez o miembro del Tribunal o de quien ejerza las funciones de Secretario Judicial, se impondrá la pena de arresto de dieciocho a veinticuatro fines de semana, multa de seis a doce meses de (*sic*) inhabilitación especial por tiempo de dos a cuatro años."

¹¹⁴¹ Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal, "Boletín Oficial de las Cortes Generales", Congreso de los Diputados, Serie A, núm.77-1, de 26 de septiembre de 1994.

¹¹⁴² La enmienda núm. 1065 que proponía la adición de este apartado se justificaba del siguiente modo: "No existe razón para establecer un trato más favorable a los Jueces, miembros del Tribunal o Secretarios Judiciales que a los profesionales mencionados en el apartado 2 de este artículo". Durante el debate en Ponencia y Comisión se discutió si la propuesta no era redundante a la vista de lo dispuesto en los correspondientes tipos de prevaricación por retardo malicioso pero se descartó, finalmente, tal objeción.

desarrollo del proceso penal, que se ve aquí entorpecido en la medida en que se incumplen los deberes que en relación con la Administración de Justicia se imponen a estos sujetos dada la función que desempeñan¹¹⁴³. El precepto resulta aplicable también a los jurados, pues se les considera a estos efectos como miembros del Tribunal. Ello no plantea problema alguno de concurso o duplicidad de sanciones con las sanciones disciplinarias por incomparecencia dispuestas en el art. 39.2 LOTJ ya que éstas se aplican a conducta distinta, la de la incomparecencia de los candidatos a jurado¹¹⁴⁴.

Aunque la doctrina no lo menciona expresamente, en el supuesto de que el juez provoque sin justa causa¹¹⁴⁵ la suspensión del juicio oral por su propia incomparecencia, habiendo un reo en prisión provisional, puede considerarse, asimismo, que su comportamiento exterioriza parcialidad o, más exactamente, que con su actuación se pueden fundar racionalmente las sospechas de que no ofrece garantías suficientes de imparcialidad ya que vulnera personalmente los derechos del acusado a un proceso sin dilaciones y, en definitiva, el derecho a un proceso con todas las garantías. En esa limitada forma, la conducta manifiesta un

¹¹⁴³ CUERDA ARNAU, M^a L., “Art. 463”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1924; QUINTERO OLIVARES, G., “Art. 463”, VVAA, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs 1980-1983, GONZÁLEZ RUS, J.J., “Delitos contra la Administración de Justicia (II)”, VVAA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, (Dir. Cobo del Rosal, M.), Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000, págs. 889-891; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 807, añade como interés adicional protegido, el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas. En contra, MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, págs. 1137-1138 conciben esta infracción como un mero tipo de desobediencia que no debiera incardinarse en este título, bien es cierto que su crítica se refiere a un precepto diferente pues, como sabemos, la redacción del tipo varió sustancialmente de un proyecto de Código (el del 92) al otro (del 94) y, de ahí, al texto tal y como se conoce.

¹¹⁴⁴ En el mismo sentido, CUERDA ARNAU, M^a L., “Art. 463”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, *op. cit.*, pág. 1929 y GARCÍA ARÁN, M., “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995”, *op. cit.*, pág. 282.

¹¹⁴⁵ Este elemento debe interpretarse como equivalente a causa legítima, excusa fundada o impedimento legítimo, de forma análoga con lo previsto en los arts. 176, 420, 462, 463 y 661 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la LOPJ también se dispone como falta muy grave o grave, según los casos, la *ausencia injustificada* del juez o del magistrado de la sede del órgano judicial en que se

quebrantamiento de la llamada imparcialidad objetiva y, por tanto, este precepto que la sanciona ofrece también su cobertura a la tutela de la imparcialidad¹¹⁴⁶.

El otro tipo delictivo incluido entre las llamadas conductas de obstrucción a la justicia es el **delito contra la actuación de los intervinientes en el proceso** tipificado en el art. 464 CP. La doctrina¹¹⁴⁷ estima, y con razón, que el precepto abarca, en realidad, dos tipos delictivos completamente diferentes en su estructura que son, respectivamente, el intento de influir con violencia o intimidación en la actuación procesal de los sujetos que se mencionan (464.1) y los atentados cometidos como represalia por la actuación procesal de esos mismos sujetos (464.2)¹¹⁴⁸. No obstante, se trata en ambos casos de atentados a un mismo bien jurídico, la administración de justicia, a través de comportamientos que obstaculizan su normal funcionamiento en un aspecto esencial de la misma, cual es, la libertad de cuantos

halle destinado (arts. 417.1º y 418.8); si se trata de *inasistencia injustificada* a actos procesales con audiencia pública, se califica como falta grave en el art. 418.9 LOPJ.

¹¹⁴⁶ Desde luego, bien puede fundarse un recurso de casación contra una sentencia condenatoria o, incluso, recurso de amparo por vulneración del derecho a un juez imparcial, alegando que la incomparecencia del juez constituye prueba o condición objetiva suficiente de parcialidad personal o funcional.

No podemos, en cambio, hallar fundamento para extender la protección de la imparcialidad del juez que presta este precepto a ninguno de los supuestos en que el atentado proviene de la acción de los medios de comunicación. Si hemos mencionado este precepto ha sido, mas bien, como apoyo a la tesis de que la vulneración de las garantías del proceso por parte del juez le hace perder su posición de tercero ajeno en el proceso y, por tanto, sospechoso de parcialidad.

¹¹⁴⁷ GARCÍA ARÁN, M., "Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995", *op. cit.*, pág. 285; CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, pág. 59.

¹¹⁴⁸ El art. 464 CP dice así:

"1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo en un procedimiento para que modifique su actuación procesal, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a veinticuatro meses.

Si el autor del hecho alcanzara su objetivo se impondrá la pena en su mitad superior.

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior, por su actuación en un procedimiento judicial, sin perjuicio de la pena que correspondiente a la infracción de que tales hechos sean constitutivos."

intervienen o colaboran con ella¹¹⁴⁹. Por ello no debe confundirnos el que en la descripción de la conducta punible en el segundo de los tipos se haga referencia expresa a la conducta de atentar contra la vida, la integridad o el patrimonio de los sujetos mencionados, pues una cosa es el objeto de protección y otra el objeto de la lesión¹¹⁵⁰.

Voy a centrarme exclusivamente en el tipo descrito en el primer apartado del art. 464 que castiga el intento de influir directa o indirectamente con violencia o intimidación sobre algunos de los intervinientes mencionados para que cambien su actuación procesal, pues de hallar acomodo penal a las actividades de los medios de comunicación sería, obviamente, en este tipo y no en el contenido en el segundo apartado¹¹⁵¹. Como el tipo se consuma con el intento, la doctrina califica este tipo como delito de peligro o de mero emprendimiento¹¹⁵², constituyendo el logro de tal

¹¹⁴⁹ Cfr. SSTs 9-5-1996; 12 de junio de 1986; 10 de febrero de 1992. CONDE-PUMPIDO apunta a un aspecto de la Administración de Justicia al que estos tipos prestan protección indirecta, cual es, la independencia judicial; por tal entiende el autor no sólo la libertad interna del Juez para llegar a su decisión, sino la libertad de todo el proceso y la actuación de los Tribunales. Compartimos la afirmación del autor, aun cuando preferimos referirnos a la imparcialidad judicial como garantía del juicio justo, y no a la independencia, como el interés subyacente o indirecto de estos tipos. CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., "Coacción o represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigos", VVAA, *Comentarios a la legislación penal. La reforma del Código Penal de 1983*, (Dir. Cobo del Rosal, M.; Coord. Bajo Fernández, M.), Tomo V, Vol. II, Edersa, Madrid, 1985, pág. 719. En ella se menciona una sentencia del TS que acepta tal tesis, de la que es ponente el propio autor: STS 15-11-1993, FJ 3º.

¹¹⁵⁰ En este sentido CUERDA ARNAU, Mª L., "Art. 464", VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, *op. cit.*, pág. 1932; MAGALDI PATERNOSTRO, Mª J., "El delito contra la libertad de las partes: Aspectos críticos", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 33, 1987, págs. 601-608. En contra, admitiendo el carácter de tipos pluriofensivos, GONZÁLEZ RUS, J.J., "Delitos contra la Administración de Justicia (II)", *op. cit.*, págs. 891-892.

¹¹⁵¹ Los atentados cometidos como represalia por la actuación procesal de los sujetos mencionados en el art. 464.2 no pueden ser cometidos materialmente por los medios de comunicación ni por particulares por medio de ellos, que son las conductas cuya relevancia penal indagamos.

¹¹⁵² A favor del peligro, *vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, Mª J., "El delito contra la libertad de las partes: Aspectos críticos", *op. cit.*, pág. 596; CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, pág. 68; CUERDA ARNAU, Mª L., "Art. 464", VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, *op. cit.*, pág. 1.934; GARCÍA ARÁN, M., "Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995", *op. cit.*, pág. 286. Como delito de emprendimiento, *vid.*, QUINTERO OLIVARES, G., "Art. 464", VVAA, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1340.

pretensión un simple elemento o condición objetiva que incrementa la penalidad¹¹⁵³, tal y como se determina en el segundo párrafo. Si bien no se exige resultado, sí es preciso, en cambio, que el intento sea tal, es decir, que objetivamente sea apto para doblegar la voluntad de dichos sujetos y que la violencia o intimidación sean efectivas¹¹⁵⁴. La valoración acerca de estas últimas es objeto de numerosas opiniones doctrinales¹¹⁵⁵ y jurisprudenciales¹¹⁵⁶ diferentes pero, por el momento, basta con apuntar que deben tener entidad bastante como para poner objetivamente en peligro el bien jurídico al distorsionar el proceso de formación de la voluntad del sujeto o, más drásticamente, impedirle la ejecución de la decisión adoptada en relación con su actuación procesal. La concurrencia de violencia o la intimidación plantea, a menudo, problemas de concurso cuando son constitutivas de un delito de coacciones o de amenazas (arts. 169-172 CP) que, según el propio TS debe resolverse conforme a la regla de especialidad que rige la solución para el concurso de normas¹¹⁵⁷ a favor del art. 464¹¹⁵⁸. También puede suceder que la violencia o intimidación provoquen la

¹¹⁵³ SSTS de 9-5-1986, FJ 2º y 21-12-1988, FJ 2º.

¹¹⁵⁴ SSTS 9-5-1986, FJ 2º y 16-3-1990, FJ 3º.

¹¹⁵⁵ Más extensamente, *vid.* CUERDA ARNAU, Mª L., “Art. 464”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, págs. 1932-1934; MAGALDI PATERNOSTRO, Mª J., “El delito contra la libertad de las partes: Aspectos críticos”, *op. cit.*, pág. 596-597 y, sobre todo, CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial, op. cit.*, págs. 71-80.

¹¹⁵⁶ Así, para el TS la intimidación “constituye el anuncio o conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, que despierta e inspira en el receptor un sentimiento de temor o angustia ante la contingencia de un daño real o imaginario, existiendo cuando se ejecutan hechos que por las circunstancias en que tienen lugar determinan alarma, miedo, pavor o intensa coacción anímica (...)” (STS 27-9-1986). En cuanto a la violencia, estamos asistiendo a un proceso de extensión y “volatilización” del término que ya no abarca sólo la fuerza o violencia material, física que opera sobre la capacidad de actuar de la persona, sino la violencia anímica o intimidación (STS 23-11-1989) y hasta la fuerza en las cosas *vis in rebus* (STS 18-10-1990). Críticamente con esta interpretación jurisprudencial, *vid.* por todos, CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Art. 172”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995, Vol. II*, (Coord. Vives Antón, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 885-886 y bibliografía allí citada.

¹¹⁵⁷ Así, expresamente, las SSTS 1-2-1990 y 2-2-1990, FJ 2º, aunque esta solución es algo vacilante dado el cambio producido en el art. 464 respecto al derogado 325 bis en este punto, que favorecía la opción por la regla del concurso medial.

¹¹⁵⁸ Se descarta, en cualquier caso, la preferencia por el delito de coacciones, según afirma MIRA BENAVENT, porque lo específico de éste es que “la libertad de obrar es el bien jurídico protegido con carácter inmediato y excluyente: quedan fuera del ámbito incriminatorio del art. 172 aquellas conductas en las que la lesión de la voluntad humana es el presupuesto necesario o la consecuencia

comisión de otro delito por parte del sujeto sobre el que se ejercieron aquéllas, dando lugar a un concurso de delitos entre el 464 y la correspondiente inducción o autoría mediata —según la *vis* ejercida— del delito de que se trate (p. ej., falso testimonio)¹¹⁵⁹. Finalmente, también cabe que la violencia o intimidación sean constitutivas de otro delito (lesiones, etc.), en cuyo caso la solución preferible sería la regla del concurso ideal de delitos del art. 77.1 CP¹¹⁶⁰.

En cualquier caso, ¿cabe subsumir en este precepto alguna de las conductas que comportan riesgos para la imparcialidad por parte de los medios de comunicación que, en su momento, identificamos como relevantes? Ciertamente vimos que hay supuestos en los que una campaña en los medios y, especialmente, un juicio paralelo, tiende a ejercer presiones sobre la actuación de los sujetos que intervienen en el proceso, lo que lleva a calificar la conducta como potencialmente lesiva, cuanto menos, de la imparcialidad del juicio. En efecto, tratar de influir o ejercer presiones verbales sobre los intervinientes en el proceso¹¹⁶¹ para que éstos modifiquen su comportamiento procesal, puede constituir un modo de comportamiento *intimidatorio* cuya subsunción en el tipo que se analiza merece ser estudiada.

inevitable de la acción del sujeto activo tendente a atacar otro bien jurídico tutelado de forma precedente por otro precepto penal”. MIRA BENAVENT, J., “El concepto de violencia en el delito de coacciones”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 22, 1984.

¹¹⁵⁹ CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, págs. 76-77. La opción por la autoría mediata supone la impunidad de la conducta en tanto que se trata de un delito especial propio, por lo que es preferible la inducción en los términos en que se contempla, por ejemplo, en el parágrafo 160 del Código Penal alemán.

¹¹⁶⁰ Igual solución proponen GARCÍA ARÁN, M., “Obstrucción a la justicia y deslealtad profesional en el Código penal de 1995”, *op. cit.*, pág. 286; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Coacción o represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigos”, *op. cit.*, pág. 597. En cambio, lo califica y sanciona como un concurso real CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, pág. 79.

¹¹⁶¹ Aunque el precepto no agote el ámbito de sujetos intervinientes, pues, al margen del titular del órgano jurisdiccional, tampoco se extiende la protección al representante del Ministerio Fiscal ni al Secretario Judicial y, es evidente, que éstos también pueden tomar decisiones relevantes para la marcha del proceso.

Con ocasión del ejercicio de la libertad de expresión e información — obsérvese que no lo califico propiamente como ejercicio del derecho porque de ninguna manera se puede interpretar que una amenaza, siquiera velada, constituya una forma de ejercicio legítimo de tales derechos— un medio de comunicación puede provocar tal efecto intimidatorio sobre alguno de los intervinientes. No obstante, ello no permite de ninguna manera calificar esa conducta como intimidación penalmente relevante atendiendo exclusivamente a la mera sucesión temporal entre, por ejemplo, una publicación y la subsiguiente modificación de la actuación del destinatario de la misma. El concepto penal de intimidación es muy restrictivo y exige, entre otras cosas, la prueba del elemento subjetivo consistente en pretender ese efecto, es decir, que en este caso debería también probarse que, efectivamente, el autor de la publicación intentaba, precisamente, intimidar a alguna de las personas mencionadas en el tipo penal.

No obstante, y probada la intención subjetiva del medio de lograr tal objetivo, subsistiría el *problema* de medir objetivamente la gravedad y efectividad de la presión, porque como he dicho, este elemento es también esencial para la calificación de la conducta como típica. Pues bien, para que la presión mediática pudiera llegar a ser calificada como constitutiva de intimidación —de violencia, sería imposible ni aun recurriendo a la más laxa de las interpretaciones porque no se emplea fuerza física alguna—, debería haberse producido empleando términos inequívocamente graves y directos —recuérdese, la amenaza de un mal futuro—¹¹⁶² y, aún así, ello no bastaría. A la gravedad inherente, debe añadirse la inminencia del mal para el bien protegido, que debe valorarse conforme a las circunstancias concretas en que la amenaza se vierte¹¹⁶³. Ello exige probar una relación directa entre la publicación

¹¹⁶² En algunas sentencias, el TS ha hecho una interpretación de este elemento ciertamente desfavorable al acusado “en sentido amplio y omnicompreensivo” (STS 10 de febrero de 1992, FJ 2º y sentencias allí citadas), lo cual le lleva a entender que “devendrá irrelevante la gravedad del ataque realizado contra la libertad o seguridad. El bien jurídico de la Administración de justicia se ve en todo caso amenazado” (STS 21 de febrero de 1992, FJ 2º).

¹¹⁶³ En la jurisprudencia norteamericana, como hemos visto anteriormente, se admite la posibilidad de penar como exceso en el ejercicio de la libertad de expresión aquellas conductas que

amenazante y su efecto inmediato sobre la voluntad del destinatario concreto, de manera que al riesgo real de que con tal conducta expresiva pudiera efectivamente torcerse la voluntad del sujeto pasivo, se añade el requisito de que, además, lo haya provocado efectivamente.

Es dudoso que la clase de publicación a la que aludo —juicio paralelo, campaña de prensa— pueda alcanzar, en definitiva, el estándar requerido por los elementos típicos del delito sancionado en el art. 464 —atendida tanto su naturaleza de delito de peligro¹¹⁶⁴, como el medio comisivo y el elemento subjetivo exigidos—, de manera que este precepto no alcanza a desplegar su tutela sobre la imparcialidad como garantía del proceso justo¹¹⁶⁵ frente a la clase de conductas apuntadas¹¹⁶⁶.

causen un mal inminente y real (“clear and presente danger”), para algún interés cuya protección es legítima. Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina sostienen que es muy difícil probar que cualquier clase de publicación pueda causar semejante efecto inmediato sobre intereses legítimos como el debido proceso o la imparcialidad del jurado. no obstante, el TSFA sí que ha reconocido explícitamente el riesgo creado por ciertas publicaciones, anulando un proceso por vulneración del derecho a un juicio justo e imparcial (“fair trial”) o a un jurado imparcial (“impartial jury”) reconocidos en la Sexta Enmienda en vista de que el juez no había adoptado las medidas preventivas necesarias, adecuadas y menos lesivas (test que emplean, entre otras, las sentencia del TSFA en el caso *Sheppard vs. Maxwell* (384 U.S. 333 (1966) y *Nebraska Press Association vs. Stuart* (427 US 539, 1976)).

¹¹⁶⁴ Abstracto para unos autores (CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, *op. cit.*, pág. 59), concreto para otros (CUERDA ARNAU, M^a L., “Art. 464”, *op. cit.*, pág. 1933), pero en cualquier caso difícil de ser provocado mediante una publicación.

¹¹⁶⁵ Esta perspectiva ya la defendían hace tiempo MAGALDI, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M., ante las críticas formuladas en 1983 a la introducción del equivalente art. 325 bis del CP derogado. La mayoría de la doctrina estimó superfluo este precepto pues la libertad de las partes ya se hallaba protegida en los tipos de coacciones y amenazas y el proceso, al menos penal, apenas se veía afectado por tales conductas en tanto que la acción la sostiene el Ministerio Público y no rige el principio dispositivo. Sin embargo, como bien apuntaron estas autoras en “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, “Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, pág. 429, la incriminación era necesaria y correcta pues “en el proceso debido la libertad de aquellos que legalmente intervienen en el mismo es presupuesto ineludible, no sólo de la real efectividad del principio de contradicción esencial en todo proceso en un Estado de Derecho, sino de la validez del propio proceso”.

¹¹⁶⁶ En la STS 8-10-1990 el Tribunal rechazó, con acierto, que el precepto venga en aplicación por el simple hecho de “intentar convencer” a aquéllos (en este caso, la referencia se hacía en relación con la conducta de los padres de R.M.). Precisamente lo que aquí se cuestiona es la inoportunidad, inconveniencia y evidente lesividad del comportamiento mediático consistente en “dirigir” los pasos en que deben actuar unos u otros participantes, cuando la función judicial es útil sólo en la medida en que se desempeñe en exclusiva. Así es como se fundamentó y legitimó el recurso a la sanción penal en el citado caso Worm por el TEDH frente a un juicio paralelo que, desde luego, no hubiera podido ser sancionado en nuestro país mediante el art. 464 CP.

En cuanto a las presiones directamente dirigidas al juez o a los jurados con incidencia en la llamada imparcialidad personal, la dicción del precepto excluye toda posibilidad de invocación. En el ámbito de aplicación de la norma penal que analizamos no se incluyen como posibles destinatarios de las conductas tipificadas ni a jueces, ni a magistrados, ni a jurados, de manera que la imparcialidad personal del juez no es destinataria de la tutela inmediata del tipo que analizamos¹¹⁶⁷. Y ello sin perjuicio de que todos los obstáculos materiales apuntados frente a la posibilidad de tutelar la imparcialidad del proceso frente a los ataques a las partes y demás intervinientes, podrían ser reproducidos aquí.

iii) *Revelación de secreto del sumario*

En cuanto a la conducta de revelación de secreto del sumario a terceros por parte de quienes teniendo acceso al mismo deben guardarlo, existen hoy distintas opiniones doctrinales acerca de su calificación y punición. El marco legal es el siguiente:

El art. 301 LECrim establece una corrección disciplinaria de multa de 250 a 2500 pesetas para el abogado o procurador que revelare indebidamente el secreto del sumario o para cualquier persona que, no siendo funcionario público hiciere indebidas revelaciones sobre actuaciones sumariales; tratándose de un funcionario público la LECrim advierte que éste incurrirá en la responsabilidad que el Código señala en su lugar respectivo.

¹¹⁶⁷ MAGALDI trata de explicar la exclusión de los jueces del ámbito de la descripción típica mediante dos argumentos; por un lado, porque la tutela de su libertad se dispensa a través de la figura del atentado y, además, porque el art. 442 LEC determina la nulidad de los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza. No obstante ello, declara la conveniencia *de lege ferenda* de su inclusión, "pues ello vendría a reforzar jurídicamente su libertad en el ejercicio de su función jurisdiccional, lo que redundaría, en definitiva, en una mayor protección al proceso, y obviaría la difícil subsunción en la conducta en el art. 231 (hoy 550 CP) en supuestos en que la violencia o la coacción al Juez nada tiene que ver con su condición de Autoridad estatal". MAGALDI PATERNOSTRO, M^º J., "El delito contra la libertad de las partes: Aspectos críticos", *op. cit.*, pág. 605 y MAGALDI PATERNOSTRO, M^º J. y GARCÍA ARÁN, M., "Los delitos contra la Administración de Justicia ante la reforma penal", *op. cit.*, págs. 1141-1142.

Hoy en día, el Código sanciona en el art. 466 a abogados, procuradores, particulares, jueces o miembros del tribunal, representante del ministerio fiscal, secretario y demás funcionarios judiciales que revelaren actuaciones declaradas secretas por la autoridad judicial. Además, el CP sanciona en un tipo específico previsto en el art. 417 la revelación de secretos de funcionarios (antes art. 367).

La primera interpretación posible¹¹⁶⁸ sobre el régimen legal de sanciones para la revelación del secreto de sumario es la siguiente: el nuevo art. 466 CP ha renovado enteramente la protección legal del secreto sumario con carácter general y frente a cualquier revelación; de esta manera, el Código habría venido a sustituir con este delito a la antedicha infracción disciplinaria respecto de la revelación cometida por particulares, abogados y procuradores y, además, sancionaría específicamente también con este precepto la referida conducta cuando fuera realizada por los jueces o miembros de un tribunal, el representante del Ministerio Fiscal, el Secretario y demás funcionarios judiciales. Estos últimos eran sancionados anteriormente por el delito de revelación de secretos del art. 367 del Código Penal derogado que hoy se corresponde con el art. 417, pero, frente a este último, el art. 466 sería precepto de aplicación preferente por especialidad ya que en él se atiende a la protección de la Administración de justicia y también a la eventual vulneración de la intimidad del particular en aquellos casos en que el secreto sumarial vulnerado hiciera referencia a hechos íntimos de un particular.

La segunda interpretación¹¹⁶⁹ entiende que hay que circunscribir el ámbito de aplicación del referido art. 466 únicamente a la revelación del llamado secreto

¹¹⁶⁸ A favor se muestran MARTÍNEZ FRESNEDA, G., "Los abogados como corderos", *Diario Cinco Días*, 17 de octubre de 1995; BUENO ARÚS, F., "Libertad de expresión y Administración de Justicia", *op. cit.*, pág. 220; MANZANARES, J.L. y CREMADES, J., *Comentarios al Código Penal*, La Ley- Actualidad, Madrid, 1996; ORTS BERENGUER, E. "Art. 466", VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996; LÓPEZ ORTEGA, J.J., "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *op. cit.*, pág. 83 opina que a los particulares no se les puede aplicar este precepto, sino la sanción disciplinaria de la LECrim.

¹¹⁶⁹ Esta segunda opinión viene apoyada por QUINTERO OLIVARES, G. "Art. 466", *op. cit.*, pág. 1988; OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 295 y ss.; BENEYTES MERINO, L., "Art. 466", *op. cit.*, págs. 4358-4359, entre otros.

interno¹¹⁷⁰. En su favor se aduce que la dicción literal del tipo explícitamente castiga la revelación de “actuaciones procesales *declaradas secretas* por la autoridad judicial”, siendo éstas, sólo las formalmente declaradas secretas en un auto para las partes personadas conforme al art. 302 LECrim, ya que el llamado secreto externo viene “declarado” por la propia ley respecto a todos los sumarios. De esta manera, dicho precepto castigaría a todos los que revelaren el secreto del sumario interno con penas diferentes, según los casos —autoridades y funcionarios con las penas previstas en el apdo.2 (las del 417 en su mitad superior), el abogado o procurador conforme al apdo. 1 (doce a veinticuatro meses multa y uno a cuatro años de inhabilitación especial para empleo, cargo público, profesión u oficio) y el resto, conforme al apdo. 3 (doce a dieciocho meses multa y uno a dos años y medio de la misma inhabilitación especial)—.

Cuando la revelación se refiera al llamado secreto externo, la conducta se castigará de diferente forma atendiendo a una variedad de elementos: según quien sea el autor, la conducta, los elementos subjetivos, etc. Comenzando por el supuesto más sencillo ya he dicho que tratándose de particulares, abogados y procuradores intervinientes en el proceso, la conducta se sancionaría únicamente como falta disciplinaria con la (sin duda ridícula) multa de 250 a 2500 ptas. prevista en el art. 301 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tratándose de los abogados y procuradores también cabría exigirles responsabilidad disciplinaria por vulneración de su deber de

¹¹⁷⁰ DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal, op. cit.* y RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal, op. cit.*, pág. 273, extienden el precepto a cualquier actuación declarada secreta en fase de instrucción o del juicio oral. Desde luego, el tipo no penaliza exclusiva y expresamente los secretos de sumario y la penalización de otro tipo de revelaciones de actuaciones judiciales secretas entraría literalmente en su ámbito, pero en la actualidad no existen actuaciones secretas en la fase del juicio oral. No todo lo que está excluido del ámbito público es secreto y, desde luego, no tiene por qué ser secreto a los efectos penales. Público se opone a privado, no a secreto. Los debates que se celebran por orden del juez a puerta cerrada y algunas informaciones que no pueden ser reveladas, no constituyen “actuaciones judiciales”.

secreto profesional (art. 41 Estatuto de la Abogacía y art. 14.15 del Estatuto de los Procuradores)¹¹⁷¹.

Si cualquiera de dichas personas revelare a un tercero o le permitiere, sin autorización, acceder a esa información, cabría castigar, además, a ese tercero según el uso que le diere a la misma: si la revelare, dado que conoce su origen ilícito¹¹⁷², podría ser castigado con arreglo al delito de revelación de secretos al que se refiere el art. 197.3, párrafo segundo CP; si la utilizare en perjuicio del titular o de un tercero, se sancionaría conforme establece el art. 197.2 CP (agravada, en su caso, conforme a lo previsto en los subtipos de los apartados 5 y 6) y si la difundiere, revelare o cediere a terceros, con la pena prevista en el art. 197.3, apartado primero. En esos casos las conductas podrían castigarse siempre que los secretos afectaran a datos reservados de carácter personal o familiar¹¹⁷³.

Respecto de los funcionarios¹¹⁷⁴ (juez, representante del Ministerio fiscal, secretario y demás funcionarios judiciales) la sanción aplicable¹¹⁷⁵ por revelación del

¹¹⁷¹ RODRÍGUEZ RAMOS sugiere la posibilidad de la punición conforme al quebrantamiento del secreto profesional del art. 199.2. sólo si no hubiera mediado el consentimiento del cliente y, efectivamente, el abogado revelara hechos que afectasen a su intimidad. RODRÍGUEZ RAMOS, L., "Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. I, 1998, pág. 241.

¹¹⁷² La ilicitud de origen se da siempre en relación con las informaciones contenidas en un sumario por ello, la prueba del conocimiento de esta ilicitud se presumiría en todos estos casos, invirtiéndose la carga contra quien alegase ignorancia o error en su descargo.

¹¹⁷³ Vid, MORALES PRATS, F., "Los delitos contra la intimidad en el Código penal de 1995", *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, 1996, págs. 255-267.

¹¹⁷⁴ No incluimos a los Jurados en este grupo porque al no tener acceso al sumario antes de la apertura del juicio oral, no pueden revelarlo indebidamente.

¹¹⁷⁵ Además de la protección penal, existe una protección de carácter disciplinario, contemplada en el art. 369 de la LOPJ "Los jueces y magistrados no podrán relevar los hechos o noticias referentes a personas físicas o jurídicas de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de sus funciones", precepto que tiene su correlación con la inclusión de dos infracciones disciplinarias, introducidas por la reforma de la ley llevada a cabo por la LO 16/1994, de 8 de noviembre, considerando falta muy grave el art. 417 de la LOPJ: "La revelación por el juez o magistrado de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de éste, cuando se cause algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona", tipificando el art. 418 como falta leve cuando no exista perjuicio.

secreto interno serían las penas previstas para las distintas modalidades del delito de revelación de secreto del 417 CP¹¹⁷⁶. Su modalidad básica se sanciona en el primer apartado pero si la conducta provoca grave daño a la causa pública o a un tercero, la pena será mayor con arreglo a lo previsto en el 417.1, 2º párrafo, y si el secreto revelado afectara a la intimidad de un particular —cuyos datos no guardan relación directa con la causa—, las penas se agravan aún más conforme prevé el art. 417.2 CP¹¹⁷⁷.

En lo relativo a los miembros del Ministerio Fiscal, el art. 50 de su Estatuto Orgánico establece su obligación de guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozca por razón de su cargo y el art. 4.5 del referido Estatuto al ocuparse de la facultad del fiscal de “informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan”, se preocupa de resaltar que se deberá hacer con respeto al secreto del sumario. Por otra parte en los reglamentos de secretarios, oficiales, auxiliares y médicos forenses nos encontramos con preceptos semejantes. *Vid.* VIEITES PÉREZ, C., “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos ‘paralelos’”, *op. cit.*, pág. 405.

¹¹⁷⁶ En estos casos, partimos de que resulta preferente la punición con arreglo al art. 417 CP frente a lo previsto en los arts. 198, 535.2 o 536.2 aplicando el principio de especialidad enunciado en el art. 8 CP. La multiplicidad de situaciones fácticas por la concurrencia parcial de los mismos elementos objetivos (autor, conducta, bien jurídico) y subjetivos (ánimo específico, conocimiento de su ilicitud) del tipo, plantea innumerables problemas concursales, de los que daremos cuenta, siquiera brevemente, más adelante. Dan cuenta de forma exhaustiva, entre otros, OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, *passim*; MORALES PRATS, F., “Art. 417”, “Art. 535” y “Art. 536”, *VVAA, Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.; Coord. Valle Muñiz, J.M.), Aranzadi, Pamplona, 1996; *id.* “Los delitos contra la intimidad en el Código penal de 1995”, *op. cit.*, págs. 267-270.

¹¹⁷⁷ El tenor de los subtipos de revelación previstos en los arts. 417.1, 2º y 417.2 plantea problemas de aplicación con respecto a la conducta de revelación de secretos de particular contenidos en el sumario por parte de funcionario: si se entiende que el legislador sanciona más gravemente el segundo supuesto en atención a que se dan todos los caracteres del primero y, además, la afectación a la intimidad del particular, la revelación del secreto de sumario se sancionaría conforme al apdo. 2 (tipo principal) cuando se diera este elemento de injusto adicional, siendo el apdo. 1, 2º el tipo subsidiario (datos personales, no divulgables, pero no íntimos); si, en cambio, se estima que el primero es aplicable a toda vulneración de secreto oficiales y el segundo sólo a información no secreta pero de carácter íntimo, la revelación del secreto sumarial se hallaría en todo caso penada (y, por cierto, menos gravemente) conforme al 417.1, aun cuando la información afectara a la intimidad del particular. Entendemos más correcta la primera interpretación, que es la sostenida, entre otros, por REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, Barcelona, 1996, págs. 179-180; PAZ RUBIO, J.Mª y COVIÁN REGALES, M., “Capítulo IV”, *Código Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, Vol. III (Dir. Conde-Pumpido Ferreiro, C.), Trivium, Madrid, 1997, pág. 3975; OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, pág. 255. En contra, MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 845; ORTS BERENGUER, E. “Art. 417”, *VVAA, Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1805; VIVES ANTÓN, T.S., BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E., CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J., *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 455.

Esta segunda interpretación del régimen sancionador por revelación de secretos del sumario parece la más correcta aunque, sin duda, es más compleja y menos satisfactoria desde el punto de vista de la justicia material, y no tanto porque ciertas conductas “escapen” al ámbito sancionador penal, sino porque la sanción disciplinaria que reciben los particulares que quebrantan el secreto sumarial externo es ineficaz para la protección que se pretende proveer. El respeto por el principio de legalidad impide forzar el precepto más allá de lo que permite el sentido propio de sus palabras y, en este caso, la expresión “actuaciones declaradas secretas” que se contiene en el art. 466 CP es rotunda.

Como conductas residuales de revelación de secreto aplicables, en principio, también al secreto sumarial deben mencionarse los delitos tipificados respectivamente en los arts. 535. 2 y 536.2 CP. El primero de ellos castiga a la autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, divulgara o revelara la información obtenida mediante una interceptación de correspondencia privada postal o telegráfica, con violación de las garantías constitucionales o legales. El segundo, a la autoridad, funcionario público o agente de éstos que divulgare o revelare la información obtenida mediante interceptación de las telecomunicaciones, utilización de artificios técnicos de escuchas, transmisión, grabación o reproducción del sonido, de la imagen o de cualquier otra señal de comunicación, con violación de las garantías constitucionales o legales.

Su distinción con las conductas similares recogidas en el art. 198 CP no plantea problemas al requerirse en aquéllos, y excluirse en este último, la existencia de una causa penal por delito¹¹⁷⁸. Lo cierto es que en relación con la conducta de revelación del secreto de sumario externo, los tipos del 535.2 y 536.2 podrían plantear problemas concursales respecto al 417.2 CP. Como bien apunta OTERO GONZÁLEZ, todos los tipos pueden ser aplicados al secreto sumarial, todos aluden a conductas

¹¹⁷⁸ Ello exige que se hayan incoado, al menos, diligencias previas o judiciales, según sea el procedimiento seguido y que el funcionario se extralimite en sus funciones violando la intimidad del sujeto pasivo. *Vid.* MORALES PRATS, F., “Art. 535”, *op. cit.*, págs. 1492-1496.

dolosas y todos consisten en una revelación de información por un funcionario o autoridad; la solución viene de la mano de la presencia o no del elemento consistente en la previa violación de las garantías constitucionales o legales en la obtención de la información de los tipos del 535.2 y 536.2 que, por ello, constituyen delitos cualificados por el resultado con relación a sus correspondientes 535.1 y 536.1. El art. 417.2 se reservaría, pues, a la revelación de secretos sumariales referidos a hechos íntimos cuyo conocimiento se ha obtenido lícitamente¹¹⁷⁹.

Queda también por explicar si el ámbito de aplicación propio del art. 415 cabe extenderlo a algún supuesto de vulneración de secretos del sumario. En este caso nos encontramos frente una modalidad de divulgación o revelación consistente en acceder o permitir a terceros el acceso a los documentos secretos cuya custodia le esté confiada (en este caso, al propio sumario) sin autorización¹¹⁸⁰. La omisión del deber de custodia del funcionario resultaría castigada por el art. 415 y el particular al que se permitiere el acceso como partícipe del funcionario, por este mismo delito. Pero si este último revelare la información, respondería como autor del tipo básico del 197.3, párrafo primero CP, ya que habiendo participado en su descubrimiento — en este caso, cuanto menos ha accedido a los datos sin estar autorizado—, revela o cede a terceros los datos reservados de otro contenidos en archivos o registros

¹¹⁷⁹ En este sentido, OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, op. cit., págs. 281-282. La diferencia penológica, más grave en el caso de los arts. 535.2 y 536.2 se explica en que en éstos se produce tanto un conocimiento como una revelación ilícita del secreto del particular, mientras que en el 417.2 el conocimiento es lícito, siendo sólo ilícita la revelación.

Para RODRÍGUEZ RAMOS, la revelación o divulgación a que se alude en los arts. 536 y 537, cuando sobrepase el margen oficial de cualquier investigación policial o judicial de un delito, se excluirá del ámbito de dichos preceptos para entrar en el correspondiente a los arts. 198, 417 ó 466.2. RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal”, op. cit., pág.238.

¹¹⁸⁰ Dejamos de lado la modalidad consistente en que sea el propio funcionario el que acceda a ellos, porque en ese supuesto no cabe considerar la conducta equivalente a una divulgación, sino estrictamente lo que es, es decir, una violación del secreto. En este sentido, MORALES PRATS, F. y RODRÍGUEZ PUERTA, M^a J., “Art. 415”, VVAA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.; Coord. Valle Muñiz, J.M.), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 1175.

públicos. Tratándose de los datos especialmente sensibles a que alude el art. 197.5 la pena se agrava, y lo mismo si se realizan los hechos con ánimo de lucro (197.6).

Si el que revela la información después de haber violado su custodia es el propio funcionario, cabría aplicar un concurso real entre el art. 415 y el tipo del 197.3 párrafo primero (siempre que haya revelación de datos reservados de carácter personal o familiar) o, únicamente (especialidad), la revelación de secretos del particular especialmente sancionada en el apartado 4 in fine (difusión, cesión o revelación por quien ha intervenido en su descubrimiento, utilización o *acceso sin estar autorizado*). También cabría, según las circunstancias, aplicar los subtipos agravados de los mencionados apartados 5 y 6, del art.197 CP¹¹⁸¹.

Aun cuando la regulación del Código Penal parezca exhaustiva en la penalización de conductas de revelación del secreto sumarial, parece fuera de duda que existen publicaciones que contienen información incluida en un sumario y nadie responde penalmente de ello. La publicación de hechos contenidos en un sumario por quien no ha tomado parte en su descubrimiento y sin conocimiento de su ilícito origen es impune¹¹⁸². Aun cuando he advertido que la carga de la prueba del conocimiento de su origen ilícito se debe invertir —por cuanto es obvio que toda información contenida en un sumario ha sido necesariamente revelada de forma ilícita por quien tiene acceso a la misma o el deber de custodiarla—, no resulta improbable que, en cambio, se admita como prueba de descargo, el desconocimiento acerca de su inclusión en un sumario. Ello refuerza el argumento de la incompleta

¹¹⁸¹ Se aplicarían los apartados 4, 5 o 6 según concurrieran o no los elementos agravatorios adicionales de referencia a datos especialmente sensibles (apdo.5) y ánimo de lucro (apdo.6).

Otros autores ofrecen calificaciones alternativas en este supuesto: desde OTERO GONZÁLEZ, que estima sólo aplicable el 415 aun cuando exista también revelación —lo que califica como laguna punitiva— hasta ORTS BERENGUER que aplica un concurso entre el art. 415 y el 417 CP. *Vid.* OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, pág. 275; ORTS BERENGUER, E. “Art. 415”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 1800.

¹¹⁸² En el mismo sentido y refiriéndose específicamente a los profesionales de la información, RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Descubrimiento y revelación de secretos en el nuevo Código Penal”, *op. cit.*, pág. 242.

previsión legal de supuestos que pueden, sin embargo, acarrear riesgos para la eficacia de la justicia, los derechos del acusado o de terceras personas y, en cualquier caso, las garantías de un juicio justo.

iv) *Calumnias, injurias y amenazas a determinados Organismos. Especial referencia al desacato.*

El art. 504 del CP sanciona una diversidad de conductas cuyo punto común lo constituye el hecho de que en todas ellas existe un ataque a la “dignidad” de los poderes públicos, entendida en sentido funcional¹¹⁸³ y, en alguna, también a su libertad para adoptar resoluciones¹¹⁸⁴. Voy a centrarme exclusivamente en aquellas constitutivas de delitos de calumnias e injurias a Organismos dado el estrecho paralelismo existente entre estos delitos y los parcialmente derogados desacatos, al venir ambos referidos a conductas que se comenten con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión e información.

En efecto, el **desacato**, como tal figura autónoma conocida tradicionalmente en nuestro derecho penal ha desaparecido con la entrada en vigor del Código Penal de 1995¹¹⁸⁵. Sólo se mantienen como falta la inobservancia del respeto y consideración debidas a la autoridad o sus agentes y la desobediencia leve cuando éstos se encuentren en el ejercicio de sus funciones (art. 634 CP).

¹¹⁸³ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Art. 504”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 1982.

¹¹⁸⁴ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 695; SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Delitos contra la Constitución (III)”, VVAA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, (Dir. Cobo del Rosal, M.), Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000, págs. 934-935.

¹¹⁸⁵ El delito de desacato se definía en el Código penal derogado de la siguiente forma: Los que, hallándose un ministro o una autoridad en el ejercicio de sus funciones o con ocasión de éstas, los calumniaren, injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra, bien en su presencia o en escrito que les dirijan (art. 240), bien fuera de su presencia o en escrito que no estuviere a ellos dirigido (art. 244). Además, el art. 245 sancionaba “a los que injuriaren, insultaren o amenazaren de hecho o de palabra a los funcionarios públicos o a los agentes de la autoridad, en su presencia o en escrito que les dirigieren.”

Para valorar el alcance de la desaparición de los delitos de desacato hay que recordar que el proyecto de Código Penal de 1994 mantenía alguna de estas figuras delictivas entre los delitos contra el Orden Público del Tít. XIX, dentro del Capítulo IV “De los desacatos a la autoridad y a los demás funcionarios públicos”. El art. 542 PLOCP regulaba la calumnia, injuria o amenaza en presencia de autoridades, en el 543 la misma conducta referida a funcionarios y agentes de la autoridad y un último artículo, el 544, preveía la aplicación de la *exceptio veritatis* en estos delitos¹¹⁸⁶. Por lo tanto, se había suprimido el correspondiente tipo de desacato fuera de la presencia de las referidas autoridades o funcionarios o por escrito. Esta despenalización, siquiera parcial, trataba de acomodarse a una demanda doctrinal generalizada en tal sentido¹¹⁸⁷, pues no tenía sentido tutelar especialmente (y, seguramente con menos efectividad) aquellas conductas cometidas fuera de la presencia de la autoridad o funcionario cuando, en estos supuestos, el menoscabo al bien jurídico personal no implicaba necesariamente un menoscabo en el ejercicio de sus funciones ni en la dignidad de la función pública. Cuando la conducta se producía en presencia de la

¹¹⁸⁶ Reclamación doctrinal indiscutible y prácticamente unánime. *vid.*, especialmente MUÑOZ CONDE, F., “Acerca de la aplicación de la *exceptio veritatis* al delito previsto en el art. 161.1º del Código Penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 17, 1982; *id.*, “Libertad de expresión y derecho al honor en el Estado social y democrático de Derecho”, *Criminología y Derecho Penal al servicio de la persona. Libro- Homenaje al Profesor Antonio Beristáin*, Instituto Vasco de Criminología, San Sebastián, 1989; *id.*, *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, págs. 696-699; MUÑOZ LORENTE, J., “La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado: la STS (SALA 2ª) de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la Casa de Juntas de Guernica”, *Derechos y Libertades*, núm. 3, 1994, BORONAT TORMO, M., “Razones contra el entendimiento de la *exceptio veritatis* como mecanismo de tutela de la libertad de expresión”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1700, 1994.

¹¹⁸⁷ En este sentido se pronuncian la práctica totalidad de los autores. Ni siquiera el intento de limitar el alcance del delito a los supuestos de atentado compatibles con la tutela de valores constitucionales (dignidad de la función pública, orden público, principio de autoridad, regular funcionamiento de la Administración pública) resultaba satisfactoria en general y, muy en particular frente a los desacatos cometidos fuera de la presencia de las autoridades o funcionarios. Como ya auguró en su excelente monografía ÁLVAREZ VIZCAYA, la demanda doctrinal de despenalización del desacato en España iba a resultar paralela a la reclamada en Italia, pues ambos preceptos adolecían de defectos semejantes., M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato, op. cit.*, págs. 136-137.

autoridad o funcionario, el Proyecto mantenía, no obstante, su sanción penal aunque considerablemente atenuada respecto del Código hoy derogado¹¹⁸⁸.

El Parlamento consideró, no obstante, injustificada la especial protección dispensada a autoridades y altos cargos porque, aun cuando la pena prevista para estas conductas no era más grave que los equivalentes tipos comunes de calumnias e injurias¹¹⁸⁹, el desacato tenía carácter público y ello representaba un cierto plus de tutela. las críticas del Parlamento a la regulación de los desacatos del proyecto se calificó por unos, como “contraria al principio de igualdad”¹¹⁹⁰ y, por otros, “además, como contraria a la libertad de expresión”¹¹⁹¹. De esta manera, se aprobó en las Cortes la supresión íntegra del entonces Capítulo IV referido a los delitos de desacato, pero se mantuvo residualmente, además del delito de desobediencia grave

¹¹⁸⁸ A favor de esta propuesta se manifestaban VIVES ANTÓN, T.S., en COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., op. cit., pág. 161 y CARBONELL MATEU, J.C., “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXIII, 1993, pág. 117.

¹¹⁸⁹ El PLOCP sancionaba el desacato con la pena correspondiente a los equivalentes tipos comunes, en su mitad superior, mientras que el desacato en el Código derogado se sancionaba con penas privativas de libertad que oscilaban entre seis meses y seis años y multa.

¹¹⁹⁰ Este fue, precisamente, el argumento esgrimido por el Grupo Parlamentario Popular para justificar la supresión del desacato en las correspondientes enmiendas 528 y 529. El ponente en la Comisión de Justicia que defendió las enmiendas —Sr. Gil Lázaro— rechazó que la ley contemplase “figuras penales que otorgan una protección superior a los derechos personales de autoridades y funcionarios públicos; entendemos que la protección del honor de estas personas debe ser igual a la de cualquier ciudadano”. Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 519, Año 1995, pág. 15893.

¹¹⁹¹ El Diputado López Garrido, por Grupo Parlamentario IU-IC, defendió la Enmienda 861 que, a la postre, fue la aprobada por unanimidad, con estos términos: “el bien jurídico que debe protegerse aquí, no el que se protege (hemos dicho que se protege el orden público), es la dignidad o el honor de las personas (...) Otra cosa es que el ejercicio de las funciones de estas personas fuese entorpecido o estas personas fuesen coaccionadas (...) pero esto está previsto en otras figuras en este Código Penal (...) Además, esto puede vulnerar en la práctica el principio de libertad de expresión, principio esencial que nuestro Tribunal Constitucional siempre ha situado por encima, si cabe, de otros derechos fundamentales.” Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 519, Año 1995, pág. 15896.

(art. 556), la falta de desobediencia y desconsideración de carácter leve, que es la regulación hoy en día vigente según el art. 634 CP¹¹⁹².

El bien jurídico protegido tanto en las infracciones penales hoy vigentes, como en el desaparecido desacato, ha sido y es una cuestión polémica. Para aquellos autores que sostenían y denunciaban que el fundamento material del delito de desacato descansaba en el principio de autoridad o el orden público —a favor de cuyo argumento invocaban la ubicación del precepto y la existencia de un volumen de jurisprudencia ciertamente constante—¹¹⁹³, la desaparición del desacato era un paso obligado en la adaptación de la ley penal al orden constitucional. No obstante, se encuentran hoy con la dificultad de justificar el mantenimiento de estas otras figuras próximas (arts. 504 y 634 CP) en las que es difícil hallar un bien jurídico distinto. Quienes, por su parte, habían optado por la reinterpretación de los desacatos hasta entonces vigentes para adaptarlos al nuevo orden constitucional —apoyándose en el llamado principio de vigencia y en la legalidad constitucional— dicha infracción, así como las hoy supervivientes de calumnias, injurias y amenazas a los Organismos mencionados en los arts. 504 y 505¹¹⁹⁴ tutelaban, según unos, la dignidad o prestigio de la función pública y, según otros, el regular funcionamiento de las Instituciones, Organismos y Poderes del Estado que desempeñan funciones públicas¹¹⁹⁵, si bien a través de la protección al honor de sus miembros, en su calidad

¹¹⁹² Respecto del incongruente mantenimiento de la falta de desacato tras la desaparición del correspondiente delito, *vid.* VALLDECABRES ORTIZ, I., “Art. 634”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 2184.

¹¹⁹³ Se trataba de mantener, siguiendo la jurisprudencia del TS, la protección del honor y la seguridad de quienes eran titulares de funciones públicas y, como tal, encarnaban el principio de autoridad (STS 24-1-1986) frente a aquellos injustos consistentes en “una ofensa moral al principio de autoridad que desprestigia, menoscaba o mengua su traducción en la vida real” (STS 18-6-1986).

¹¹⁹⁴ Ambos preceptos sustituyen a los arts. 161 y 242 del CP derogado.

¹¹⁹⁵ ÁLVAREZ VIZCAYA prefiere apelar al prestigio de la Administración que a su dignidad, pues considera que es difícil precisar qué significa la dignidad de la función “si no la conectamos al papel que cada Institución pública desempeña. De otra manera queda vacía de contenido y aparece como concepto hueco fácilmente instrumentalizable por intereses de sometimiento, ajenos a la legitimación jurídica de la función pública”. ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, *op. cit.*, págs. 383-384.

de titulares de tales funciones¹¹⁹⁶. También para estos autores la desaparición del desacato tal y como se conocía hasta 1995 era, cuanto menos, conveniente, sin que, en cambio, al menos *de lege ferenda*, fuera incompatible el mantenimiento de algún delito encargado de tutelar esos otros bienes. Así, puede deducirse en VIVES¹¹⁹⁷, OCTAVIO DE TOLEDO¹¹⁹⁸, MORILLAS¹¹⁹⁹, JASO¹²⁰⁰, BUSTOS¹²⁰¹, QUERALT¹²⁰² y ÁLVAREZ VIZCAYA¹²⁰³, entre otros. Tampoco faltaban alusiones, en este caso, a cierta corriente jurisprudencial más reciente en la interpretación y aplicación del desacato en sentido constitucionalmente adecuado¹²⁰⁴.

No obstante, el CP mantiene y defiende la tutela de la dignidad de las Instituciones del Estado, los Poderes y los Organismos políticos fundamentales aunque sin reparar en que, respecto del Poder Judicial ha limitado su protección a

¹¹⁹⁶ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, op. cit., pág. 695 y CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., "Art. 504", VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., págs. 1983-1984.

¹¹⁹⁷ VIVES ANTÓN, T.S. en COBO DEL ROSAL, M., VIVES ANTÓN, T.S. (Coord.), BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho Penal. Parte Especial*, 2ª ed., op. cit., págs. 161-162.

¹¹⁹⁸ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código penal", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 1, 1977, págs. 122-134. Del mismo, "De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 11, 1980, págs. 103-106.

¹¹⁹⁹ MORILLAS CUEVA, L., "El artículo 20 de la Constitución y los delitos de desacato", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, págs. 684.

¹²⁰⁰ JASO ROLDÁN, T. y RODRÍGUEZ MUÑOZ, J.A., *Derecho Penal. Parte Especial*, Tomo II, Gráfica Administrativa, Madrid, 1949, pág. 84.

¹²⁰¹ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Manual de Derecho Penal. Parte especial*, 1ª ed., Ariel, Barcelona, 1986, pág. 458.

¹²⁰² QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español. Parte Especial*, Bosch, Barcelona, 1987, págs. 565-566.

¹²⁰³ ÁLVAREZ VIZCAYA, consideraba ya en 1993 posible, pero no recomendable, la tutela penal del prestigio y regular funcionamiento de la función pública. En su propuesta *de lege ferenda* la vía penal debía limitarse, en cualquier caso, a la tutela de instituciones constitucionales y extenderse, únicamente, a ciertos funcionarios que son los llamados en el CP, agentes de la autoridad. La ofensa debía tener relación con el ejercicio de la función, pero excluyendo la motivada por asuntos estrictamente personales. Por último, debía exigirse publicidad o presencia de terceros y sancionarse con pena distinta a la privativa de libertad, por ejemplo, pecuniaria. ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, op. cit., pág. 392.

unos cuantos titulares del Poder Judicial. En efecto, y a diferencia de lo que ocurre con el Poder Ejecutivo y el Legislativo, cuyos miembros carecen individualmente de tal poder porque actúan “colegialmente” en sus respectivas instituciones (Gobiernos y Asambleas legislativas)¹²⁰⁵, el Poder Judicial radica en todos y cada uno de los Jueces y Magistrados a quienes corresponde la función de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). Llama la atención, por eso, que en el Código la defensa de la “dignidad” de las Instituciones del Estado que son, al mismo tiempo, un Poder, planea sobre las Cortes Generales y equivalentes Asambleas legislativas de Comunidad Autónoma, el Consejo de Ministros, el Gobierno de la Nación y los equivalentes Consejos de Gobierno de Comunidad Autónoma, pero, al llegar al Poder Judicial, se aluda sólo al Tribunal Constitucional¹²⁰⁶, al Tribunal Supremo y a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas¹²⁰⁷. Es indudable que un solo Juez o Magistrado no es una Institución, pero la potestad jurisdiccional no se atribuye exclusivamente a los mencionados Tribunales, sino a todos los Juzgados y Tribunales de la Planta judicial, desde los Juzgados de Paz, hasta el Tribunal Supremo (art. 26 LOPJ), por lo que su mención y tutela debería haberse extendido a todos y cada uno de ellos con una referencia genérica al “Poder Judicial”.

La referencia a los Ejércitos, Clases o Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, tuteladas de forma similar en el art. 505 CP, “no implica la admisión de un sujeto pasivo colectivo, sino una designación genérica de sujetos pasivos individuales (los

¹²⁰⁴ SSTS 8-10-1973, 18-2-1975, 24-2-1984, 16-7-1988 y 10-5-1989.

¹²⁰⁵ “No cabe duda que el poder legislativo de un Estado debe ser objeto de protección penal, pero ésta se debe ceñir sobre todo al desarrollo de la actividad legislativa que legítimamente le corresponde en un sistema democrático”. SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Delitos contra la Constitución (III)”, *op. cit.*, págs. 930.

¹²⁰⁶ El Tribunal Constitucional está integrado en el Poder Judicial aunque no sea órgano jurisdiccional ordinario sino órgano constitucional.

¹²⁰⁷ Aunque el art. 504 mencione también al Consejo General del Poder Judicial, no lo mencionamos porque, como se sabe, es un órgano de Gobierno de los Jueces, pero no Poder Judicial.

componentes de la Institución de que se trate) respecto a los que, desde luego, son pensables las amenazas”¹²⁰⁸ —y, añadido, también las injurias o las calumnias—.

No es bien visto en estos tiempos efectuar alegato alguno en contra de ciertos ejercicios de expresión y en favor de la necesaria protección de las Instituciones y sus miembros, en general, o de la independencia, imparcialidad y autoridad del poder Judicial, en particular. No obstante, creo que subyacen razones esencialmente democráticas en la justificación de la tutela de la primacía del orden jurídico y del proceso justo, de las que carecen las apelaciones a la defensa de una libertad de expresión irrestricta y sin distinción de ámbitos de ejercicio. El proceso penal es un procedimiento racional y exclusivo de aplicación del *ius puniendi* en la solución de conflictos sociales sometidos a unas reglas de discurso diferentes¹²⁰⁹; en él no vale todo y, desde luego, no vale sólo porque constituya una opinión lúcida o plausible, o por la credibilidad o la autoridad moral de quien la emita. Ni siquiera cuenta la opinión mayoritaria de la sociedad al respecto de la condena o absolución de un acusado. Un proceso judicial, y el penal en particular, no es como el proceso de toma de decisiones característico —aunque poco practicado— de las democracias (debate abierto, ilimitado en tiempo, forma y contenido y subsiguiente votación popular) y, a menos que se decida cambiarlo, debemos defender el modelo vigente cuya eficacia se basa, en gran medida, en la confianza en el Derecho y en las personas encargadas de aplicarlo —cuya autoridad resulta, en este sentido, necesaria—.

Al hilo de esas afirmaciones cabe traer a colación aquellos ejemplos de campañas mediáticas a favor o en contra de jueces y magistrados de las que he tratado de probar que constituyen atentados inmediatos y graves a la imparcialidad de los jueces y, en esa medida, también vulneración de las garantías del juicio justo.

¹²⁰⁸ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Art. 505”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, op. cit., pág. 1985.

¹²⁰⁹ Tiene la trascendencia suficiente para garantizar que el procedimiento de imposición del *ius puniendi* se regule a sí mismo, que controle su propia racionalidad. Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Derecho Penal y teoría de la democracia”, op. cit., núm. 30, 1995, págs. 10-11.

Es dudoso que con el mantenimiento de la denostada figura del desacato se hubieran prevenido eficazmente las cada vez más frecuentes campañas y publicaciones sobre Jueces y Magistrados a quienes corresponde la decisión sobre ciertos asuntos judiciales —afortunadamente pocos— controvertidos, populares o en los que se disputan los intereses de grupos de presión poderosos¹²¹⁰. Lo que sí es cierto es que su supresión no ha favorecido la necesaria confianza y respeto por las decisiones judiciales, por sus procedimientos y por sus responsables. Además, el recurso a la querrela penal por injurias o calumnias contra un medio de comunicación, ni cubre todos los supuestos de hecho relevantes, ni es una opción *rentable* para quienes siguen estando en el punto de mira de los medios de comunicación por la relevancia pública de su función ni, por último, resuelve el problema que se plantea entretanto a las partes y, en especial, al acusado del proceso de que se trate, quienes tienen razones fundadas para *temer* por la actuación de dicho Juez o Tribunal.

En esa medida, parece que la desaparición del desacato, aun cuando resulte teóricamente aceptable, no ha logrado en la práctica ni “igualar la protección del honor de autoridades y funcionarios con la de los demás ciudadanos”, ni “proteger la libertad de expresión en su configuración constitucional”¹²¹¹. Lo que se echa de menos, en cualquier caso, es algún medio alternativo de defensa del Poder Judicial como la institución democrática que en nuestro sistema debe garantizar la

¹²¹⁰ Afirma GÓMEZ BENÍTEZ lo siguiente: “Se habla y se escribe más —incluso entre los juristas— sobre la libertad de información que sobre los juicios paralelos realizados con contumacia obsesiva y, en algún caso, a modo de seña de identidad, a través de los medios de comunicación.” GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Prólogo* al libro de PILAR OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*

¹²¹¹ Como acertadamente denuncia GÓMEZ BENÍTEZ, hay una “terca negativa a reconocer que los juicios paralelos son un abuso del derecho a transmitir información veraz”. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Prólogo* al libro de PILAR OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*

supremacía del Derecho y el refuerzo de la necesaria confianza de los ciudadanos en que así es y debe ser¹²¹².

La doctrina no comparte abiertamente estas afirmaciones. Para QUINTERO, la desaparición del desacato es justa porque iguala en dignidad personal a los jueces (se refiere a este concreto supuesto, pero el argumento valdría igualmente para todas las Autoridades y funcionarios) con los demás ciudadanos. No obstante, el autor está de acuerdo en que el ordenamiento jurídico tutele adecuadamente el respeto a los Tribunales como un valor en si mismo, pues es imprescindible para la paz civil¹²¹³. Por su parte, GIMENO SENDRA¹²¹⁴, desde una posición mucho más radical, aboga por la reaparición del delito público de injurias al Poder Judicial y de agresiones difamatorias a la presunción de inocencia del imputado con intención de influir en el juez. En esta línea el autor propone una reforma procesal paralela a la reinstauración de esta figura delictiva para facultar al juez a que adopte, como resolución provisional, el secuestro de la publicación injuriosa de que se trate y ordene al medio que se abstenga de seguir publicando en esa línea difamatoria: “se trataría de anticipar (*sic*) la sanción penal no privativa de libertad”. El modo de hacerlo sería, a su entender, recurriendo al procedimiento abreviadísimo de la LO 10/1992 (art. 790 LECrim), que es una clase de procedimiento penal monitorio que ya ha encontrado

¹²¹² “(...) hace inadecuado hablar del honor de las instituciones públicas o clases determinadas del Estado, respecto de las cuales es más correcto, desde el punto de vista constitucional, emplear los términos de dignidad, prestigio y autoridad moral, que son valores que merecen la protección penal que les dispense el legislador, pero que no son identificables con el honor, consagrado en la Constitución como derecho fundamental y, por ello, en su ponderación frente a la libertad de expresión debe asignárseles un nivel más débil de protección del que corresponde atribuir al honor de las personas públicas o de relevancia pública” (STC 107/1988, FJº 2).

¹²¹³ QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 355.

¹²¹⁴ GIMENO SENDRA, V., “La sumisión del juez a la crítica política”, *op. cit.*, págs. 295-306. Este autor mantiene que fue un error del legislador del 95 provocar la desaparición del desacato al considerarlo como un delito contra el honor, pues, en realidad, con este delito se trataba de tutelar debidamente al poder judicial.

refrendo en el TEDH en el caso Öztürk c. Alemania de 21 de febrero 1984 y Colozza c. Italia de 12 de febrero 1985¹²¹⁵.

Resulta significativo, para terminar, que el Consejo General del Poder Judicial venga insistiendo reiteradamente desde sus comienzos en la necesidad de preservar la confianza en el Poder Judicial y en el respeto a su independencia e imparcialidad. Los Informes emitidos a los correspondientes proyectos de Ley Orgánica del Código penal y de la Ley Orgánica del Jurado, aprobados por el Pleno de dicho Órgano, insistieron —con dudoso éxito— en la necesidad de reforzar la tutela y garantías de imparcialidad de los Jueces, Magistrados y, ahora también, de los Jurados.

v) *Atentado a la independencia de Jueces y Magistrados*

El mencionado delito se encuentra tipificado en el art. 508.2, que está ubicado en la Sección 2ª (“De la usurpación de atribuciones”), del Capítulo III (“De los delitos contra las Instituciones del Estado y la división de Poderes”), del Título XXI (“Delitos contra la Constitución”) del Código Penal vigente¹²¹⁶, y dice así:

“La autoridad o funcionario administrativo o militar que atentare contra la independencia de los Jueces o Magistrados, garantizada por la Constitución, dirigiéndoles instrucción, orden o intimación relativas a causas o actuaciones que estén conociendo, será castigado con la pena de prisión de uno a dos años, multa de cuatro a diez meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.”

La doctrina interpreta comúnmente que el objeto de protección de este delito es la separación de poderes y, en concreto, la tutela de la independencia del Poder

¹²¹⁵ *Ibid*, pág. 306.

¹²¹⁶ Sustituye al equivalente art.199 del CP derogado.

Judicial en el ejercicio de su función¹²¹⁷, por lo que se configura como injusto típico el ataque a la misma procedente de otras autoridades o funcionarios, administrativos o militares mediante una serie de conductas concretas que suponen intromisiones ilegítimas¹²¹⁸. Es cierto, como apuntan TAMARIT Y RODRÍGUEZ PUERTA¹²¹⁹ que en el art. 13 LOPJ se demanda a *todos* respetar la independencia de los Jueces y Tribunales, y que en el art. 12 del mismo texto legal se declara la independencia de los Jueces y Tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional respecto a todos los órganos judiciales y de gobierno del Poder Judicial, pero ello no altera el entendimiento de este precepto ni del bien jurídico concretamente protegido¹²²⁰: la separación de poderes mediante la garantía de independencia¹²²¹. En efecto, el tenor del art. 508.2 no admite dudas: “autoridades o funcionarios administrativos o militares” no incluye a los demás titulares del poder judicial ni a los órganos de gobierno del mismo, por lo tanto, aunque es perfectamente imaginable, y más fácilmente alcanzable, un atentado a la independencia de un juez proveniente de otro miembro del propio Poder o de sus órganos de gobierno mediante instrucciones, órdenes o intimaciones, el legislador no ha incluido tal conducta entre los supuestos

¹²¹⁷ GARCÍA ARÁN, M., *La prevaricación judicial*, *op. cit.*, pág. 61.

¹²¹⁸ ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M., “Art. 508”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995*, Vol. II, (Coord. Vives Antón, T.S.), Tirant lo Blanch, Valencia, pág. 1994; SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Delitos contra la Constitución (III)”, *op. cit.*, págs. 935; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 700-701.

¹²¹⁹ TAMARIT SUMALLA, J.M^a y RODRÍGUEZ PUERTA, M^aJ., “Art. 508”, VVAA, *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996págs. 2072-2073 sostienen que el bien jurídico es la independencia judicial frente a las injerencias cometidas por cualquier otra autoridad proveniente del mismo o de otro poder del Estado.

¹²²⁰ Estos autores configuran el injusto, en primer término, como ilegítima intromisión en el ejercicio de la actividad jurisdiccional mediante injerencias indirectas que pueden viciar la toma de decisiones por parte de las autoridades que ostentan tales funciones —independencia en la función—; en último término, como un atentado a la independencia garantizada a los jueces en el desempeño de sus funciones y nota definitoria de su estatuto —independencia institucional u organizativa—. De ser así, la independencia del juez protegida en el Código se extendería a todas las garantías que comprende la independencia entendida en sentido amplio (orgánicas, funcionales, institucionales, organizativas) y ello no es posible a la vista de las concretas conductas tipificadas en el art. 508.2 CP.

¹²²¹ Sobre la independencia y su relación con la imparcialidad, *vid.*, más ampliamente, el Capítulo Primero de esta obra.

punibles del art. 508.2¹²²². El legislador ha optado por acotar algunos de los contenidos posibles de la independencia frente a una clase concreta de ataques, los que sin duda le han parecido más graves —y eso es algo discutible de *lege ferenda*, pero no de *lege data*—, y el tipo se limita a sancionar esas concretas conductas¹²²³. En cualquier caso, la intromisión mediante órdenes o presiones de cualquier clase de un juez o magistrado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro está sancionada en el art. 417.4º LOPJ como una infracción disciplinaria muy grave.

Para QUINTERO, a través del atentado a la independencia se dispensa la necesaria tutela del respeto a los Tribunales en nuestro ordenamiento al que considera, no obstante, un delito aplicable a supuestos de extraordinaria gravedad pues, en último extremo, supone un atentado contra la Constitución. En cambio, continúa este autor, la tutela ordinaria de la *independencia* se lleva a cabo a través del art. 14 LOPJ, pues son los particulares los que con mayor frecuencia van a “inquietar” a los jueces y magistrados en su independencia¹²²⁴. De estas afirmaciones se deduce el empleo de un concepto amplio de independencia que no coincide con el protegido por el tipo penal. Por atentado a la independencia cabe entender según QUINTERO “intentar, por cualquier medio, que el juez resuelva de acuerdo con alguna razón que no se derive del ordenamiento jurídico” o “que resuelva un conflicto o tome una decisión que no sea la correspondiente a la voluntad del derecho, cuyo

¹²²² Para ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M., si el juez actúa como un particular, no entra en el ámbito de sujetos activos del tipo y si lo hace en el uso de sus atribuciones, será, normalmente, de forma arbitraria, e incurrirá, por tanto, en un delito de prevaricación del art. 446 CP. *Vid.* ORTS BERENGUER, E. y ROIG TORRES, M., “Art. 508”, *op. cit.*, pág. 1995. En cambio, RAMOS TAPIA llega a la misma conclusión de que los jueces están excluidos del ámbito subjetivo de la conducta pero desde un planteamiento distinto: para esta autora el entendimiento de la independencia que proyecta el legislador en el Código Penal es incorrecto, pues ésta es una garantía de la función jurisdiccional y no una característica del Poder Judicial, de manera que resulta incorrecta la ubicación de este precepto como delito contra la separación de poderes, así como la consecuencia necesaria, pero inconveniente, de tener que excluir a los jueces del ámbito subjetivo de la conducta típica. *Cfr.* RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, *op. cit.*, págs. 56-57.

¹²²³ En el mismo sentido, al menos respecto del delito de prevaricación judicial, se muestra RAMOS TAPIA, M^a I., *El delito de prevaricación judicial*, *op. cit.*, pág. 58.

¹²²⁴ QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 351.

contenido (monopolio de la jurisdicción) debe declarar el juez”¹²²⁵. Solo es relevante, a su entender, la conducta de “aquel que simplemente ha pretendido doblegar la voluntad imparcial del juez o tribunal con presiones coercitivas o con intromisiones en sus competencias”¹²²⁶.

La independencia se proclama en la Constitución como una nota del Poder Judicial (art. 117.1) y se demanda su observancia a todos en el art. 13 LOPJ. Su regulación se contiene en el Título II de la LOPJ en el que se incluyan diversos Capítulos referidos a las garantías que la ley prevé en favor de aquella¹²²⁷ y que son la *inamovilidad* de Jueces y Magistrados (arts.378-388); el régimen de *incompatibilidades y prohibiciones* para desempeñar diversos cargos, empleos o actividades, así como de pertenecer a partidos políticos o sindicatos (arts. 389-397); la *inmunidad* judicial (arts.398-400), el régimen de asociación profesional (art. 401) y hasta la independencia económica (402-404 *bis*).

Volviendo al análisis del atentado penal a la independencia recogido en el art. 508.2 y en línea con QUINTERO, debe entenderse que para que sólo puede ser constitutivo de delito el ataque cometido por autoridades o funcionarios, pues un particular no puede atentar a la independencia dado que carece de poderes “formales” suficientes para eso. No obstante, hay que advertir que este autor no está haciendo una interpretación del precepto aquí comentando, cuya literalidad no precisa de mayores aclaraciones respecto del ámbito de sujetos activos, sino explicando, a su juicio, la razón de ser o el fundamento de la tutela legal vigente de la independencia. Y en esa línea excluye la inclusión en el tipo —afirmación que

¹²²⁵ *Ibid*, pág. 352. En el mismo sentido VIVES ANTÓN, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial” *op. cit.*, pág. 226.

¹²²⁶ QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 353.

¹²²⁷ Junto a la independencia, la responsabilidad (Tít. III LOPJ) aparece como el otro principio instrumental en la configuración del juez a que obedece la tradición jurídica en que se inscribe nuestra Constitución. Ambos pretenden asegurar la sumisión de aquél al ordenamiento jurídico y sólo al ordenamiento VIVES ANTÓN, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial” *op. cit.*

comparto— de otra clase de conductas como una campaña de zarandeo moral y personal, o una campaña de prensa que ejerciese presión sobre un tribunal para que éste condenase o absolviese a alguien: “eso no deja de ser una injerencia ciertamente criticable o intolerable, pero nada más”¹²²⁸.

Puedo compartir estas afirmaciones en tanto que derivan de la concepción jurídica estricta de independencia manejada *de facto* por QUINTERO cuando afirma que sólo se ataca penalmente a la independencia cuando se tiene poder formal para ello, algo de lo que carecen los particulares¹²²⁹; lo que no resulta, en cambio, tan convincente es su conclusión de que porque los particulares no pueden atacar a la independencia formalmente y, por tanto, sancionarse sus conductas conforme al tipo penal del art. 508.2 cuando intentan forzar la voluntad del juez, es que éstas son, por definición, menos graves y, por ello, su punición fue —y así debe ser— descartada¹²³⁰. Aunque un particular no pueda, por definición, atentar penalmente contra la independencia, sí puede, desde luego, atentar gravemente a la imparcialidad —o independencia *lato sensu* para este autor¹²³¹—, que es la razón de ser de aquella

¹²²⁸ QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 353.

¹²²⁹ En el mismo sentido, *vid.* OTTO Y PARDO, I. DE, *Estudios sobre el poder judicial*, *op. cit.*, pág. 64; LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*, *op. cit.*, págs. 112-113.

¹²³⁰ “Los llamados ataques a la independencia cometidos por particulares no tienen respuesta penal porque el legislador entendió que un particular podrá desatar una campaña contra un juez o injuriarlo o calumniarlo pero no forzar su independencia”. QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 353

¹²³¹ Es, desde luego común en la doctrina, diferenciar dos aspectos o vertientes de la independencia, según el ámbito sobre el que ésta se proyecte, externo o interno, esto es, frente a otros poderes y la sociedad o frente al propio poder; paralelamente, esas vertientes se vinculan a la clasificación de los ataques a la propia independencia según la procedencia de los mismos: los ataques externos a la independencia provienen de otros poderes del Estado o de particulares y los atentados a la independencia interna del propio poder judicial o sus órganos de gobierno. *Vid.* por todos, GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del juez y control de su actividad*, *op. cit.*, págs. 21 y ss. y bibliografía allí citada.

Sin embargo, nosotros empleamos un concepto restringido de independencia, que sólo comprendería el llamado aspecto externo y, además, referido exclusivamente a los demás poderes del Estado. Ese es, desde luego, el contenido de independencia que tutela el Código penal en el art. 508.2 exclusivamente. No obstante, reconocemos que se puede atacar a la imparcialidad desde conductas de particulares y de poderes públicos aunque no se atente a la independencia, porque la imparcialidad se

garantía y la nota definitoria de la función jurisdiccional. El ejemplo que propone el autor de la campaña mediática o de zarandeo moral para ejercer presiones en la decisión del tribunal parece, desde luego, un atentado grave a la imparcialidad tanto si lo cometen particulares como autoridades o funcionarios¹²³². En conclusión, no caben atentados penales a la independencia por los particulares pero sí atentados a la imparcialidad equivalentes aunque no se hallen penados actualmente.

El delito, como no podría ser de otra manera, ha sido calificado por la doctrina como de emprendimiento o “de atentado”¹²³³ en el que la conducta de “intentar” que, desde una perspectiva material equivale a la tentativa, es castigada como consumada, adelantándose por el legislador la barrera de protección al estadio anterior a la lesión del bien jurídico. En realidad, dada la concepción de la independencia que he mantenido en este trabajo —como garantía al servicio de la imparcialidad y, en último caso, de la primacía del ordenamiento jurídico—, la lesión a la misma se produce sin necesidad de resultado adicional alguno, por lo que se consuma realmente por el acto de emisión de la orden o instrucción, o el de la intimación¹²³⁴. Lo que no cabe duda es de que sólo cabe la apreciación del delito con dolo directo¹²³⁵.

nutre de otras garantías adicionales a ésta sobre las que sí puede, desde luego, incidir un particular. Estimamos que no es útil emplear el llamado concepto amplio de independencia al que QUINTERO recurre en el campo de la interpretación del bien jurídico del tipo penal (*Cfr.* QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 352)

¹²³² De hecho, como hemos visto, las demandas de amparo ante el CGPJ se formulan como atentados a la independencia, pues la ley no discrimina formalmente la fuente de la injerencia sobre la decisión judicial, sino que emplea el término en sentido amplio o genérico, como hace, precisamente, QUINTERO. También emplean un concepto amplio de independencia, que incluye además la llamada vertiente interna, TAMARIT SUMALLA, J.M^a y RODRÍGUEZ PUERTA, M^aJ., “Art. 508”, *op. cit.*, págs.2072-2073, lo que les permite sostener que cabe incriminar los atentados provenientes del propio Poder Judicial, como hemos visto.

¹²³³ En este último sentido, *ibid.*, pág. 2073.

¹²³⁴ Así parece deducirse también de la STS 24-1-1991 en la que no se exige acreditar que efectivamente se ha provocado distorsión en el proceso de formación de la voluntad del Juez o en la ejecución de su decisión.

¹²³⁵ En el mismo sentido, TAMARIT SUMALLA, J.M^a y RODRÍGUEZ PUERTA, M^aJ., “Art. 508”, *op. cit.*, pág. 2073.



A la vista de la tutela ofrecida por el Código Penal a la independencia judicial en el art. 508.2 he de concluir que este tipo sirve efectivamente para la protección de la imparcialidad, pero en un aspecto muy concreto. La independencia trata de garantizar la actuación del derecho objetivo por parte de la autoridad judicial, con sumisión exclusiva al imperio de la ley frente a cualesquiera otros condicionamientos, en particular los provenientes de otras instancias de poder político¹²³⁶. Define una determinada posición jurídica de sus titulares, una posición que es de no subordinación, de no reconocimiento de un mayor poder o autoridad en el ejercicio de la función jurisdiccional. A este aspecto dirige su mirada el tipo penal analizado y, por lo tanto, no da respuesta a ninguno de los supuestos conflictivos planteados por los medios de comunicación en los que el ataque a la imparcialidad no afecta a la independencia, sino a otras garantías.

vi) *Atentados*

Como hemos visto anteriormente al analizar la desaparición del delito de desacato, el Parlamento asumió que las amenazas a las autoridades o funcionarios ya estaban castigadas en las correspondientes figuras de atentado, por lo que era inconveniente su reiteración¹²³⁷. También a ese delito se remite parte de la doctrina para penar las amenazas y coacciones sobre aquellos sujetos que no se hallan comprendidos en el tipo que protege las libertad de los intervinientes en el proceso (art. 464 CP)¹²³⁸. Veamos cuál es el ámbito de protección de estos delitos en general

¹²³⁶ Se corresponde con la llamada vertiente institucional o estructural del Poder Judicial según la clasificación de GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del juez y control de su actividad, op. cit.*, pág.22.

¹²³⁷ Expresamente, López Garrido, por el Grupo Parlamentario IU-IC, afirmó como un supuesto distinto al desacato “cuando el ejercicio de las funciones de estas personas fuese entorpecido o estas personas fuesen coaccionadas (...) pero esto está previsto en otras figuras en este Código Penal (...)” Cortes Generales. Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 519, Año 1995, pág. 15896.

¹²³⁸ Así , con relación al Juez o Magistrado, al Jurado, al Ministerio Fiscal o al Secretario Judicial. *Vid.* MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J. y GARCÍA ARÁN, M., “Los delitos contra la

y, en particular, con relación a la clase de atentados a la imparcialidad del juez y del juicio justo cuya relevancia penal venimos indagando.

Los delitos de atentado, resistencia y desobediencia regulados en los arts. 550 y ss. del CP forman parte del Capítulo Segundo del Título XXII dedicado a los delitos contra el orden público. Ello ha favorecido que se recurra a dicho concepto para identificar el bien jurídico protegido en estas normas, pero el problema que suscita la referencia a tal concepto¹²³⁹ debido a sus reminiscencias históricas, a su evocación a la tradición autoritaria, así como por el distinto entendimiento del mismo en unos autores u otros (más o menos estricto), exige alguna precisión. Distingue MUÑOZ CONDE entre un concepto amplio e indeterminado de delitos contra el orden público predicable de casi cualquier delito del Código Penal, de otro concreto, referido a la tranquilidad o paz en las manifestaciones colectivas de la vida ciudadana, que sería aplicable a los atentados que nos ocupan. También OCTAVIO DE TOLEDO identifica el bien jurídico de estos delitos en el orden público en su sentido concreto entendido como el orden material de la vida pública¹²⁴⁰.

Buscando una fundamentación distinta a la tradicional del orden público o el principio de autoridad¹²⁴¹, otros autores, como PRATS CANUT la sitúan “en las

Administración de Justicia ante la reforma penal”, *op. cit.*, págs. 1141-1142; MAGALDI PATERNOSTRO, M^a J., “El delito contra la libertad de las partes: Aspectos críticos”, *op. cit.*, págs. 604-605; CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C., “Coacción o represalia a denunciante, parte, perito, intérprete o testigos”, *op. cit.*, págs. 719-720.

¹²³⁹ De confuso, oscuro y difícil de precisar como pocos tilda al orden público el propio MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial, op. cit.*, pág. 756. Una perspectiva radicalmente diferente a las críticas ordinarias al “orden público” puede verse en GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Crítica de la política penal del orden público”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 16, 1982. Reeditado en *Estudios Penales*, Colex, Madrid, 2001, donde se ofrece una incisiva y desoladora visión de la política penal contemporánea, que ha estado y está presidida por el defensismo, la excepcionalidad y la normalización social, muy especialmente en materia de lucha contra la delincuencia terrorista en España.

¹²⁴⁰ OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VII del Título II del Código penal”, *op. cit.* y en “De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines”, *op. cit.*

¹²⁴¹ Fundamentación avalada, como reconoce el autor, por la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en sus SSTS 22-12-1970, 20-11-1975, 6-10-1982, 19-11-1985. PRATS CANUT, J.M., “Art.

necesidades propias de la función pública como servicio a los ciudadanos” pero, de ahí, pasa a identificar el contenido de injusto del atentado como “la alteración o riesgo para la convivencia ciudadana”¹²⁴², con lo que, a nuestro entender, vuelve en cierto modo al concepto estricto de orden público. Por último, CARBONELL Y VIVES ANTÓN rechazan la contemplación de los atentados como delitos contra el orden público, pues según ellos, pese a su ubicación, ninguna referencia a ese orden se hace en los tipos de atentado —que es el criterio definitivo para determinar el interés protegido—. Por el contrario, estos autores entienden que el contenido de injusto de los atentados está representado por la lesión de la dignidad de la función pública en sentido funcional —como requisito de buen funcionamiento— y, en esa medida, aparecen como delitos contra el buen funcionamiento de los poderes públicos¹²⁴³.

La coincidencia o paralelismo entre los atentados, los parcialmente desaparecidos desacatos y las calumnias, injurias y amenazas a los Organismos mencionados en el art. 504, es indudable¹²⁴⁴. En todos ellos resulta atacada la dignidad de la función pública entendida como se acaba de exponer, pero en el caso de los atentados, es posible separar este bien jurídico colectivo de los bienes particulares del funcionario que pueden resultar afectados por el hecho¹²⁴⁵. Por otra parte, es fácil diferenciar las conductas sancionadas en unos u otros casos mediante las cuales se atenta a dicha dignidad: acometimiento, fuerza, intimidación o

550”, VVAA *Comentarios al Nuevo Código Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 2169.

¹²⁴² *Ibid*, pág. 2169.

¹²⁴³ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Art. 550”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, págs. 2070-2071.

¹²⁴⁴ Sobre el delito de atentado a la autoridad mediante expresiones injuriosas, *vid.* STS 9 de febrero de 1983. En ella se sostiene que los desacatos cometidos durante el atentado quedan absorbidos por este último delito.

¹²⁴⁵ CARBONELL MATEU, J.C. y GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Art. 504”, VVAA, *Comentarios al Código Penal de 1995, op. cit.*, pág. 1983. Cabe, por tanto, un concurso de delitos en caso de que al atentado se añadan otros resultados lesivos particulares a la integridad física, la salud o la vida, que serán resueltos conforme a la regla del concurso ideal del art. 77.1 CP. En el mismo sentido, SEGRELLES DE ARENAZA, I., “Delitos contra el Orden Público (2)”, VVAA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, (Dir. Cobo del Rosal, M.), Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000, pág. 1005.

resistencia en los atentados, y calumnias, injurias o amenazas, en los tipos recogidos en el art. 504 CP.

Con todo, interesa exclusivamente el análisis del atentado en tanto que el ataque a la dignidad pueda tener como destinatario a los titulares del poder judicial y sean, además, cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión e información. Eso limita el objeto de examen al supuesto del atentado consistente en intimidar gravemente a la autoridad, sus agentes o funcionarios públicos, cuando se hallen ejecutando las funciones de sus cargos o con ocasión de ellas (art. 550 CP) y, en su caso, al subtipo agravado del art. 551.2 CP si dicha acción tuviere como destinatarios a los Magistrados del Tribunal Constitucional¹²⁴⁶. La intimidación, que como he dicho consiste en el anuncio o la conminación de un mal inminente, grave, concreto y posible, de modo apto para producir en la víctima una coacción anímica¹²⁴⁷, se sanciona como atentado sólo cuando es grave.

Pues bien, valgan en este punto las consideraciones efectuadas al hilo del llamado delito contra la libertad de los intervinientes en el proceso, sobre la remota posibilidad de que pueda valorarse como conducta intimidatoria grave la clase de publicaciones que en su momento calificué como juicios paralelos o campañas mediáticas. No parece, desde luego, que los magistrados del Tribunal Constitucional hayan sido víctimas de un delito de atentado con ocasión del ejercicio de sus funciones cuando se han vertido críticas, insinuaciones, denuncias de parcialidad o conductas semejantes por parte de los medios de comunicación, ni que la respuesta legal por semejantes actividades sea merecedora de una pena de prisión de cuatro a seis años y multa de seis a doce meses, lo mismo que si se les acometiera o empleara fuerza contra ellos.

¹²⁴⁶ Del resto de autoridades mencionadas, no hay referencia alguna a otros miembros del Poder Judicial, a diferencia del art. 504, en el que también se incluía al Tribunal Supremo.

¹²⁴⁷ La jurisprudencia no exige que este efecto se de en la realidad, sino que basta la acreditación de la idoneidad de la amenaza, como apunta PRATS CANUT, J.M., "Art. 550", *op. cit.*, pág. 2171.

e') *La tutela procesal ordinaria de la imparcialidad: la abstención y la recusación de jueces y magistrados.*

La primera y única mención a la imparcialidad judicial efectuada en la legislación vigente se contiene, precisamente, en la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en concreto, en el art.219.12ª. No es de extrañar que las escasas monografías y estudios sobre la imparcialidad judicial y su preservación versen, precisamente, sobre las causas de abstención y recusación a las que este precepto se refiere y del correspondiente incidente para su substanciación¹²⁴⁸.

La regulación de las citadas causas se contenía inicialmente en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, concretamente en su artículo 54, pero la promulgación de la LOPJ derogó, siquiera tácitamente, esta norma en favor del vigente art. 219 LOPJ, y lo mismo ocurrió respecto al incidente de substanciación de la recusación y la abstención, al que son ahora aplicables las normas contenidas en los artículos 221 y ss. de la LOPJ. Respecto del orden civil, las causas y el procedimiento de abstención y recusación de jueces y magistrados se regula en los arts. 107 a 113 de la nueva LEC.

No voy a efectuar aquí una disección del repertorio completo de causas previstas en la ley por las que pueden abstenerse o ser recusados los Jueces y Tribunales¹²⁴⁹ porque mi propósito se limita a contrastar la virtualidad de las medidas

¹²⁴⁸ Vid. en general, OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Derecho Procesal Penal*, op. cit.; GIMENO SENDRA, V., MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., *Derecho procesal penal*, op. cit.; *Id.*, *Lecciones de Derecho procesal penal*, op. cit.; PEDRAZ PENALVA, E., *Derecho procesal penal. Tomo I: Principios de Derecho procesal penal*; MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, op. cit.; RAMOS MÉNDEZ, F., *El proceso penal: sexta lectura constitucional*; monográficamente, vid., SANTOS VIJANDE, J.Mª, "Abstención y recusación de jueces y magistrados (I) y (II)", *La Ley*, núms. 4719 y 4720, 1999; ARIAS DOMÍNGUEZ, A., *La imparcialidad del juzgador. La abstención y la recusación, de jueces y Magistrados*, op. cit.

¹²⁴⁹ No quedan incluidos los jurados por cuanto que en la LOTJ contiene normas específicas sobre incompatibilidades, prohibiciones y un incidente específico para recusar al jurado presuntamente parcial. En cambio, ninguna duda hay respecto de la operatividad de la recusación y abstención de cualquier miembro del Poder judicial, incluido, por supuesto, el Juez de Instrucción.

legales de tutela de la imparcialidad vigentes para dar respuesta a los supuestos conflictivos planteados a ésta por la actuación de los medios de comunicación. Sólo desde esa perspectiva, fundamentada en la necesidad de asegurar un Derecho penal limitado o fragmentario respecto de cualquier medida penal que se proponga, interesa examinar las causas de recusación y abstención reconocidas en los números 4º, 8º y 9º del art. 219 LOPJ.

No obstante, hay una cuestión a la que debo referirme previamente porque es crucial para determinar el verdadero alcance de la tutela de la imparcialidad dispensada por el mencionado art. 219 LOPJ. Según entiende SANTOS VIJANDE no está nada claro, a pesar de la existencia de un cuerpo constante de jurisprudencia ordinaria al respecto, que dicha norma establezca un *numerus clausus* de causas de abstención; y aun admitiendo que así fuera —continúa el autor—, ello no exigiría que éstas fueran interpretadas restrictivamente, antes al contrario, podrían interpretarse de forma extensiva e incluso aplicarse analógicamente otros motivos semejantes¹²⁵⁰.

La razón que aduce este autor para operar tan generosa lectura del art. 219 es que “si de lo que se trata de es de preservar un derecho fundamental, cual es el derecho a un Juez imparcial como concreción del derecho a un proceso con todas las garantías, entonces el ámbito del deber de abstención y recusación no *puede* estar

Sobre este particular se pronuncia expresamente el TC ante la alegación del Abogado del Estado de que tal norma no rige sino para jueces “que juzgan” en la STC 69/2001 de 17 marzo, FJº 17:

“Así pues, aunque el contenido de la garantía constitucional de imparcialidad del Juez de Instrucción, dada la configuración de nuestro sistema procesal, no sea idéntica a la que pueda predicarse del órgano de enjuiciamiento (pues habrá de ponerse en conexión con las resoluciones o determinaciones que concretamente haya adoptado en un determinado asunto), es también exigible a aquél en la medida en que en esta fase del proceso penal, tal y como viene diseñado en nuestras leyes procesales, ha de resolver las pretensiones que ante él se formulen sin prejuicios ni motivaciones ajenas a la recta aplicación del Derecho, y ha de tomar determinaciones que pueden afectar a los intereses o derechos fundamentales de las partes (así ocurre con los Autos de prisión o libertad provisional, de procesamiento, de sobreseimiento o de apertura del juicio oral en el procedimiento abreviado por ejemplo), sobre las cuales ha de exigirse la previa condición de que el Juez que las adopte aparezca tanto subjetiva como objetivamente neutral”.

¹²⁵⁰ SANTOS VIJANDE, J.Mª, “Abstención y recusación de jueces y magistrados (I) y (II)”, *op. cit.*, pág.2.

limitado por una *hipotética pretensión* del legislador de enunciar, exhaustiva y tasadamente, las razones que comprometen la imparcialidad de un juzgador¹²⁵¹.

No le faltan razones a este autor para denunciar una interpretación que, por otro lado, parece inevitable a la vista de la regulación vigente: el legislador no debería tratar de enunciar todas las posibles situaciones en que objetivamente se puede temer por la imparcialidad del juzgador. Pero el nuestro lo ha hecho así, y, por lo tanto, ya no nos enfrentamos a una *hipotética pretensión*, sino a una decisión legalmente formulada que debe ser interpretada y aplicada como tal, es decir, conforme a las reglas de interpretación ordinarias que permiten fijar el sentido objetivo de un texto. Ninguna de ellas nos permite entender que el art. 219 LOPJ es un catálogo abierto y, por lo tanto, contrariamente a lo que dice este autor, no hay otros motivos por los que se pueda recusar o deba abstenerse un juez, al margen de los contenidos expresamente en dicho precepto. A partir de ahí, la interpretación puede resultar todo lo extensivamente que admita el sentido objetivo del texto, y puesto que no se trata de una norma desfavorable o restrictiva (ni siquiera desde la perspectiva del juez recusado puede entenderse en ese sentido) sino tuteladora de un derecho fundamental —en eso su afirmación no admite duda alguna—, allí donde el texto sea dudoso, debe regir el principio *in dubio pro libertate*¹²⁵². De manera que sólo queda por aclarar la última cuestión planteada, esto es, si cabe aplicar analógicamente el precepto para admitir otras causas de abstención y recusación. La indiscutible respuesta negativa que procedería en el caso de que se tratara de una norma penal no es aquí de recibo, pues la norma que analizamos se integra en el Título dedicado al modo de constituirse los Juzgados y Tribunales y, por tanto, es una norma sobre organización o régimen, no penal. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Supremo¹²⁵³ rechaza sistemáticamente la aplicación analógica del precepto para admitir nuevas causas cuando resuelve los recursos de casación que se le presentan

¹²⁵¹ Las cursivas no aparecen en el original.

¹²⁵² *Vid.*, MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, *op. cit.*

por inadmisión de la recusación al amparo de lo previsto en el art. 228 LOPJ. Lo mismo se deduce de la doctrina del Tribunal Constitucional cuando afirma, por ejemplo, en la STC 138/1994, FJ 4º:

“...la relación de motivos de recusación del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial tiene el carácter de *numerus clausus*, sin que quepa la analogía como regla interpretativa del precepto”

En el mismo sentido se pronuncia la STC 69/2001 en un supuesto cuya “analogía” no planteaba la más mínima duda puesto que aun cuando no estaba recogida en la ley el momento de rechazarse la recusación, fue expresamente introducida por el legislador poco después¹²⁵⁴. En el FJº 21 de la citada sentencia se dice:

“Tampoco corresponde a este Tribunal pronunciarse sobre la aplicación retroactiva del apartado 12 del art. 219 LOPJ. La duda ha sido resuelta de manera motivada y razonable por el Tribunal Supremo cuando ha entendido que la causa de abstención y recusación allí establecida sólo puede abarcar a supuestos de hecho ocurridos después de su entrada en vigor. A dicho argumento cabría añadir el carácter de *numerus clausus* de las causas legales de recusación. Estas son sólo las previstas en la ley y han subsumirse necesariamente en alguno de aquellos supuestos que la norma define como tales (STC 157/1993, de 6 de mayo, FJ 1, y ATC 111/1982, de 10 de marzo, FJ 5)”.

No obstante, del control constitucional sobre la interpretación judicial del art. 219 LOPJ podemos deducir una cierta flexibilidad en el régimen legal de tutela de la debida imparcialidad del juez, y no porque haya causas supralegales de recusación

¹²⁵³ SSTs 21-10-1986, 15-6-1987, 11-11-1991, 20-1-1996 y 20-5-1997, entre otras.

¹²⁵⁴ En el recurso de amparo el acusado sostenía que “esta exigencia legislativa (por la causa tipificada en el art. 219.12º) dimana del propio contenido del derecho fundamental al Juez imparcial y,

con fundamento en el derecho a un juez imparcial —que no las hay—, sino porque hay otras causas de parcialidad que, no obstante, no admiten recusación, pero cuya concurrencia puede ser declarada por el Tribunal Constitucional como vulneración del derecho al juez imparcial. La primera opción —existencia de causas supraleales de abstención y recusación— ya ha sido expresamente descartada por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, como hemos visto anteriormente. Operar de otra forma sería convertir el principio de legalidad en papel mojado. Una cosa es que las normas se interpreten de conformidad con la Constitución y otra muy distinta que su contenido se altere para hacer frente a una pretendida valoración de inconstitucionalidad del supuesto de hecho de que se trate. En cambio, no hay ningún impedimento, antes al contrario, en interpretar extensivamente el art. 219 LOPJ precisamente porque el fundamento que subyace al mismo es, como dice SANTOS VIJANDE, la tutela de un derecho fundamental. Pero la analogía, como también dice el autor, no es interpretación sino creación de Derecho¹²⁵⁵, con todas las reservas que ello provoca cuando, como es este caso, concurre además otro derecho fundamental y garantía del juicio justo que es el derecho al juez predeterminado por la ley, y cualquier “exceso” interpretativo puede oponerse a la vigencia de este último¹²⁵⁶.

En efecto, a las razones ya apuntadas que abonan la prohibición del recurso a la analogía en el campo de la recusación y la abstención puede sumarse la necesidad de

por ello, aunque se regulase legalmente en un momento posterior, su aplicación al caso derivaría directamente de la propia Constitución”. El argumento, como vemos, fue rechazado por el TC.

¹²⁵⁵ De hecho, cuando el autor transcribe en su trabajo el párrafo de la STC 138/1994 en que el Tribunal alude a la analogía “como regla interpretativa del precepto”, añade un significativo “(sic)”. Cfr. SANTOS VIJANDE, J.M.^a, “Abstención y recusación de jueces y magistrados (I) y (II)”, *op. cit.*, pág. 9.

¹²⁵⁶ Así, en la STC 162/1999, FJ^o8 se dice: “a) Como en todas las ocasiones en que se alegan sospechas de parcialidad apoyadas en circunstancias posteriores en el tiempo a la concreción de la abstracta predeterminación legal del Juez, el canon de enjuiciamiento de las dudas alegadas ha de ser especialmente riguroso, pues si la predeterminación legal abstracta del Juez del caso, además de constituir un derecho fundamental autónomo, es, como dijimos antes, una garantía de su actuación independiente y, por ende, imparcial, apartar a un Juez ya determinado por circunstancias sobrevenidas a la asignación del caso, quebrando así la previsión legal inicial, exige fundadas razones que eliminen cualquier posibilidad de utilizar interesadamente este mecanismo de garantía para seleccionar o separar al Juez tomando como base la preferencia o rechazo del justiciable hacia sus cualidades personales.”

preservar la seguridad jurídica de los integrantes del órgano *ad quem*, a quienes, de otra forma, podría sorprenderles una sorpresiva aceptación de recusación análogamente fundamentada o la desestimación de su abstención formulada mediante idéntica apelación a causa análoga, con el correspondiente riesgo, en ambos casos, de ser sancionados disciplinariamente: en el primer supuesto el juez se encontraría, además, con la posibilidad de ser sancionado por infracción muy grave “por inobservancia del deber de abstención” (art. 418.8 LOPJ) y, en el segundo, por falta grave basada en la “abstención injustificada” (art. 418.14 con relación al 221.3 LOPJ).

El Tribunal Constitucional ha declarado que el contenido del derecho al juez imparcial exige que se de oportunidad a las partes y, en especial al acusado, de recusar a los jueces y magistrados en quienes se estime que concurre alguna de las causas legalmente tipificadas como tales en el art. 219 LOPJ. En esa medida puede hablarse de un derecho a formular recusación¹²⁵⁷, constitucionalmente garantizado, que comprende la necesidad de que la pretensión de la parte se sustancie a través del procedimiento prevenido por la ley¹²⁵⁸ y que la cuestión sea enjuiciada por un Juez distinto del que haya sido objeto de recusación¹²⁵⁹. En cambio, el Tribunal no entra a examinar las causas de recusación y su interpretación judicial, sino sólo en la medida en que se haya vulnerado la garantía del art. 24.2 CE, esto es, cuando la decisión desestimatoria se ha hecho de manera inmotivada, arbitraria o irrazonable. En la STC 69/2001, FJ° 20 se afirma:

¹²⁵⁷ Por ello se ha declarado la vulneración del derecho a un juez imparcial en aquellos supuestos en que no se notificó debidamente a las partes o al acusado —según el proceso de que se trate— la composición definitiva del Tribunal sentenciador de forma que éstos no pudieron plantear la oportuna recusación de los magistrados integrantes del mismo. Entre otras, STC 137/1994 y 151/2000.

¹²⁵⁸ En la STC 162/1999 FJ° 2 se vincula la recusación con la exigencia de agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria previa al amparo: “La recusación del Juez o Magistrado de cuya imparcialidad se duda es, en casi todas las ocasiones, un remedio procesal útil para evitar la lesión del derecho a un Juez imparcial, y por ello, cuando la misma es posible por conocerse la causa con carácter previo al enjuiciamiento, es exigido plantearla para entender agotados los recursos judiciales e invocada la supuesta lesión antes de demandar el amparo (SSTC 138/1991, 238/1991, 230/1992, 119/1993, 282/1993, 384/1993, 142/1997 e, implícitamente, STC 205/1997).”

“(…) queda por completo al margen de nuestro conocimiento el enjuiciamiento sobre la real concurrencia o no de las causas de recusación alegadas, así como la interpretación de las normas en las que vienen contenidas, pues tan solo nos es dado examinar si se ha infringido o no el derecho fundamental al Juez legal imparcial y si se han cumplido las garantías constitucionales que son exigibles en la tramitación del correspondiente incidente (SSTC 47/1982, de 12 de julio, FJ 2, y 234/1994, de 20 de julio, FJ 2)”.

Al margen del limitado recurso a la recusación, ¿cabe formular por cualquier otra vía la vulneración del derecho a un juez imparcial ante los jueces y tribunales ordinarios? En un principio, la respuesta negativa parece desprenderse de la STC 137/1994, FJ° 2:

“el incidente de recusación que es el único cauce previsto por el ordenamiento procesal para obtener el restablecimiento por los Tribunales ordinarios de este derecho fundamental o evitar la consumación de su lesión”

Sin embargo, recientemente, la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha declarado en su STS 21-7-2000 (ponente: Bacigalupo) que también el recurso de casación puede servir —muy limitadamente, por cierto— de cauce para tutelar la imparcialidad del juzgador si del examen de la sentencia puede deducirse que exterioriza tal parcialidad¹²⁶⁰ :

“(…) a los efectos de la cuestión de la imparcialidad del Tribunal es necesario distinguir entre una perspectiva ex ante y otra ex post. Una vez dictada la sentencia por el Tribunal, cuya recusación fue oportunamente rechazada, la cuestión de la imparcialidad debe ser juzgada a la luz del

¹²⁵⁹ SSTC 47/1982, FJ° 3, 7/1997, FJ° 3, STC 69/2001, FJ° 16 y ATC 227/1990.

¹²⁶⁰ Es evidente que si la sentencia es arbitraria o injusta constituye una prevaricación punible y, por tanto, la prueba de la efectiva parcialidad del juez, pero de ahí no cabe deducir, *a sensu*

contenido de dicha sentencia. Esto significa que si el Tribunal pronunció un fallo que es adecuado a derecho, que no exterioriza la parcialidad de los jueces, pues cualquier otro Tribunal podría haber emitido una sentencia de ese contenido, la imparcialidad del Tribunal que juzgó quedó demostrada. Por lo tanto, el recurrente no puede alegar en casación que ha sido juzgado por un Tribunal que no reunía los requisitos de imparcialidad establecidos en la Constitución, sin demostrar que la parcialidad se exterioriza en la sentencia.”

Existen, ciertamente, pocas posibilidades de hallar conexión entre parcialidad del juez que traiga causa en la actividad de los medios de comunicación respecto del proceso y alguna causa legal de abstención o recusación. Las causas legalmente previstas describen situaciones objetivas que nacen fundamentalmente de las relaciones personales del juez y los intervinientes ajenas al proceso —vínculos matrimoniales, de parentesco, afinidad, amistad, profesionales, etc.— o propias del mismo, como la incompatibilidad de funciones —porque está o ha estado en posición de parte realizando las funciones que a éstas corresponden, o porque ha exteriorizado anticipadamente una toma de partido a favor o en contra del acusado—. Obedecen a sospechas objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos que permiten temer fundadamente que el Juez no utilizará como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otras consideraciones ajenas al Ordenamiento jurídico.

Tradicionalmente suele distinguirse en la doctrina y jurisprudencia entre causas subjetivas y objetivas de recusación y abstención para referirse a los correspondientes aspectos o perspectivas de la imparcialidad del juez¹²⁶¹. Según se

contrario, que toda resolución ajustada a Derecho ha sido dictada por un juez imparcial ni que toda resolución contraria a Derecho demuestra la parcialidad del juez que la dictó.

¹²⁶¹ La imparcialidad subjetiva se vincula a las convicciones personales de un Juez determinado respecto de un caso concreto, es decir, a lo que pensaba en su fuero interno. Se consideran causas subjetivas de abstención la 4ª (estar o haber sido denunciado o acusado por alguna de las partes como responsable de algún delito o falta), la 6ª (Ser o haber sido denunciante o acusador de cualquiera de las partes) y la 8ª (Amistad íntima o enemistad manifiesta con cualquiera de los expresados en el artículo anterior). La imparcialidad objetiva radica en ofrecer garantías suficientes

dice, la perspectiva subjetiva trata de apreciar la convicción personal del Juez, lo que pensaba en su fuero interno en tal ocasión, a fin de excluir a aquél que internamente haya tomado partido previamente, o vaya a basar su decisión en prejuicios indebidamente adquiridos. Desde esta perspectiva, la imparcialidad del Juez ha de presumirse, y las sospechas sobre su idoneidad han de ser probadas. La perspectiva objetiva, sin embargo, se dirige a determinar si, pese a no haber exteriorizado convicción personal alguna ni toma de partido previa, el Juez ofrece garantías suficientes para excluir toda duda legítima al respecto; por ello, desde este punto de vista, son muy importantes las consideraciones de carácter funcional y orgánico, pues determinan si, por las funciones que se le asignan en el proceso, el Juez puede ser visto como un tercero en el litigio, ajeno a los intereses que en él se ventilan¹²⁶².

Ya he manifestado mis reservas a esta dualidad de perspectivas con que se maneja la jurisprudencia respecto a la imparcialidad¹²⁶³ y mi preferencia por utilizar otros términos como parcialidad expresa y presunta o personal y procesal, pero lo que me interesa destacar, por encima de esas diferencias, es que el sistema no puede contemplar exhaustivamente todas las situaciones objetivas que pueden hacer perder la presunción de imparcialidad del juez, esto es, hacer fundada la sospecha de que aquél no está en general ni en el caso concreto en posición de parte¹²⁶⁴. Las tomas de partido o la alineación con las partes derivadas del desempeño de determinadas actividades o funciones en el proceso son tan objetivas como las llamadas subjetivas o anímicas tomas en favor o en contra de los litigantes, pues también estas últimas pueden apreciarse sólo cuando han sido visiblemente exteriorizadas. Lo que ocurre es que fuera de esos supuestos puede existir alineación de partida o sucesiva durante

que permitan descartar toda duda legítima respecto a una previa toma de partido o convicción personal sobre el caso.

¹²⁶² Doctrina extraída de la STC 162/1999, FJº 5.

¹²⁶³ *Vid. infra*, Capítulo Primero, apartado VI.6

¹²⁶⁴ Así, VIVES ha puesto de manifiesto la relación existente entre el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y el derecho a un juez imparcial cuando tales dilaciones se provocan por negligencia del propio juez. En esos casos cabe dudar de la adecuación del juez para juzgar el caso, en

el proceso por parte del órgano que juzga gracias, entre otras posibilidades, a determinadas actividades mediáticas directa o indirectamente encaminadas a provocar dicho efecto. La dificultad y el reparo en reconocer y conformar un catálogo de situaciones incluso ajenas al juez que, sin embargo, puedan determinar la apreciación de una sospecha de parcialidad sobre éste, es incompatible con la vía de la abstención y la recusación tal y como está hoy conformada legalmente¹²⁶⁵.

f) *El amparo constitucional por vulneración del derecho a un juez imparcial*

En último término, al Tribunal Constitucional corresponde velar por la garantía de los derechos fundamentales mediante la vía del recurso de amparo, que en este caso se articula, fundamentalmente, por la vía del derecho al juez predeterminado por la ley o, más frecuentemente, por la del derecho a un juez imparcial incardinado en el derecho al proceso con todas las garantías —art. 24.2 CE— sin que falten alusiones, incluso, al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. En la primera de las vías enunciadas se sitúa la STC 162/1999, cuando en su FJº 8 afirma:

“A este Tribunal, al que no compete determinar en cada caso si concurren o no las causas de recusación alegadas en la vía judicial (SSTC 234/1994 y 205/1998), corresponde únicamente analizar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, ha sido respetado el contenido del derecho fundamental a ser juzgado por un Tribunal imparcial”.

definitiva, de su imparcialidad. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal, op. cit.*, págs. 75-76.

¹²⁶⁵ A este problema se une la propia configuración del sistema de recusación y abstención previsto en los arts. 221 a 228 de nuestra LOPJ y del que ya hemos dado algunos ejemplos: posibilidad casi automática de imponer sanciones disciplinarias por abuso o reticencia al reconocimiento de las causas, escaso margen temporal para apreciar y alegar su concurrencia, resolución del incidente frecuentemente por el propio juez sustituto del recusado (que se convierte automáticamente en un juez parcial por decidir la recusación y, al mismo tiempo, su propia competencia), imposibilidad de recurrir la desestimación, etc.

Ahora bien, puesto que su interposición está condicionada al previo agotamiento de la vía jurisdiccional ordinaria para su debida reparación conforme prescribe el art. 44.1,a) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional¹²⁶⁶, éste tendrá que constatar: a) si cabía que el recurrente formulara tal recusación en tiempo y forma y lo ha hecho¹²⁶⁷ o, b) que no era posible hacerlo así, en cuyo caso entrará, sin mayor problema a valorar el fondo de la cuestión¹²⁶⁸.

Cuando el TC otorga el amparo al recurrente, declara que ha sido vulnerado su derecho a ser juzgado por un Tribunal imparcial y, para restablecerle en su derecho, además de anular las correspondientes actuaciones del órgano de que se trate, retrotrae las actuaciones judiciales al momento inmediatamente anterior a la vulneración a fin de que la función jurisdiccional adopción se lleve a cabo por un órgano judicial competente integrado por Jueces o Magistrados, según los casos, cuya imparcialidad no se encuentre comprometida (art. 55 LOTC)¹²⁶⁹.

En la STC 136/1999, se alegó la indebida desestimación de la recusación de un miembro del Tribunal que, no obstante, el TC no juzgó irrazonable; pero lo que creo más relevante de este caso es que, además, se denunció la infracción del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) así como del derecho a no padecer indefensión (art. 24.1 CE) porque, a juicio de los demandantes, el Tribunal no adoptó medida alguna para preservar su *independencia* frente a las presiones recibidas: por

¹²⁶⁶ Afirma el tribunal en numerosas sentencias y autos que el requisito de agotamiento de los recursos utilizables responde al carácter subsidiario del recurso de amparo, pues la tutela general de los derechos y libertades corresponde a los Tribunales de Justicia —art. 41.1 LOTC—, lo que hace exigible, en todo caso, que a los órganos judiciales se les haya dado la oportunidad de reparar la lesión cometida y de restablecer en sede jurisdiccional ordinaria el derecho constitucional vulnerado. *Vid.*, entre otras, SSTC 118/1986, 75/1988, 155/1988 o 287/1993.

¹²⁶⁷ Como recuerda la STC 136/1999 en su FJ 5º sólo puede rechazarse preliminarmente la recusación por incumplimiento de requisitos formales, por no aducirse causa en que legítimamente pueda fundarse la recusación y por no establecerse los hechos que le sirvan de fundamento.

¹²⁶⁸ Ejemplo de este segundo supuesto es la mencionada STC 137/1994.

¹²⁶⁹ Sobre el recurso de amparo, entre otros, *vid.* BORRAJO INIESTA, I., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., FERNÁNDEZ FARRERES, G., *El derecho a la tutela judicial y el recurso de amparo: una reflexión sobre la jurisprudencia constitucional*, Cívitas, Madrid, 1995; CASCAJO, J. L. y GIMENO SENDRA, V., *El recurso de amparo*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992.

un lado, de las instancias políticas —destacados miembros del Gobierno—, que habrían ejercido presiones sobre el Tribunal sentenciador mediante declaraciones efectuadas en diversos medios de comunicación y, por otro, de los propios medios al informar de la decisión que supuestamente adoptarían los Magistrados de la Sala al enjuiciar la causa (FJ° 7). Es el propio TC el que en su respuesta vincula la existencia de riesgos derivados de los juicios paralelos para las distintas vertientes de la imparcialidad de los Jueces y Tribunales y, entre otras, la pérdida de respeto a la Administración de Justicia, la usurpación de funciones a los Tribunales si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, que las partes sufran un pseudo-juicio en los medios de comunicación y, sobre todo —como destaca el FJ° 8—:

“(...) el menoscabo, según sea su tenor, finalidad y contexto, de la imparcialidad o la apariencia de imparcialidad de los Jueces y Tribunales, ya que la publicación de supuestos o reales estados de opinión pública sobre el proceso y el fallo puede influir en la decisión que deben adoptar los Jueces, al tiempo que puede hacer llegar al proceso informaciones sobre los hechos que no están depuradas por las garantías que ofrecen los cauces procesales”.

Cuando se lleva a cabo una campaña de prensa el acusado puede temer fundadamente que su derecho a un juez imparcial y a un proceso justo está en peligro. De no adoptarse medida alguna para prevenir el riesgo, si es que ello es posible a la vista de los escasos medios que ofrece la legislación¹²⁷⁰, el acusado (una vez ha sido condenado) puede solicitar el amparo constitucional por tal vulneración¹²⁷¹. Aun cuando el Tribunal se sienta anímicamente imparcial todo el

¹²⁷⁰ Desde luego, sería imposible intentar la recusación del Tribunal alegando que “tiene interés directo o indirecto en la causa” pues, a diferencia de lo que ocurre en un supuesto de dilaciones indebidas imputables al juez, aquí no puede afirmarse ni que el juez ha faltado a su diligencia ni que, por tanto, tiene un interés ajeno al *ius dicere*: el de encubrir su falta. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal*, *op. cit.*, pág. 75 y 76

¹²⁷¹ También admite esta posibilidad BELLOCH JULBE, J.A., “Los jueces y la libertad de información”, *op. cit.*, pág. 240.

mundo y, en especial, el acusado, pueden tener fundados motivos para pensar que las resoluciones que se adopten tras estas campañas de presión no serán, desde luego, idénticas a las que se hubieran dictado en ausencia de las mismas. Según reconoce el Tribunal Constitucional en la Sentencia 136/1999, FJº 8:

“(...) Por ello, cuando efectivamente se dan estas circunstancias (por los juicios paralelos), se conculca el derecho a un proceso con todas las garantías, incluso sin necesidad de probar que la influencia ejercida ha tenido un efecto concreto en la decisión de la causa, pues, por la naturaleza de los valores implicados, basta la probabilidad fundada de que tal influencia ha tenido lugar (Sentencia del TEDH, caso Worm §54).”

El TC ha otorgado el amparo en una sola ocasión por vulneración del derecho a un Tribunal imparcial¹²⁷² describiendo una situación que no tenía vinculación estricta alguna con las causas tasadas en el art. 219 LOPJ y argumentando, sencillamente que, a la vista de las circunstancias concurrentes, existían sospechas objetivamente fundadas para creer que el juez del caso no era idóneo para juzgar¹²⁷³.

Lo relevante del caso, y que permite mostrar la endeblez de la recusación como único instrumento prácticamente vigente para tutelar el derecho a un juez imparcial es que de todas las sospechas de parcialidad alegadas contra uno de los Magistrados que dictó sentencia, la que dio pie a la concesión del amparo no tenía encaje entre las llamadas causas objetivas y subjetivas, sino que corresponde a una sospecha objetivamente fundada en una actuación improcedente del juez ajena al proceso y que fue había sido intencional e ilegítimamente provocada por el mismo recurrente, lo cual permitió, en cierto modo, poner en manos del acusado el resultado del juicio. Según consta en la Sentencia, el recurrente inició una campaña en los medios de comunicación provocando reiteradamente a algunos miembros del Tribunal que

¹²⁷² Desestimando la petición en, al menos, otras diez ocasiones. se trata de la STC 162/1999.

debía juzgarle próximamente. La condición de autoridad pública que en ese momento correspondía al procesado no hizo sino agravar su conducta porque más allá del ataque personal al honor de dichos Magistrados, una Autoridad pública menospreciaba a una institución del Estado, el Poder Judicial, y a su función. Como resultado de tales provocaciones, uno de los Magistrados respondió finalmente a los ataques de forma improcedente — puso públicamente en cuestión la catadura moral del procesado y su idoneidad para el cargo que ostentaba—, convirtiendo en fundado el temor del acusado respecto a que dicho Magistrado no utilizara como criterio de juicio el previsto por la ley sino sus propias pasiones y desafectos, expresados en dichas declaraciones. Al otorgar el amparo, se anuló la sentencia condenatoria y se ordenó la repetición del juicio ante un Tribunal cuya imparcial no estuviera comprometida.

En el resto de ocasiones que se ha recurrido en amparo por vulneración del derecho a un juez imparcial por la publicación de informaciones u opiniones excesivas o adversas, el Tribunal ha desestimado las demandas por considerar que no quedaba suficientemente acreditada la posibilidad de influir en la decisión del órgano judicial, bien fuera por el tipo de informaciones publicadas, su tono o el momento en que se realizaron¹²⁷⁴. De manera que la fuerte presunción de imparcialidad de que

¹²⁷³ “Las sospechas pueden surgir de cualquier tipo de relaciones jurídicas o de hecho en que el Juez se vea o haya visto envuelto (SSTC 137/1994, fundamento jurídico 2º., 60/1995, fundamento jurídico 3º, 7/1997, fundamento jurídico 3º, y 64/1997, fundamento jurídico 3º)” STC 162/1999, FJº 5.

¹²⁷⁴ Recuérdesse que los dos primeros Autos del Tribunal Constitucional que se pronunciaron sobre juicios paralelos fueron los de 28 de noviembre de 1990 (ATC 419/1990) y de 26 de junio de 1991 (ATC 195/1991). En el primero de ellos se reconoce que “el proceso de instancia fue seguido muy directamente por los medios de información, que dieron amplias noticias sobre el desarrollo del juicio” y en la demanda se afirma que el tribunal no adoptó medida alguna para evitar unidades móviles de radio e incluso cámaras de televisión dentro de la sala, pese a las protestas de su defensor. Esta denuncia, sin embargo, no se articuló por la vía del art. 24.2 para cuestionar la posible presión que sobre el tribunal hubiera podido tener el exceso de información del curso del proceso, sino sólo como denegación implícita de prueba testifical, al haber podido tener conocimiento los testigos que iban a declarar de las manifestaciones realizadas. El tribunal rechazó la demanda al entender que el riesgo de esa comunicación, difícilmente evitable en un proceso de tan larga duración y de tanta relevancia pública, no permitía afirmar la existencia de indefensión de relevancia constitucional, dado que las declaraciones testificales se sometieron a un debate cruzado, y esos testimonios pudieron ser cuestionados, y efectivamente lo fueron. No obstante, el Tribunal admitió, siquiera como *obiter dicta*, la posibilidad de que en algún caso conductas semejantes vulneraran el principio constitucional a un

gozan los Jueces y Tribunales, no puede romperse fácilmente dado el canon de control que se viene empleando habitualmente en la jurisdicción constitucional para entender vulnerado el derecho —distinto, por cierto, al que se emplea en la vía ordinaria de tutela respecto de las circunstancias que describen las causas de abstención y recusación, en el que basta la apariencia de parcialidad—.

g) *Especial referencia a la imparcialidad del Jurado*

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas en otras leyes sobre protección de la imparcialidad de jueces y magistrados que pueden también ser aplicadas a los jurados, voy a referirme en este apartado a las previsiones específicas contenidas en la Ley del Jurado¹²⁷⁵.

juicio justo. En el segundo de los autos citados el Tribunal Constitucional se pronuncia —esta vez sí— sobre la supuesta vulneración del derecho a un tribunal independiente a causa de las presiones desatadas por los medios de comunicación. Y, aunque rechaza la demanda, afirma: “El art. 24 garantiza a todo acusado un conjunto de derechos: a un proceso con todas las garantías; a ser juzgado por un juez imparcial, implícito en el derecho anterior, derecho al juez legal, a la defensa y a no sufrir indefensión. De este conjunto de derechos parece razonable deducir que la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación, en la medida en que pueden interferir el curso del proceso penal, y prejuzgan y perjudican su defensa en el seno del proceso”. Posteriormente el Tribunal ha realizado distintos pronunciamientos al respecto (siempre desestimatorios, por cierto) en STC 136/1999 (Mesa nacional HB) y SSTC 64,65 y 66/2001 (Caso GAL). El Tribunal Supremo se ha pronunciado expresamente al respecto en similares términos en las SSTS de 23 abril 1992 (Caso síndrome tóxico/colza) y 30 marzo 1995 (caso Brouard).

¹²⁷⁵ Texto de la LO 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, modificado parcialmente por la LO 8/1995, de 16 de noviembre.

Sobre la Ley del Jurado existe una extensa bibliografía de la que pueden citarse, entre otras, las siguientes obras: GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del jurado*, Cívitas, Madrid, 1996; GIMENO SENDRA, V. y GARBERI LLOBREGAT, J., *Ley orgánica del Tribunal del jurado comentada*, Colex, Madrid, 1996; VARELA CASTRO, L. (Dir.), *El Tribunal del jurado*, CGPJ, Madrid, 1995; MARES ROGER, F. y MORA ALARCÓN, J.A., *Comentarios a la ley del jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996; OLIVA, A. DE LA (Coord.) *et al.*, *Comentarios a la ley del jurado*, CEURA, Madrid, 1999; GÓMEZ COLOMER, J.L. *et al.*, *Comentarios a la ley del jurado: Ley orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado: (Teoría, práctica, jurisprudencia y formularios)*, (Coord. Gómez Colomer, J.L. y Montero Aroca, J.), Aranzadi, Pamplona, 1999; LORCA NAVARRETE, A.M., “Tratado de derecho del tribunal del Jurado: compendio teórico práctico de jurisprudencia del Tribunal del Jurado, precedido de un estudio del proceso penal aplicado por la Ley de enjuiciamiento criminal”, *Dykinson*, Madrid, 1999; GONZÁLEZ CUÉLLAR, A., *Ley de enjuiciamiento criminal y Ley del jurado: concordancias y comentarios a los a los procedimientos ordinario, abreviado y Ley del jurado*, Colex, Madrid, 2001; TOME GARCÍA, J.A., *El tribunal del jurado: competencia, composición y procedimiento*, Edersa, Madrid, 1996.

No parece necesario abundar en la necesidad de extender la protección de la imparcialidad de jueces profesionales a quienes ejercen la misma función desde su consideración de legos (art. 3 LOTJ). La imparcialidad es la nota esencial de la función jurisdiccional y, por tanto, se predica de todos aquellos que la ejerzan, sean legos o profesionales. El jurado debe ser también juez y no parte, un tercero ajeno y desinteresado llamado a resolver un conflicto conforme a Derecho y, como tal, debe revestirse a su función de cuantas garantías sean necesarias para cumplir ese objetivo.

La Ley del Jurado determina en su art. 7.2 que “el desempeño de la función de jurado tendrá, a los efectos del ordenamiento laboral y funcionarial, la consideración de cumplimiento de un deber inexcusable de carácter público y personal”. Esta función de los jurados debe desempeñarse “con imparcialidad, sin odio ni afecto” y en prueba de ello se les toma juramento o promesa a los seleccionados, según exige la fórmula que establece el art. 41.1 LOTJ¹²⁷⁶. La ley contiene normas para garantizar la independencia de la función que caracteriza al estatuto personal del jurado (arts. 3.3 y 4 LOTJ) así como la posibilidad de denuncia de los atentados a la misma de que sean objeto —como después veremos más detenidamente; también se consagra su responsabilidad, sumisión a la Ley—. ¹²⁷⁷

Las primeras disposiciones de la ley tendentes a garantizar que el jurado sea y actúe imparcialmente en el ejercicio de su función se refieren a las incompatibilidades y prohibiciones para ser jurado (Capítulo II, Sección 2ª de la Ley). El artículo 10 enumera las causas de incompatibilidad aplicables a todas las personas que desempeñan determinadas ocupaciones por su naturaleza política o profesional: cargos políticos e institucionales, miembros de la carrera judicial y fiscal, forenses, personal de la administración de justicia, de la policía, de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, letrados y demás profesionales jurídicos, miembros del

¹²⁷⁶ Reformada por el art. 1.42 de la LO 8/1995, de 17 de noviembre.

cuerpo diplomático, etc. Por su parte, el art. 11 determina causas por las que no puede formar parte de un jurado aquel en quien personalmente concurren ciertas circunstancias que se estiman equivalentes a las causas de abstención de los jueces y que la Ley denomina como prohibiciones. En efecto, la ley prohíbe ser jurado a toda persona que conozca de una causa por:

1. Ser acusador particular o privado, actor civil, acusado o tercero responsable civil. La razón de la prohibición se encuentra, como es obvio, en la incompatibilidad de ocupar la posición formal de parte y de tercero en un mismo proceso.

2. Mantener con quien sea parte relación de parentesco o alguno de los vínculos a que se refiere el art. 219.1-8 LOPJ. En este caso la prohibición se dirige a evitar que entre jurado y parte existan intereses —o lo parezca— que pudieran sobreponerse al criterio legalmente aplicable al caso por amistad, enemistad o interés con favorecer o perjudicar las pretensiones de una parte.

3. Mantener con el Magistrado-Presidente, miembro del Ministerio fiscal, secretario judicial, abogado o procurador intervinientes en la causa las relaciones de amistad o parentesco mencionadas en los números 1-4,7,8,11 del art. 219 LOPJ. El fundamento de la prohibición es, en parte, similar, a la anterior. La apariencia de imparcialidad se vería seriamente cuestionada si existiera alguno de los vínculos mencionados, pues aun cuando no existiera interés a favor o en contra del acusado, el jurado podría aparecer alineado con alguna de las funciones que desempeñan dichas personas.

4. Haber intervenido en la causa como testigo, perito, fiador o intérprete. Nuevamente podemos apuntar como fundamento de estas prohibiciones la incompatibilidad de ser jurado con desempeñar funciones que auxilian a las partes en sus pretensiones.

¹²⁷⁷ Vid. GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, Cívitas, Madrid, 1996, págs. 42-43.

5. Tener interés directo o indirecto en la causa. En este último supuesto se evidencia la incompatibilidad de ser jurado y parte, siquiera sea materialmente, al tener interés con el objeto del proceso.

El candidato a jurado deberá excusarse o advertir personalmente al Magistrado que vaya a presidir el Tribunal la concurrencia de alguna de las citadas causas de incompatibilidad o prohibición (art. 20 LOTJ) y aun en caso, de no hacerlo, podrá ser propuesta su recusación por el Ministerio Fiscal o las partes con base en las mismas (art. 21 LOTJ). El Magistrado-Presidente resolverá sobre estas alegaciones tras celebrar la correspondiente vista (art. 22 LOTJ). En su caso, las partes podrán alegar la vulneración del derecho a un jurado imparcial mediante el correspondiente recurso de apelación y, en su caso, la nulidad de todo lo actuado¹²⁷⁸.

También se contienen disposiciones relacionadas con la garantía de la imparcialidad en el procedimiento de constitución del Jurado. La primera de ellas exige que el primer día señalado para el juicio se interrogue nuevamente a los candidatos sobre la concurrencia de alguna causa de inidoneidad por la que no pudieran ser nombrados como jurado; ese interrogatorio corresponde efectuarlo al Magistrado-Presidente y, si lo desean, también podrán hacerlo las partes. Tras los interrogatorios, el Magistrado-Presidente resolverá en el mismo acto lo que proceda sin que contra su decisión quepa posibilidad de recurso, aunque sí protesta a los efectos del recurso que, eventualmente, se interponga contra la sentencia (art. 38

¹²⁷⁸ Así ha ocurrido con el recurso de apelación desestimado por el Tribunal Superior de Justicia País Vasco —Sala Civil y Penal— mediante sentencia el 26/06/1997. El recurrente invoca la violación del derecho a un juez imparcial porque, recusados infructuosamente dos de los candidatos y agotada la posibilidad de recusación sin causa que admite el art. 40.3.I LOTJ, se había perdido la oportunidad de ejercitar la misma facultad respecto a los demás Jurados. El Tribunal le contesta que: “la objeción planteada nada tiene que ver conceptualmente con el derecho a un juez imparcial. Cualquier impugnación del veredicto y de la sentencia predeterminada por sus declaraciones, se ha de referir forzosamente —cuantas veces se denuncia la falta de imparcialidad de alguno de los miembros del Jurado— a las personas físicas, que, una vez constituido el órgano de participación popular en la Administración de Justicia, pasan a integrarlo y desempeñan sus funciones propias. (...). Dicha parte prefirió, en su momento, recusar sin causa y renunciar a la posibilidad de —previa la protesta que admite el art. 38.4 LOTJ— diferir la protección de su interés al recurso deducible contra la sentencia dictada por un órgano al que podía pertenecer un Jurado afectado por causa legítima de recusación.

LOTJ). Entre los candidatos convocados tras el oportuno sorteo, podrán las partes recusar sin alegación de motivo determinado hasta tres de ellos tras su interrogatorio (art. 40 LOTJ). Las preguntas que se les formule deben ser admitidas como pertinentes por parte del Magistrado-Presidente (art. 40.3 LOTJ) pero, más allá de esta previsión, no se contienen indicaciones de ningún tipo en la Ley acerca del sentido y finalidad de las mismas. Parece claro que las partes tratarán de evitar a los jurados hostiles o que manifiesten algún tipo de prejuicios relevantes sobre los hechos o los acusados en el juicio¹²⁷⁹.

Respecto de la forma de celebrarse el juicio, la LOTJ contiene previsiones absolutamente novedosas por razón de la intervención del jurado pero, también, como reconoce la propia Exposición de Motivos de la LOTJ porque se acoge un cuerpo de doctrina constitucional que trata de enervar tradicionales defectos de nuestra ley procesal. Entre ellos, quizás el más importante por cuanto nos ocupa en este trabajo, es el refuerzo de las garantías del acusado a un juez imparcial tanto para la instrucción y procesamiento como para el enjuiciamiento. Ello se manifiesta en el papel atribuido al juez durante la instrucción, al procedimiento de decisión de apertura del juicio oral y a la consagración del plenario como el momento verdaderamente decisivo para practicar toda la prueba.

En la ley cabe encontrar numerosa referencias a las llamadas garantías funcionales o procesales de imparcialidad del juez en la instrucción (debe asumir dos funciones, una la de controlar la imputación del delito mediante la previa valoración de su verosimilitud y otra la de investigar, de forma complementaria, sobre los hechos afirmados por las partes; no puede procesar sino tras asistir a un debate entre éstas en condiciones que respeten la contradicción e igualdad de acusación y defensa; controla la apertura del juicio oral centrando el objeto del juicio y la información que estime relevante aportar a aquél) y del Magistrado en el juicio oral (resolución de

Opción cuyos resultados negativos son inherentes a la naturaleza de la elección en que consiste y no a injerencias o elementos extraños a la libertad de determinación que la caracteriza.”

cuestiones particulares sobre el objeto del juicio o sobre su misma apertura, dirección del debate, control de admisibilidad —licitud y pertinencia— de las pruebas). En cuanto al Jurado, se garantiza legalmente su posición de tercero imparcial que resuelve tras asistir a un debate entre acusación y defensa sobre pruebas practicadas en condiciones de oralidad, inmediación y publicidad; precisamente por ello se impide la disposición del material sumarial en esta fase, aunque continúa habiendo prácticas forenses que lo vulneran abiertamente¹²⁸⁰. En cuanto a la protección de la llamada imparcialidad personal o subjetiva, la ley no contiene referencias concretas ni medidas de protección para preservarla, lo que ha sido denunciado por la doctrina¹²⁸¹.

¹²⁷⁹ GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, op. cit., págs. 60-65.

¹²⁸⁰ El *Informe sobre la Aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998*, aprobado por el Pleno del CGPJ el 5 de mayo de 1999, da cuenta de algunas prácticas no erradicadas todavía en nuestros tribunales contrarias a este reforzamiento legal de la imparcialidad del juez.

“Los Jueces de Instrucción en sólo un diez por ciento de las causas objeto de estudio procedieron a incoar directamente el procedimiento especial. La mayor parte de las causas examinadas (un 81%) se iniciaron como Diligencias Previas, e, incluso, en ocasiones, sin solución de continuidad y en la misma fecha, se han incoado Diligencias Previas, se ha tomado declaración al inculpado y se ha acordado la transformación del procedimiento. (...)”

El artículo 27 de la Ley del Tribunal del Jurado parte de un concepto muy restrictivo de las diligencias de investigación que pueden practicarse tras la comparecencia inicial. Sin embargo, como se desprende de las causas examinadas, los Instructores tienden a agotar, antes de incoar el procedimiento especial, todos los campos posibles de la investigación, diferenciándose ésta en poco de lo que sería una investigación delictiva dentro de los procedimientos Ordinario o Abreviado. (...)”

La audiencia preliminar, cuyo objetivo es obtener un pronunciamiento jurisdiccional sobre la apertura del juicio oral tiene, en la práctica, a luz del contenido de los procedimientos examinados, un contenido meramente formal. El índice de renunciadas a la audiencia preliminar, permitido, exclusivamente, a las defensas por el artículo 30.2 de la Ley del Tribunal del Jurado, es relativamente alto (un 21% de los 370 casos examinados).

(...) la admisión de pruebas se encuentra dificultada por la rutina en que están inmersas las partes a la hora de elaborar los escritos de calificación. Rutina que no tiene en cuenta que el Magistrado-Presidente sólo conoce los hechos tal como se describen en tales escritos y en el auto de apertura de juicio oral y no el contenido de las diligencias practicadas.

(...) Resulta, sin embargo, muy frecuente que el Juez de Instrucción no realice una selección de las actuaciones que ha de testimoniar y remita todo lo practicado ante él o que, si realiza tal selección, ésta no se ajuste a lo dispuesto en el art. 34.1”.

¹²⁸¹ Así, por ejemplo, GÓMEZ COLOMER, J.L., *El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado*, op. cit., pág. 65.

Una de las aportaciones de la ley más significativas respecto del proceso es la exclusión, incluso física, del sumario en el juicio oral. Se trata de garantizar la oralidad, la publicidad y la inmediación en la práctica de la prueba ante quienes deben decidir si se ha destruido o no la presunción de inocencia del acusado. No obstante, en la utilización de los testimonios y la interpretación del art. 46.5 de la Ley es donde, seguramente, se producen mayores divergencias¹²⁸². Un acontecimiento significativo lo constituye la decisión adoptada por el Magistrado-Presidente en un juicio en San Sebastián, (asunto “Iriondo y otros”) de rechazar la aportación, propuesta por la Acusación particular, de un vídeo con las noticias emitidas sobre el suceso por la cadena Euskal Telebista, haciéndose constar en el acta esa negativa “por cuanto el reflejo más o menos exacto sobre el tema de la TV en nada favorecerá ninguna tesis”. Pese a la evidente improcedencia de la petición, la parte, no obstante, dejó consignada su protesta señalando que la visión del vídeo no pretendía dar a conocer el tratamiento periodístico del asunto, sino las declaraciones prestadas a la televisión por uno de los acusados, que se estimaban contradictorias con las prestadas en la causa. El ejemplo pone de manifiesto que la actividad de los medios de comunicación respecto de los procesos penales no es siempre inocua y, en ocasiones,

¹²⁸² El precepto señala, en su párrafo segundo, que “no podrá darse lectura a dichas previas declaraciones (las prestadas en fase de instrucción y en las que se observen contradicciones con lo dicho en el juicio oral), aunque se unirá al acta el testimonio que quien interroga debe presentar en el acto”; se constata, desde luego, el interés de las partes, en especial del Ministerio Fiscal, de hacer llegar al Tribunal del Jurado las declaraciones prestadas con anterioridad al acto del juicio oral utilizando para ello el testimonio recibido del Juzgado de Instrucción. Sirva como muestra de lo dicho el siguiente extracto del “Informe sobre la Aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998”, aprobado por el Pleno del CGPJ el 5 de mayo de 1999, Consejo General del Poder Judicial, 1999:

“(…) Las declaraciones autoinculpatorias de los acusados se han introducido también en el juicio por otras vías, especialmente a través del testimonio de referencia de quienes por una u otra razón las oyeron. (...) En otras ocasiones se ha tratado de la llegada al proceso de declaraciones extraprocesales de los acusados por la vía de testimonios de referencia o, incluso, de informes periciales.

No obstante, la STS 48/1998, de 26 de enero aborda la exégesis del artículo 46.5 de la Ley para señalar que este precepto consagra el establecimiento de una barrera al acogimiento, con fines de prueba, de actividades llevadas a cabo en la investigación sumarial, y procura que toda la prueba se practique ante el Jurado. En esos términos, resalta la incongruencia que supone el que se incorpore al acta del juicio el testimonio aportado por la parte que interroga en ese acto, dado que no tienen valor

se corre el riesgo de interferir en el desarrollo del mismo por un entendimiento erróneo de su objeto. En este caso, resultaba decisiva la cooperación de la parte para provocar semejante efecto pero, pese a la intervención del Magistrado, no puede descartarse que los miembros del jurado llamados a decidir hubieran tenido conocimiento de tales declaraciones como espectadores del mencionado reportaje y ello afectara a la credibilidad del acusado.

El artículo 54 contempla la entrega al Jurado del objeto del veredicto, por escrito, por el Magistrado-Presidente. Simultáneamente, éste debe instruir al Jurado sobre la función, las reglas de procedimiento, la naturaleza de los hechos y las circunstancias que puedan afectar a la responsabilidad criminal. Esas instrucciones, según se desprende del mencionado Informe del CGPJ sobre la aplicación de la Ley del Jurado, en algunos casos parecen estar preparadas con anterioridad al juicio oral, según reflejan las actas, y constan de unas “instrucciones genéricas”, sobre la función, valoración de la prueba y modo de deliberación, votación y confección del acta, y de unas “instrucciones específicas”, en las que se explica lo que está en juego. Sin embargo, lo habitual es que la documentación se resuma en una paráfrasis del artículo 54 de la Ley, en la que incluso en muchas ocasiones se omite toda referencia a las instrucciones específicas del núm. 2 de dicho artículo sobre la naturaleza de los hechos y sus circunstancias¹²⁸³. También en este punto he de destacar la importancia que dichas instrucciones poseen como medio eficaz de prevenir los efectos nocivos que las presiones externas sobre el jurado pueden ejercer las campañas, los juicios paralelos, etc.

probatorio las previas declaraciones efectuadas en fase de instrucción (a salvo de lo dispuesto para la prueba anticipada) respecto de los hechos en ellas afirmadas”.

¹²⁸³ La STS 364/1998, de 11 de marzo, (asunto “Otegi”), reitera la doctrina que respecto a las instrucciones al Jurado estableció la STS 84/1998, de 30 de enero, que en su fundamento quinto denunciaba, entre otros, dos posibles formas de expresar indebidamente el objeto del veredicto: redacción confusa y contradictoria y redacción del objeto del veredicto redactado sin seguir el orden marcado en el artículo 52 de la Ley. “En ambos casos, la adecuada aplicación del artículo 54 de la Ley (instrucciones al Jurado) constituye, a juicio de la Sala, una de las claves del nuevo proceso. El propósito fundamental de ese precepto es que las instrucciones puedan ser entendidas eficazmente por la gente común, por personas jurídicamente profanas como son los jueces legos que integran el

La Ley del Jurado también protege la imparcialidad de los jurados con la previsión de que permanezcan incomunicados durante las deliberaciones, tal y como dispone su artículo 56. Tan pronto como finalice el juicio oral, el Magistrado-Presidente someterá al Jurado por escrito el objeto del veredicto, previa audiencia a las partes y, seguidamente, el jurado se retirará a deliberar. Dicha incomunicación no es aplicada, sin embargo, desde la finalización del juicio oral, sino sólo a partir del momento de entrega del objeto del veredicto¹²⁸⁴. Es indudable que durante ese tiempo inmediatamente anterior a su toma de decisión, el Jurado puede verse sometido a presiones externas indebidas y, a falta de denuncia expresa por parte de sus integrantes, es difícil hallar en la protesta y subsiguiente apelación, un mecanismo idóneo para denunciar y subsanar la vulneración del derecho al juez imparcial¹²⁸⁵.

h') El amparo ante el Consejo General del Poder Judicial

La legislación vigente contiene un mecanismo específico para amparar a los jurados, jueces y magistrados frente a los ataques a la independencia de que sean

Jurado.” *Cfr.*, “Informe sobre la Aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998”, aprobado por el Pleno del CGPJ el 5 de mayo de 1999.

¹²⁸⁴ Así lo han estimado los Tribunales Superiores de Justicia de Asturias y de Andalucía al resolver sendos recursos por quebrantamiento de forma ante la no incomunicación del jurado durante ese tiempo.

¹²⁸⁵ En la mencionada sentencia de 21-7-2000 dictada por el TSJ del País Vasco por la que se resuelve un recurso de apelación presentado por la acusación particular y el Ministerio Fiscal contra la sentencia del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Secc. 1.ª de la AP Guipúzcoa de 10 de marzo de 1997 se denuncian y desestiman hasta tres vulneraciones del derecho a un juez imparcial: La primera relacionada con el procedimiento de recusación ya ha sido comentada anteriormente. La segunda denuncia la presunta intimidación al Jurado puesto que, como reconoce el TSJ un “(...) cúmulo de circunstancias y sucesos —constitutivos, unas veces, de episodios violentos y, otras, de acciones y reacciones registradas en el entorno social y en el interior del Jurado— reflejan, es cierto, la tensión ambiental que precedió y acompañó al ejercicio de esas funciones públicas”. Sin embargo, a juicio del Tribunal, los hechos “no encajan en la hipótesis del art. 238 núm. 2.º LOPJ, al que se acude para solicitar la nulidad de pleno Derecho de una resolución que se dice dictada bajo la intimidación racional y fundada de un mal inminente y grave” (FJº 3). La tercera queja se fundamenta en la insuficiencia de las instrucciones impartidas al Jurado para emitir veredicto, a lo que el Tribunal responde que las partes “debieron entablar la oportuna reclamación de subsanación del supuesto defecto, en el acto de la audiencia pública que regula el art. 54.1 LOTJ, pues nada obstaba a que, como ha previsto el art. 846 bis c) a).I LECrim, su petición se realizase y resolviese en ese momento procesal”.

objeto cuya garantía consagra la Constitución en el artículo 117. Justo después de haber proclamado que “*Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados*” (art. 13), la Ley Orgánica del Poder Judicial previene en el artículo 14.1 lo siguiente:

“Los Jueces y Magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia lo pondrán en conocimiento del Consejo General del Poder Judicial, dando cuenta de los hechos al Juez o Tribunal competente para seguir el procedimiento adecuado, sin perjuicio de practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico.”

La independencia del poder judicial es una garantía constitucional que se reconoce expresamente sólo respecto de uno de los poderes del Estado, precisamente, por la función que tienen encomendada. No se menciona en la Constitución que el Parlamento es independiente del Gobierno, ni éste de aquél o del Poder judicial, aunque así deba ser entendido. La independencia es una garantía cuyo fundamento último es la imparcialidad del órgano judicial; aunque se puede ser imparcial sin ser independiente, se favorece aquélla con el respeto a ésta (especialmente frente a las presiones procedentes del propio poder judicial).

En la regulación legal del amparo de la LOPJ se puede comprobar cuanto se viene diciendo: los jueces y magistrados que se consideren inquietados o perturbados en su independencia deben practicar por sí mismos las diligencias estrictamente indispensables para asegurar la acción de la justicia y restaurar el orden jurídico. Si tal cosa se previene es porque el atentado se produce contra la función, aunque el objeto o destinatario sea la persona del juez o magistrado, y con ello se pretende que pueda seguir ejerciéndola conforme a Derecho. Lo que ya no se explica es por qué razón frente a tamaño ataque que pone en jaque, nada menos, que la acción de la justicia y el orden jurídico se recomienda a los jueces y magistrados que sólo adopten las medidas imprescindibles —por cierto ¿cuáles?—. La respuesta, a nuestro entender insatisfactoria, parece encontrarse en el hecho de que el juez o magistrado

da cuenta al juez o magistrado competente para seguir el procedimiento adecuado por tales hechos (art. 14.1 LOPJ) y a que el Ministerio Fiscal, por sí o a petición de aquéllos, promoverá las acciones pertinentes en defensa de la independencia judicial (art. 14.2 LOPJ). Ambas proposiciones se refieren a un mismo procedimiento: la apertura de diligencias penales por si los hechos fueran constitutivos del delito de atentado a la independencia tipificado en el art. 508.2 CP.

El amparo ante el CGPJ es un mecanismo o instrumento de autotutela que se pone a disposición de los Jueces y Magistrados para denunciar y protegerse frente a las intromisiones que puedan sufrir en el ejercicio de su función desde el exterior. La ley no ha sido interpretada, ni por el CGPJ, ni por los propios jueces y magistrados, en un sentido estricto, esto es, como mecanismo de tutela frente a los atentados que se dirijan a socavar la independencia frente a las eventuales intromisiones procedentes de algún otro poder del Estado. Antes al contrario, del uso que del mecanismo previsto en el art. 14 LOPJ se ha hecho por parte de sus destinatarios, se deduce que la norma sirve, en general, para protegerse frente a cualquier atentado a la imparcialidad procedente de cualesquiera intromisiones externas. Ello puede interpretarse como una muestra de la escasa protección que a la imparcialidad, en general, se dispensa en el ordenamiento jurídico, lo que ha provocado tener que recurrir a un uso generoso del citado mecanismo del amparo frente a cualquier supuesto de ataque a la misma.

El art. 14 LOPJ ha sido invocado, desde luego, frente a situaciones muy variadas, como se desprende del contenido del elevado número de quejas que recibe anualmente el Consejo por parte de los integrantes del Poder Judicial. En el período comprendido entre noviembre de 1991 y el mismo mes de 2001, esto es, el Consejo ha recibido algo más de ciento treinta demandas de amparo por parte de jueces y magistrados, en su mayoría destinados a órganos jurisdiccionales del orden penal¹²⁸⁶. Los atentados que se denuncian se atribuyen a las actuaciones de los medios de

comunicación, de las autoridades y funcionarios, de los letrados, de otros órganos jurisdiccionales y de particulares o asociaciones, en una proporción equivalente. Normalmente se denuncian presiones más o menos directas y graves, pero suelen referirse a excesos en la crítica con sus actuaciones, sin que falten también las insinuaciones de cuál debería ser su correcto proceder, los insultos y hasta las amenazas. De las quejas recibidas, la Comisión Permanente, actuando como sala de admisión, ha rechazado directamente más de cien, decidiendo en los demás casos elevar el acuerdo sobre su estudio al Pleno del Consejo y, en tres de dichos casos se ha otorgado directamente el amparo. De los 34 casos analizados en el Pleno del Consejo, sólo tres han sido realmente estimados como constitutivos de ataques a la independencia, desestimando los demás “por considerar que no se daban las condiciones objetivas de las que pueda desprenderse ataque o perturbación en la independencia judicial” —fórmula generalmente empleada al efecto—.

No cabe entrar a valorar la actuación del Consejo en este punto puesto que no se dispone de la información relevante y completa de cada expediente, pero lo que me interesa resaltar, en cualquier caso, es la discrepancia entre las apreciaciones subjetivas de los propios jueces y magistrados respecto a la vulneración de su propia *independencia* y la concepción, mucho más estricta, que defiende el Consejo¹²⁸⁷.

En relación con la protección a los jurados la propia LOTJ establece lo siguiente en su artículo 3.4¹²⁸⁸:

¹²⁸⁶ Datos procedentes de los Acuerdos del Pleno y de la Comisión Permanente del CGPJ en dicho período facilitados por el Servicio Central de la Secretaría General del CGPJ.

¹²⁸⁷ Especialmente significativa es la discrepancia en el punto en que se refiere a la supuesta intromisión de otro juez o magistrado en el ejercicio de la potestad jurisdiccional. Frente a las numerosas denuncias de que así se estaba procediendo por parte de otro órgano jurisdiccional, el Consejo ha desestimado todas y cada una de ellas por entender que la conducta se circunscribía al ámbito de competencias revisoras propio del órgano superior sobre la actuación del inferior. No se ha estimado, en consecuencia, ni una sola vez, que la conducta se correspondiera con la infracción muy grave tipificada en el art.417.4º LOPJ.

¹²⁸⁸ Texto reformado por el art. 1.9 de la LO 8/1995, de 16 de noviembre. Anteriormente, las quejas por atentado a la independencia se hacían dirigir al CGPJ por la vía del art. 14.1 LOPJ.

“Los jurados que en el ejercicio de su función se consideren inquietados o perturbados en su independencia, en los términos del artículo 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, podrán dirigirse al Magistrado-Presidente para que les ampare en el desempeño de su cargo”.

Lo cierto es que si se sienten inquietados en su independencia, será porque debiendo serlo no se les permite, y eso exige, en sentido estricto, que sean un poder del Estado independiente de los otros; y si se sienten inquietados en esa independencia es porque están recibiendo presiones de otro poder o de otros miembros del mismo poder al que pertenecen. Ninguna de las dos premisas se puede sostener en relación con los jurados, pues una cosa es ser equiparados a los jueces en sus funciones y otra muy distinta ser, como ellos, integrantes del poder judicial. La consecuencia ineludible es que el precepto resulta inoperante a menos que, como ocurre con el art. 14 LOPJ, se entienda por independencia lo que llamamos imparcialidad, también en relación con los jurados¹²⁸⁹. Las deficientes respuestas que a la denuncia de los jueces ofrece la LOPJ, se agravan en el caso de los jurados, en cuyo favor no se articula medida sancionadora ni reparadora de ningún tipo.

Y por si ello no fuera bastante, lo más inoperante es la respuesta legal al problema: diríjase al Magistrado-Presidente y éste les dará su amparo. ¿Cómo? No se sabe, porque ni el Consejo General del Poder Judicial tiene medios para amparar a sus jueces y Magistrados, ni lo tiene el Magistrado-Presidente, que entre sus funciones (además de ser, policía de estrados) sólo tiene encomendada la potestad jurisdiccional juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado (art. 117 CE). Nada más. De manera que lo único que procederá es efectuar una declaración pública exigiendo que cesen las presiones y confiar en su buena acogida por parte de quienes las ejercen.

¹²⁸⁹ No obstante, hay un uso extendido del término independencia, en sentido amplio, referido a la condición de la imparcialidad proclamada, no del Poder Judicial como institución sino del juez o magistrado en concreto. Esta independencia estaría “vinculada a la idea de ausencia de influencias externas (...) muy especialmente, frente al llamado “cuarto poder”, —conformado por los medios de comunicación social—. La independencia, en esta acepción es la que se protegería mediante la regulación del secreto sumarial. OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, op. cit., págs. 193-194.

Ni se prevé la posibilidad de que se adopten medidas para asegurar la acción de la justicia ni para restablecer el orden jurídico ni, desde luego, cabe perseguir la conducta penalmente porque no cabe interpretar el art. 508.2 CP en un sentido que permita la sanción de esas conductas.

La ineficaz protección que el amparo concede al jurado se reconoce por el propio Consejo General del Poder Judicial, cuyo Pleno aprobó el de 5 de mayo de 1999 un Informe sobre la Aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado desde el 1 de abril de 1997 al 31 de marzo de 1998 en el que se hacía constar que:

“Finalmente, el Consejo General del Poder judicial debe, de nuevo, llamar la atención sobre la necesidad de mantener e impulsar medidas de protección y salvaguarda de la imparcialidad de los miembros del Tribunal del Jurado, a fin de evitar toda posible amenaza o presión contra ella, especialmente la que pueda resultar del impacto de los medios de comunicación social, como ya dijo este Consejo —y reiteró en el anterior informe— a través del Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 23 de abril de 1997, en el que se recordaba “ (...)que el deber constitucional de amparar la independencia de los Jueces y Magistrados comprende plenamente a los jurados, significando al propio tiempo que el secreto de sus deliberaciones implica una garantía fundamental de aquella independencia, gravemente dañada cuando se producen presiones o actitudes tendentes a quebrantarlo”.

En ese ámbito el Consejo General del Poder Judicial, en su sesión de 25 de febrero de 1998, tomó conocimiento tanto del Dictamen del Consejo de lo Audiovisual de Cataluña y de sus recomendaciones de 6 de octubre de 1997 como del proyecto de Convenio de autorregulación de las emisoras de televisión, felicitando a dicho Consejo, a los Colegios Profesionales y a las Entidades vinculadas a dicho Convenio por dichas iniciativas.”

Como vemos, el Informe apela a la necesidad de proteger la imparcialidad del jurado especialmente frente a los medios de comunicación, algo que ya había sido

denunciado por el órgano de gobierno de los jueces anteriormente; llama la atención, no obstante, que frente a las mismas situaciones el Consejo apele en uno y otro informe, a la necesidad de preservar la imparcialidad y la independencia, respectivamente, como si se tratara de términos sinónimos. Con todo, lo que interesa destacar, es la reclamación de una mayor eficacia en la protección de la imparcialidad del jurado por parte del Consejo, al igual que respecto de la de los jueces y magistrados¹²⁹⁰.

i') La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales

La única vía legítima para que en nuestro sistema jurídico pueda acordarse con carácter previo la no distribución de una obra es, precisamente, el mecanismo del secuestro judicial de las publicaciones, grabaciones u otros medios de información, previsto en el art. 20.5 CE¹²⁹¹. No en vano nuestra Constitución expresamente prohíbe la restricción al ejercicio de estos derechos mediante la censura previa (art. 20.2 CE), una garantía que, por lo demás, se considera como uno de los elementos definitorios —quizás el único ineludible— de un sistema de libertad de expresión cual es el que caracteriza la tradición jurídica en que nuestra Constitución se inscribe¹²⁹².

Paralelamente a la proclamación constitucional de esta garantía de las libertades de expresión e información, el Código Penal dispone en su artículo 538, que “La autoridad o funcionario público que establezca la censura previa o, fuera de

¹²⁹⁰ Así, el Informe del CGPJ al Anteproyecto de ley Orgánica del Código Penal de 1992.

¹²⁹¹ Dejamos al margen la habilitación de la censura administrativa reconocida, exclusivamente, para los estados de excepción y sitio (arts. 21 y 32 de la L.O. 4/81 de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio) que es desarrollo de la previsión constitucional sobre suspensión excepcional de los derechos y libertades (art. 55 CE).

¹²⁹² Sobre el concepto de censura y la historia de sus avatares en la legislación histórica española puede verse, MIRA BENAVENT, J., *Los límites penales a la libertad de expresión en los comienzos del régimen constitucional español*, op. cit. La STC 176/1995, FJº 6 ofrece una visión sucinta del origen del concepto en las leyes de prensa y las Constituciones españolas.

los casos permitidos por la Constitución y las Leyes¹²⁹³, recoja ediciones de libros o periódicos o suspenda su publicación o la difusión de cualquier emisión radiotelevisiva, incurrirá en la pena de inhabilitación absoluta de seis a diez años”. La razón se ser de este precepto descansa, como ha señalado CARBONELL en la necesidad de asegurar de forma real y efectiva, por tanto, mediante la tutela penal, el importante papel que se atribuye a la libertad de información en nuestra Constitución¹²⁹⁴.

Interesa conocer el margen de discrecionalidad que la Constitución y las leyes, en su caso, reconocen al juez para decretar el secuestro de una publicación, la prohibición de difundir o emitir una información o, caso de haberse distribuido ya la primera, proceder a su retirada inmediata. También indagaré, en concreto, si la tutela del derecho a un juez imparcial y a las garantías del juicio justo pueden constituir un fin legítimo para proceder judicialmente por esta vía.

Comenzando por esta última cuestión podemos recordar que comúnmente la doctrina considera que el único supuesto en que la legislación vigente autoriza al juez a decretar la prohibición de publicar informaciones referidas a un proceso judicial se refiere exclusivamente a las que desvelan actuaciones judiciales contenidas en un sumario, y a la información que de ellas se derive, siempre que hayan sido obtenidas ilegítimamente o a través de revelaciones indebidas¹²⁹⁵. En esos casos, se dice, la cobertura legal para proceder a la prohibición procede de la regulación del secreto

¹²⁹³ La única posibilidad constitucional y legalmente permitida es mediante resolución judicial. Fuera de ella, sólo cabe suspender esta garantía por la declaración del estado de excepción o de sitio tal y como se deduce del art. 55.1 CE y prevé la LO 4/81 de 1 de junio reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio (arts. 21.1 y 32.3).

¹²⁹⁴ CARBONELL MATEU, J.C., “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal”, *op. cit.*, pág. 113.

¹²⁹⁵ SENENT MARTÍNEZ, S., “El secreto sumarial como límite al derecho a la libertad de información”, *op. cit.*, págs. 292-293. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información”, *op. cit.*, pág. 293 y en *La libertad de información y el secreto de la instrucción*, Granada, Comares, págs. 18-19; ESPÍN TEMPLADO, E., “Secreto sumarial y libertad”, *Revista Jurídica de Cataluña*, Tomo I, núm. 2, 1986, pág. 432.

sumarial, la medida se considera apta para tutelar los intereses legítimos a los que la tutela del secreto apela y, además, resulta proporcionada¹²⁹⁶.

¿No cabría entonces prohibir la publicación o, en su caso, ordenar su secuestro en el supuesto de que en la misma se revelaran informaciones contenidas en el sumario de las que no constara su ilícita procedencia o que, de algún modo, interfirieran gravemente en las investigaciones judiciales? ¿Cabría ordenar el secuestro cuando se constatare que con la publicación se ponen en peligro otros derechos o intereses legítimos sin la concurrencia de dichos requisitos de ilegítima obtención o indebida revelación? ¿Tampoco podría, por otra parte, imponerse limitación alguna a la libertad de información en la fase del juicio oral, que está presidida por el principio de publicidad? Las respuestas, como bien apunta OTERO GONZÁLEZ hay que vincularlas con la protección que la Constitución dispensa a otros valores y, desde luego, a los derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho a un juicio justo e imparcial¹²⁹⁷, de manera que en este campo, como ya tantas veces se ha recordado, el derecho a la publicidad y las libertades de expresión e información son únicamente una de las partes y las reglas del juego las marca la propia Constitución (art. 53 CE).

En primer lugar, hay que descartar que ello constituya la constitucionalmente proscrita censura previa, lo cual se deduce de la STC 13/1985, FJº 4 en la que se valoraba, precisamente, la constitucionalidad de la prohibición de publicar unas fotografías ordenada, en concreto, por un juez de instrucción:

¹²⁹⁶ OTERO emplea este canon constitucional tanto para constatar la legitimidad en abstracto de la regulación legal del secreto sumarial y su utilización, en un caso concreto, como para justificar la adopción de una medida restrictiva de la libertad de información como es la prohibición de publicar material informativo contenido en un sumario. OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 127-141 y 327-328.

¹²⁹⁷ *Ibid*, págs. 124-126. La autora concreta los valores en que puede legitimarse una limitación a la libertad de información en estos supuestos en “el derecho a un juicio justo e imparcial, la independencia como instrumento de imparcialidad y la presunción de inocencia, como derecho fundamental directamente protegido a través de la imparcialidad judicial” (*ibid*, pág. 132).

“El previo examen oficial del contenido de la obra del espíritu implica la finalidad de enjuiciar la obra en cuestión con arreglo a unos valores abstractos y restrictivos de la libertad, de manera tal que se otorgue el *placet* a la publicación de la obra que se acomode a ellos a juicio del censor, y se deniegue en caso contrario. No estamos ante un supuesto de tal género, y ello no sólo por la afirmación de la inexistencia del ánimo o propósito censor, sino que la prohibición de publicar unas fotografías se ampara, no en una supuesta legitimidad censora (que en ningún caso hubiera podido ser considerada válida por este Tribunal), sino del ejercicio de una facultad jurisdiccional”.

Con independencia de la valoración que la actuación judicial mereciera al Tribunal en el caso concreto, queda patente la diferencia conceptual entre el ejercicio de la censura —inconstitucional por definición— y la facultad jurisdiccional de acordar una prohibición de publicación —legítima o no, según las circunstancias del caso concreto—.

En segundo lugar, debemos considerar las diferentes situaciones en que hemos planteado si cabría adoptar la resolución judicial del secuestro antes de declarar su definitiva legitimidad: si se produce en una u otra fase del juicio, a qué contenidos afecta, si existe prohibición legal expresa de publicar, etc. pues todas estas circunstancias son determinantes para valorar la necesidad de la medida judicial y su aptitud para tutelar los valores legítimos para la cual se ha ordenado¹²⁹⁸, todo lo cual debe quedar suficiente y racionalmente motivado.

Durante la Instrucción y, en todo caso, antes de la apertura del juicio oral, la publicación de cualquier información relativa al contenido de las diligencias judiciales que se hallan contenidas en el sumario puede prohibirse, como afirma la STC 13/1985 “en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya

¹²⁹⁸ Que no son, obviamente, los únicos elementos a tener en cuenta para la valoración global de la legitimidad de la intervención sobre los derechos fundamentales en general, como ya hemos visto en el anterior capítulo, y de las libertades de expresión e información, en particular, pero sí están presentes, desde luego, en cualquiera de ellas, incluida la intervención judicial.

sido obtenido ilegítimamente quebrando el secreto del sumario”, esto es, mediante lo que la ley llama una “revelación indebida”. Ya hemos visto anteriormente la dificultad de dotar de algún contenido real a esas expresiones¹²⁹⁹, pero lo que interesa destacar es que el Tribunal considera legítimo el mecanismo de la resolución judicial prohibiendo una publicación para atender a la protección de los intereses que subyacen al secreto sumarial. En este punto cabe recordar que la jurisprudencia constitucional¹³⁰⁰ ha destacado la naturaleza excepcional del secreto sumarial frente al derecho a un proceso público y a la libertad de información, pero al mismo tiempo reconoce que en la fase instructora estos últimos tienen reconocido un campo exiguo derivado de los límites que indirectamente opera la tutela legalmente prevista de aquél¹³⁰¹. El fundamento legal para ordenar judicialmente en tales supuestos la prohibición de publicar puede hallarse en el art. 20.5, pero su alcance se deduce del 20.4, esto es, de que el límite al ejercicio, en este caso la prohibición de publicar, sea un mecanismo necesario, apto y proporcionado para salvaguardar un interés legítimo (respeto a los derechos fundamentales o preceptos de las leyes que desarrollan el Título I CE), en este caso, el mecanismo legal del secreto sumarial.

En cambio, cuando la información contenida en el sumario que pretende ser divulgada no ha sido obtenida ilícitamente, las posibilidades de que el juez ordene, no obstante, la prohibición se reducen: o bien la publicación constituye a su vez, una infracción expresamente prohibida en la ley o se constata que tal conducta que, recuérdese, constituye *prima facie* ejercicio legítimo del derecho a informar, lesiona algún otro derecho fundamental en condiciones de ser judicialmente tutelado. En el primer supuesto la respuesta es la misma que para la tutela del secreto sumarial: cuando el legislador ha desarrollado expresamente en la ley las reglas que rigen las

¹²⁹⁹ *Vid. infra*, Capítulo Segundo, apartado II sobre el acceso de los medios de comunicación a las fuentes de información de los asuntos judiciales durante la Instrucción del sumario.

¹³⁰⁰ SSTC 13/1985, 76/1988 y 171/1390, entre otras.

¹³⁰¹ Sin que, por otra parte, pueda ser entendido “como un apoderamiento en blanco al legislador porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: derecho a un proceso público, en el art. 24.2 CE y derecho a recibir libremente información veraz” (STC 13/1985, FJº 3).

relaciones entre la libertad de informar y otros valores o derechos constitucionalmente legítimos, no hay tal conflicto real: el juez se limita a dispensar por la vía que se le haya solicitado la correspondiente tutela (civil o penal al honor, la intimidad o la imagen de las personas, penal por delitos contra las Instituciones y Organismos del Estado, por revelación de secretos oficiales, de empresa, relativos a la defensa, etc.) pudiendo adoptar en todos los casos las medidas cautelares que, conforme a la ley, estime necesarias. En todos estos supuestos la ley ha resuelto — sin necesidad de revisión o ponderación judicial— que bajo ciertas condiciones la pretensión informativa queda deslegitimada¹³⁰² e, incluso, en algunos casos la sanciona como delictiva. Al margen de la eventual persecución penal —cuando proceda—, los titulares de los derechos fundamentales afectados pueden solicitar la tutela jurisdiccional civil de los derechos personales afectados por medio del proceso declarativo ordinario según dispone el art. 249.1.2º LEC¹³⁰³. En todos los casos referidos puede el juez ordenar, en definitiva, la prohibición de publicar o emitir

¹³⁰² Así, el art. 7.7 de la LO 1/82 de 5 de mayo de protección civil del honor, la intimidad y la dispone que se considera intromisión ilegítima al honor “la imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”. Respecto a la intimidad personal y la propia imagen, el art. 7.5 considera intromisión ilegítima “la captación, reproducción o publicación por fotografía, filme o cualquier otro procedimiento de la imagen de una persona en lugares o momentos de su vida privada o fuera de ellos, salvo los casos previstos en el artículo 8.2”. El TC tiene declarado que al determinar la existencia de una intromisión ilegítima en el honor debe respetarse el contenido esencial de los derechos a la libertad de expresión y de información; de este modo, queda salvaguardado el ámbito de la crítica siempre que no se empleen expresiones formalmente injuriosas e innecesarias a la esencia del pensamiento, idea u opinión que se expresa (*vid.*, SSTC 165/87, FJº 10, 107/1988, FJº 2, 51/1989, FJº 2, 78/1995, FJº 5, 204/1997, FJº 4), y en cuanto a la información, la que se transmita con veracidad sobre asuntos de interés general o relevancia pública, alcanzando su máximo nivel cuando se ejercita por profesionales de la información con la debida diligencia (*vid.* SSTC 6/1988, FJº 5, 105/1990, FJº 7, 171/1990, FJº 8, 190/1997 FJº 3, 154/1999, FJº 5). Para la determinación de las intromisiones a la intimidad el criterio relevante no es el de la veracidad, sino exclusivamente el de la relevancia pública del hecho divulgado, es decir, que su comunicación a la opinión pública, aun siendo verdadera, resulte ser necesaria en función del interés público del asunto sobre el que se informa (*vid.*, SSTC 172/1990, FJº 4; 20/1992, FJº 3).

¹³⁰³ Este precepto viene a sustituir a los derogados arts. 11 a 15 que regulaban el procedimiento para la garantía jurisdiccional civil de los derechos fundamentales de la Ley 62/78, por efecto de lo dispuesto en la Disposición Derogatoria Única.2.3º de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil. Como la ley de protección del honor, la intimidad y la propia imagen también remitía junto al civil ordinario a dicho procedimiento —en tanto que sustituto provisional del procedimiento previsto en el art. 53.2 CE—, ambos deben estimarse hoy referidos al juicio declarativo ordinario de la nueva LEC.

según se trate o, incluso, el secuestro de la publicación ya efectuada¹³⁰⁴ cuando la tutela de los derechos afectados lo exija frente a la posibilidad de lesión inminente¹³⁰⁵.

El mismo fundamento y alcance puede aplicarse a las medidas restrictivas a la publicación de información que prevé la LO 19/1994 de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales¹³⁰⁶. En efecto en ella se

¹³⁰⁴ Según dispone el art. 9.2 L.O. 1/82 de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, "La tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados."

Por su parte, la garantía jurisdiccional penal de los derechos fundamentales reconocida en la L.O. 62/78 faculta al juez, cuando se inicia un procedimiento penal para el enjuiciamiento de "delitos cometidos a través de la imprenta, el grabado u otros medios de publicación, sonoros o fotográficos, difundidos por escrito, radio, televisión, cinematógrafo u otros similares", a acordar, según los casos, "el secuestro de la publicación o la prohibición de difundir o proyectar el medio a través del cual se produjo la actividad delictiva." (art. 3.2). Lo mismo se dispone en el art. 816 Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Por último, los arts. 721 y ss de la LEC regulan la adopción de medidas cautelares necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare; en su art. 727 prevé específicamente la cesación, abstención o prohibición de actividades (nº 7) y en el nº 11 remite a las que las leyes prevean expresamente o el juez estime necesarias, en su caso, para la tutela de los derechos.

¹³⁰⁵ Así sucedió con la publicación del libro "¿Qué pasó en Alcácer?", en el que se publicaron fotografías y textos tomados del sumario 1/1993 (incluidas algunas declaraciones de las partes) instruido por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Alcira con ocasión de la investigación del conocido triple asesinato. La familia de una de las fallecidas demandó al autor y a la editorial del libro por considerar vulnerados los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de su familia (incluida su hija fallecida), lo que fue estimado parcialmente por el Juez (en lo que respecta a la vulneración de la intimidad y la propia imagen). La declaración judicial de que existió en dicho supuesto una intromisión ilegítima obligó al pago de una indemnización y a la retirada de la circulación del citado libro.

¹³⁰⁶ Esta ley cuenta con un precedente en el ámbito del derecho internacional que viene demostrando un interés creciente por el trato a la víctima en el proceso penal. Especial atención merece la labor desarrollada en este campo por el Consejo de Europa y por Naciones Unidas. Destaca, por su importancia, la Recomendación nº R (85) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados Miembros sobre la posición de la víctima en el marco del Derecho Penal y del proceso penal, adoptado por el Comité de Ministros el 28 de junio de 1985, en la que se recomienda a los gobiernos de los Estados miembros revisar su legislación y su práctica respetando una serie de líneas directrices en cada fase de la investigación y enjuiciamiento de las infracciones penales. Sobre las medidas previstas en el sistema español y, en especial, desde la aprobación de la referida LO 19/1994, puede verse CARTAGENA PASTOR, F. "Protección de Testigos en las Causas Criminales: Ley Orgánica

establecen disposiciones que facultan al juez a ordenar medidas de protección que afectan al ejercicio de la libertad de información en aquellos supuestos en que “la autoridad judicial aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes” de quien pretenda ampararse en esta Ley, así como de “su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos”. En cuanto al margen de discrecionalidad para su adopción la Ley determina que el juez debe estimar necesaria la adopción de las medidas para proteger al círculo de personas mencionadas tanto en abstracto (atendida la situación) como en concreto (respecto de las concretas medidas que adopte)¹³⁰⁷. Para su aseguramiento, la Ley ordena a los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, el Ministerio Fiscal y la autoridad judicial que cuiden “de evitar que a los testigos o peritos se les hagan fotografías o se tome su imagen por cualquier otro procedimiento, debiéndose proceder a retirar el material fotográfico, cinematográfico, videográfico o de cualquier otro tipo a quien contraviniera esta prohibición” (art.3.1).

En el segundo supuesto antes anunciado, esto es, cuando la publicación opera una eventual intromisión en otros derechos y la conducta no está contemplada expresamente como ilícita, puede, no obstante recurrirse al referido procedimiento declarativo ordinario del art. 249.1.2º LEC, que expresamente regula las demandas de tutela judicial civil “de cualquier otro derecho fundamental”, pudiéndose acordar también la adopción de medidas cautelares para garantizar la efectividad de la tutela si el juez llegase a dictar una sentencia estimatoria (arts. 721 y ss LEC). Para declarar la vulneración del derecho cuya tutela se demande, el juez tendrá que hacer, —esta vez sí— una valoración constitucionalmente adecuada de la ilegitimidad de la conducta presuntamente infractora de que se trate a fin de averiguar si vulnera o

19/1994 de 23 de diciembre”, *Boletín de Información del Ministerio de Justicia e Interior*, núm. 1.758, 1995; FERRER GARCÍA, A., “Diligencias de protección referidas al perjudicado y a los testigos”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, 1998, págs. 203-23.

¹³⁰⁷ En su art. 2 se dispone que “el juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas

desconoce tales derechos. Es evidente que el derecho a un juicio justo e imparcial (art. 24.2 CE) se contiene en el ámbito de aplicación de la garantía jurisdiccional civil, pues forma parte del núcleo duro de los derechos fundamentales (Sección 1ª del Capítulo II CE), pero no toda intromisión o vulneración del mismo puede, sin más, reputarse ilegítima. El juez, desde luego, tendrá que valorar si se trata o no de una intromisión pero, además, descartar que, de serlo, venga amparada por el ejercicio legítimo de los derechos de expresión e información. Sólo así la resolución judicial resultaría adecuada a las exigencias constitucionales derivadas de lo dispuesto en los arts. 20.4, 53.1 y 20.5 CE¹³⁰⁸.

En efecto, el Juez a quien se solicite la adopción de medidas en garantía de los derechos fundamentales y contra el ejercicio de la libertad de expresión e información no puede desconocer el contenido del art. 53.1 CE que es, además, un principio informador de toda intervención sobre los derechos fundamentales. Por tanto, si ninguna ley define expresamente el supuesto de que se trate como conducta ilícita (hipótesis ya analizada anteriormente) cualquier demanda de protección jurisdiccional de este último se complicará por las dificultades inherentes a la previa determinación judicial del ámbito respectivo de los derechos en juego: lo que la doctrina denomina en unos casos “ponderación”, y en otros “definición” o “delimitación”, en este caso, entre el derecho a la libertad de información y el derecho a un juicio justo e imparcial.

Para evaluar la ilicitud de la intromisión, el juez tendrá que considerar circunstancias tales como el momento en que se pretende llevar a cabo la publicación o emisión, el ámbito del derecho afectado, el grado de lesión e irreversibilidad de la misma, la concurrencia de culpa o negligencia del medio informativo en la lesión del derecho, etc. El ejemplo vale para toda clase de informaciones referidas a

necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo (...).”

¹³⁰⁸ En contra de la posibilidad de que en nuestro sistema jurídico el juez pueda ordenar legítimamente la prohibición de publicar en atención a la tutela del derecho a un juez imparcial,

procedimientos judiciales pendientes, cualquiera que sea el momento elegido para su publicación —antes o después del juicio oral—, aunque es indudable que este último factor resulta relevante a los efectos de evaluar la procedencia o no de otorgar la tutela solicitada¹³⁰⁹. Cuando ya ha comenzado a celebrarse el juicio oral, algunas de las informaciones del sumario pueden ser reproducidas o desveladas como elementos probatorios, en cuyo caso, la publicidad del proceso puede hacer que dejen de ser informaciones secretas; sin embargo, el sumario, per se, no se convierte en un material de libre acceso público, pues los arts. 234 y 235 LOPJ establecen limitaciones a la publicidad de las actuaciones judiciales. Cuando la publicación de dicho material carece de interés informativo y, además, supone la vulneración de algún derecho legítimo estimo que, efectivamente, puede declararse su ilegitimidad y su prohibición, aun cuando se trate de informaciones veraces. Lo mismo cabe decir de aquellas pretensiones informativas que causen la lesión efectiva de los derechos del acusado al juicio justo con culpa o negligencia. Por el contrario, la veracidad unida a la relevancia pública de la información, convierte el ejercicio legítimo del derecho a la información en la pretensión prevalente y, por tanto, el juez tendrá que rechazar la demanda de tutela.

A la vista de las anteriores consideraciones, reconsideremos la aptitud del mecanismo de protección analizado respecto de los fines de protección de los derechos del acusado a un juicio justo e imparcial:

- En primer lugar, existe una dificultad inherente al hecho de que la tutela precise la previa declaración judicial de que ha existido una intromisión ilegítima sobre el derecho en cuestión. Puesto que no hay otros ilícitos civiles expresos al margen de los referidos al honor, la intimidad y la imagen que limiten directamente el ejercicio de la libertad de información u opinión, la demanda civil para que se

MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, págs. 302-308.

¹³⁰⁹ El TC en la sentencia 176/88 afirma “Que el derecho de las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público” y, no

declare la vulneración del derecho a un juicio justo es incierta. Ello perjudica tanto al titular del derecho presuntamente afectado (el acusado) como al que del derecho ejerciente (el autor de la noticia) que desconocen la respuesta jurídica a sus respectivas pretensiones.

- Ni siquiera es probable que un juez considere que una publicación sea constitutiva, per se, de una vulneración grave del derecho a un juicio justo e imparcial, bien porque aisladamente considerada —y no en el contexto de una campaña— carezca de la lesividad exigible, bien porque el grado de lesión no supere el de mero peligro.

- Además, tendría que suceder que el titular tuviera conocimiento anticipado de que la difusión, emisión o publicación va a realizarse pues, de lo contrario, la prohibición judicial no surtiría efecto alguno y la medida devendría inconstitucional, por innecesaria.

- Por último, la adopción de la medida cautelar de secuestro o prohibición de difundir la noticia de que se trate puede resultar un mecanismo imprescindible de amparo judicial del derecho del demandante pero, precisamente por su gravedad, altamente inconveniente desde la perspectiva de las libertades de expresión e información. Precisamente por ello, se corre el riesgo de que acudiendo masivamente a ella se la convierta en lo que no es: un mecanismo materialmente censor de dichas libertades. Aunque la realidad más bien expresa lo contrario: nunca se solicita o cuando se solicita no se suele acordar porque existe una natural prevención a adoptar una medida tan restrictiva del ejercicio de las libertades de expresión e información¹³¹⁰.

siéndolo, los medios de comunicación no pueden disponer libremente de su contenido para publicar cualquier información.

¹³¹⁰ Resulta pertinente a estos efectos recordar la opinión de SCOTT sobre las diferencias entre Gran Bretaña y Estados Unidos a propósito de los interdictos judiciales sobre restricción de publicaciones (prohibición o aplazamiento). Para este Magistrado, el sistema jurídico británico favorecía la mejor tutela de todos los intereses relevantes al admitir la posibilidad de ordenar su adopción, en tanto se resolvía el fondo del asunto, cuando se producía un conflicto entre las

- j) *Excurso: La presunción de inocencia y su relación con la libertad de expresión. El honor como cauce de tutela de la presunción de inocencia impropia.*
- i) *El derecho fundamental a la presunción de inocencia*

La presunción de inocencia viene recogida como derecho en el art. 11-1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos al decir que: “Toda persona tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”. Igualmente dispone el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 14-2 que “Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley”. La presunción de inocencia está igualmente reconocida como derecho en el art. 6.2 CEDH, y tanto el Tribunal como la Comisión han elaborado un abundante y consolidado cuerpo de doctrina sobre el mismo. El artículo 24.2 de la Constitución Española reconoce el derecho fundamental a la presunción de inocencia rompiendo, de esa manera, una larga tradición de mutismo constitucional y legal al respecto¹³¹¹.

pretensiones de los medios de comunicación a publicar ciertas informaciones y las de quienes se oponían a ello por ser objeto de esas informaciones (bien fueran titulares de intereses personales, comerciales o de Estado). En cambio, al estimarse en los Estados Unidos que dichas prácticas (“prior restraint”) constituyen violaciones de la Primera Enmienda, condenaban a los titulares de derechos eventualmente amenazados por parte de los medios de comunicación a asistir indefensos a dicha lesión sin mecanismo de prevención alguno y con la única compensación de una futura indemnización. SCOTT, R., “La imparcialidad objetiva del Juez y los medios de comunicación. Sistema anglosajón”, *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, págs. 204-205. Más recientemente, y en la misma línea de reivindicar el sistema británico de tutela de los derechos (“statutes” y “common law”) esta vez frente a los sistemas continentales y la jurisprudencia del TEDH, SMITH, A.T.H., “Free Press and Fair trial: Challenges and Change”, *Freedom of expression and Freedom of Information*, (ed. Beatson, J. y Cripps, Y.), Oxford University Press, Nueva York, 2000, págs. 123-139.

¹³¹¹ Como indicara VÁZQUEZ SOTELO, ninguna Constitución ni ley procesal a lo largo de la historia en nuestro país había reconocido expresamente la vigencia de este principio. No obstante, la ratificación del CEDH en 1977 por nuestro país avala su vigencia, al menos formalmente, desde esas fechas e, incluso, anteriormente, por la inclusión de España en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 16 de diciembre de 1966, que igualmente había recogido ese derecho, que ya antes había proclamado la Declaración Universal de Derechos del Hombre formulada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948. VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. V, 1992, (págs. 105-107).

El Tribunal Constitucional viene sosteniendo desde su STC 109/1986¹³¹² que la presunción de inocencia —al margen de su proyección “como límite de la potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes”— es un “derecho subjetivo público” que opera en un doble plano:

a) con relación al proceso, fundamentalmente, como regla de juicio en el régimen de la prueba, desplazando su carga a quien ejerce la pretensión acusatoria y fijando las características de aquellas pruebas sobre las que cabe fundar la convicción judicial acerca de la culpabilidad del acusado¹³¹³; pero también se erige como regla de tratamiento que comporta la prohibición de que las medidas cautelares sean utilizadas como castigos o anticipaciones de pena¹³¹⁴. Ambos aspectos conforman la presunción de inocencia en sentido propio.

b) en situaciones extraprocesales, constituyendo el derecho a recibir la consideración y trato de no autor o no partícipe y, por tanto, excluyendo la aplicación de consecuencias o efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en relaciones

¹³¹² A la que ha seguido un cuerpo de doctrina consolidado, entre otras, por las SSTC 44/1987, FJ° 1, 145/1987, FJ° 1, 259/1994, FJ° 2, 128/1995, FJ° 2, 166/1995, FJ° 3 y 36/1996, FJ° 1. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo se alude a la operatividad de la presunción de inocencia como regla de juicio procesal, entre otras muchas, en las sentencias de 2 de noviembre de 1989, 14 de junio de 1990 y 8 de febrero de 1990 en similares términos. En esta última, por ejemplo, se afirma que “la presunción de inocencia además de constituir un principio o criterio informador del ordenamiento procesal penal, es ante todo un derecho fundamental que el art. 24. CE reconoce y garantiza a todo ciudadano, precisando, para ser desvirtuada, una actividad probatoria mínima y suficiente, razonablemente de cargo, y revestida de todas las garantías procesales que la legitimen”.

¹³¹³ Sobre la proyección procesal del derecho a la presunción de inocencia existe una abundante bibliografía de la que, sin embargo, no ofrecemos una relación pormenorizada por cuanto excede del objeto de este trabajo en el que vamos a abordar exclusivamente la proyección extraprocesal de la misma. No obstante, *vid.* ILUMINATTI, G., “Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica”, *Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale*, año XXI, 1978, págs. 919-980; *Id.*, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, Zanichelli, Bologna, 1984; VÁZQUEZ SOTELO, J. L., “La presunción de inocencia”, *op. cit.*, pág. 241 y ss; LÓPEZ GUERRA, L., “Presunción de inocencia, tutela judicial y motivación de sentencias penales”, *Cuadernos de Derecho Judicial* nº V, 1992, págs. 139-161.

¹³¹⁴ *Vid.* ampliamente desarrollada esta idea del doble campo de acción de la presunción de inocencia en el proceso penal en los trabajos de ILUMINATTI, G., “Presunzione d’innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica”, *op. cit.*, *passim* y, sobre todo, *La presunzione d’innocenza dell’imputato*, *op. cit.*, págs. 28-30.

jurídicas de todo tipo¹³¹⁵. En su limitada proyección al margen del proceso me referiré a la presunción de inocencia en sentido impropio ya que la propia Constitución lo configura básicamente como un derecho o garantía procesal al situarlo en el art. 24.2 CE.

Conviene extraer de la doctrina ya sentada algunas consideraciones fundamentales que concretan la forma y alcance que la Constitución ha otorgado a este derecho fundamental. Nuestro Tribunal Constitucional, a partir de su primera sentencia de 28 de julio de 1981 y, en relación con el proceso penal, exige que para que pueda estimarse *constitucionalmente* legítima una sentencia de condena, la presunción de inocencia del acusado debe ser destruida dentro del juicio oral por una mínima actividad probatoria de cargo, producida con las garantías procesales¹³¹⁶ de la que pueda deducirse racionalmente la culpabilidad del imputado. Ese estándar constitucional de la presunción de inocencia como regla de juicio no debe ser confundido con el que opera en la *jurisdicción ordinaria*, donde el derecho del acusado se traduce en la exigencia de no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida en virtud de pruebas de cargo esgrimidas y aportadas por la acusación y obtenidas con todas las garantías que, además, tengan el carácter de suficiencia para producir lógicamente el convencimiento del tribunal más allá de toda duda razonable, quien las apreciará en conciencia, sin perjuicio de motivar cumplidamente su convicción¹³¹⁷.

¹³¹⁵ VIVES ANTÓN, T. S., en COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, pág. 96.

¹³¹⁶ La prueba debe practicarse cumpliendo las garantías formales establecidas al objeto de preservar el derecho de defensa y, además, es preciso que su incorporación —de tratarse de prueba pericial preconstituida— o práctica durante el proceso se realice respetando, en lo posible, los principios de inmediación judicial, oralidad y contradicción. *Vid.*, entre otras, STC 145/87, FJº 2.

¹³¹⁷ Como el TC no puede entrar a valorar las pruebas por tratarse ésta de actividad jurisdiccional exclusivamente encomendada a los jueces y tribunales ordinarios, sólo puede acceder al control mínimo del derecho que consiste en la proscripción de la arbitrariedad, es decir, la falta absoluta de actividad probatoria de cargo o de fundamentación de la culpabilidad, esto es, la inferencia irracional de ésta respecto de la actividad probatoria desarrollada, etc. *Vid.*, SSTC 174/1985, FJº 5, 63/1993, FJº 5 y 244/1984, FJº 2.

No existe identidad entre “presunción de inocencia” y “principio pro reo”. El primero desenvuelve su eficacia en el caso de falta de actividad probatoria suficiente, en el de falta de garantías en la prueba de cargo practicada, o en la arbitraria inferencia de la culpabilidad respecto de las pruebas existentes, de forma que en todos esos casos se ha de producir la necesaria absolución. El segundo, en cambio, pertenece al momento de la valoración de la prueba de cargo existente en el juicio oral y practicada con todas las garantías, siendo un criterio inmemorial, elevado a la categoría de principio general de derecho que no agota, sin embargo, todas las exigencias que en esa valoración proyecta la presunción de inocencia¹³¹⁸.

ii) *La tutela de la presunción de inocencia impropia a través del honor: Delimitación de supuestos relevantes*

La vertiente extraprocesal de la presunción de inocencia o presunción de inocencia impropia, cuya existencia reconoce el Tribunal Constitucional, por primera vez, en la STC 109/1986, FJº 1 y reitera entre otras, en las SSTC 128/1995, FJº 3 y 166/1995, FJº 3, constituye como he dicho —conforme a esta última— “el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se apliquen las consecuencias o los efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo”. Esta vertiente, que he denominado presunción de inocencia impropia, no constituye para el Tribunal un derecho fundamental distinto o autónomo, sino que se protege a través de los derechos al honor y a la dignidad de la persona consagrados en los arts. 10 y 18 CE, de manera que la tutela jurisdiccional

¹³¹⁸ Véanse las sentencias del TS de fechas 21-06-1988 y 15-12-1988, donde, además, se recoge el cauce casacional adecuado para hacer valer la conculcación de uno y otro principio, el 849-2 LECrim para el “pro reo”, y el 5-4 LOPJ para el de presunción de inocencia.

ordinaria o el recurso de amparo enderezado a restablecer o preservar la vigencia de éstos serán las vías correctas para tutelar aquél¹³¹⁹.

En efecto, la tutela de la presunción de inocencia fuera y al margen del proceso se articula a través del derecho al honor¹³²⁰, ya que la dignidad de la persona en su aspecto externo se materializa en el juicio que la comunidad proyecta sobre el individuo, o lo que es lo mismo, su fama o reputación y la presunción de inocencia impropia remite, precisamente, a este aspecto: no ser tratado como culpable frente a imputaciones no probadas¹³²¹.

¹³¹⁹ OTERO considera, no obstante, algo confusa la doctrina del tribunal en este punto al no deslindar debidamente el ámbito de los respectivos derechos, ya que no especifica el TC “qué casos relativos al honor y a la dignidad de la persona no suponen una *presunción* sino una *cualidad sustancial inherente a la misma*” OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, pág. 43. Ciertamente ocurre con la presunción de inocencia lo mismo que con la intimidad, que al tratarse de manifestaciones de la dignidad de la persona se produce una confusión no en el plano de su definición constitucional sino en el de la protección legislativa que se les otorga. En este sentido, VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN, T.S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 313.

¹³²⁰ A la misma conclusión llega VIEITES PÉREZ, C., “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos ‘paralelos’”, *op. cit.*, págs. 402-403, cuando afirma que como la presunción de inocencia es un derecho que opera exclusivamente frente al Estado, no frente al resto de la sociedad, la razón de la tutela del secreto sumarial radica en la protección del honor del imputado hacia el exterior, frente a la sociedad. También defiende la articulación de su defensa a través del honor, BOIX REIG, J., “La difamación en la prensa”, *op. cit.*, págs. 7323-7324.

¹³²¹ No obstante, existen otras concepciones del honor en la doctrina que, no obstante, pueden dispensar tutela a las pretensiones inherentes a la presunción de inocencia impropia. Así, entre otros, ALONSO ÁLAMO, M., “Protección del honor. Sentido actual y límites constitucionales”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, págs. 140 y ss.; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, *op. cit.*, págs. 53 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C., “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal”, *op. cit.*, págs. 119-120; QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., “Título XI”, VVAA, *Comentarios al Nuevo código Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1000-1003; MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Delitos contra el honor”, BAJO FERNÁNDEZ, M. *et al.*, *Compendio de Derecho Penal (Parte especial)*, Vol. II, CEURA, Madrid, 1998, págs. 256-260; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *op. cit.*, págs. 43-51; MUÑOZ LORENTE, J., “Aproximación al concepto de honor en el Código Penal. (La controvertida cuestión de la falsedad como elemento del tipo objetivo en los delitos contra el honor)”, *Jueces para la Democracia*, núm. 35, 1999, págs. 31-49; VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN, T.S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, págs. 310-313; FERNÁNDEZ PALMA, R., *El delito de injuria*, Aranzadi, Pamplona, 2001, págs. 23-130; OTERO GONZÁLEZ, P., “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, en prensa, págs. 1-7.

CARNELUTTI vinculaba la existencia del secreto del sumario con la necesidad de impedir que se sepa si uno es o no imputado y, así, respetar la presunción de inocencia del imputado: “hay un momento en nuestra ley en que antes de la posible condena se hace pública la imputación; pero se trata entonces, de una imputación refrendada. A diferencia de la certeza, la duda tiene distintos grados, así como la imputación. La imputación que se hace en la instrucción, es una imputación más dudosa que la que se hace en el debate”¹³²². A la luz de nuestra Constitución creo que es más correcto vincular la protección que otorga la ley a la dignidad del imputado, entre otros mecanismos, a través del secreto sumarial, con la referida presunción de inocencia impropia.

El informe de la Comisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto X. c. Países Bajos, al amparo del art. 6.2 del Convenio declara que: “Las autoridades y sobre todo aquellas que tienen a su cargo las investigaciones y los procesos penales deben mostrarse muy prudentes a la hora de hacer declaraciones públicas sobre los asuntos o personas objeto de investigación judicial, a fin de evitar en lo posible que estas declaraciones sean mal interpretadas por el público y conduzcan a poner en cuestión la inocencia del acusado antes de que haya sido juzgado”. En este caso, la procedencia de las imputaciones indebidas corresponde a las propias autoridades, razón por la cual un entendimiento amplio del derecho a la presunción de inocencia como derecho que opera frente a todos los poderes públicos, en general, permite al TEDH contemplar la violación desde la perspectiva de este último y sin recurrir al derecho al honor. En cambio, la tutela frente a las vulneraciones a la presunción de inocencia, siquiera sea desde una perspectiva material, por parte de particulares y, en especial, medios de comunicación, son contempladas por el derecho al honor (“the reputation or rights of others”) y la autoridad e imparcialidad del poder judicial (“the authority and impartiality of the

¹³²² CARNELUTTI, F., “La publicidad del proceso penal”, *op. cit.*, pág. 125.

judiciary”) en la medida en que esa expresión ha sido interpretada para incluir la protección de los derechos de los litigantes, en general¹³²³.

A favor de un entendimiento estricto de la presunción de inocencia se pronuncia la Instrucción 3/1993, de 16 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, cuando hace hincapié en las consecuencias de la presunción de inocencia sobre el derecho al honor del imputado, entendiendo que la presunción de no culpabilidad (*sic*) hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto de sumario un instrumento que, al menos en parte, garantice la personalidad del imputado, así como su dignidad. También el Consejo General del Poder Judicial en el apartado VIII de su declaración de 25 de enero de 1995, vincula el secreto sumarial con la protección del honor de las personas sometidas a una investigación: “El secreto sumarial es, en efecto, además de instrumento de eficacia en la reconstrucción de los hechos presuntamente delictivos, garantía del derecho al honor de las personas que, en algún momento del proceso puedan aparecer relacionadas con aquellos hechos, en tanto estos se esclarecen a efecto de formular, o no, una acusación jurisdiccionalmente contrastada”.

Pero no sólo hay que vincular las conductas que suponen una vulneración de la presunción de inocencia impropia con la revelación del sumario¹³²⁴; las imputaciones

¹³²³ En diversas ocasiones, los recurrentes vinculan la vulneración de su derecho a ser tratados públicamente como inocentes por los medios de comunicación mientras se sustancia un proceso con el derecho a un juicio justo garantizado por el art. 6 del Convenio. *Vid.*, por ejemplo, los informes de la Comisión en los asuntos Baragiola c. Suiza de 21 octubre 1993 y Magharian c. Suiza de 9 abril 1997 y, sobre todo, la STEDH caso Delcourt c. Bélgica de 17 enero 1970 y, más recientemente, caso News Verlags GmbH & CoKG c. Austria de 11 enero 2000. Sobre esta última sentencia existe un comentario a cargo de CATALÁ i BAS, A. H., “Libertad de expresión y juicios paralelos en la jurisprudencia del TEDH. A propósito de la STEDH News Verlags GmbH & CoKG c. Austria de 11 enero 2000”, *Revista General de Derecho*, núm. 679, 2001.

¹³²⁴ Aunque bien parece deducirse que esa es la opinión del Tribunal como se desprende del siguiente pasaje que, bien es cierto, no puede estimarse como “doctrina” del Tribunal: “Todas estas observaciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados por el art. 24 CE con las libertades reconocidas por el art. 20 de nuestra Carta Magna, máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral, pues, si bien en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información veraz, una vez

informales de culpabilidad realizadas por los medios de comunicación se pueden producir con ocasión de un proceso o sin él, mediante revelación del contenido del sumario o mediante afirmaciones obtenidas de las propias investigaciones o de fuentes de información ajenas al órgano judicial, sean de particulares o de funcionarios (policía judicial, fiscalía). El sumario es, como hemos visto, un mecanismo de tutela con eficacia y extensión limitada que no alcanza a contemplar todos los supuestos de lesión al honor del imputado que pudieran estimarse relevantes.

Por otra parte, nos ocupamos de las conductas lesivas al honor que se dirigen directamente al acusado en tanto que son manifestación del supuesto más frecuente con relación a un proceso penal mediante la lesión de su derecho a la presunción de inocencia impropia, pero la tutela del honor puede proyectarse también sobre los demás intervinientes en el proceso y hasta del mismo juez pues ocurre que los intereses subyacentes a una campaña mediática aconsejan, en ocasiones, dirigir sus ataques a estos sujetos. La mediación de un proceso o de una investigación penal expone al destinatario de la misma a un mayor riesgo de ver vulnerado su derecho al honor con ocasión de las eventuales imputaciones que contra él se formulen, pero no hay que suponer que ésta sea la única ocasión. Ni siquiera cuando se archivan las acusaciones o se absuelve cesan necesariamente tales imputaciones¹³²⁵ y, antes bien, puede llegar a levantarse públicamente un velo de sospecha sobre la inocencia del acusado mucho más lesivo que la propia condena y hasta sobre tal decisión, del que no quedan al margen ni siquiera los responsables judiciales o policiales de la misma.

decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata (...), en tanto que garantía procesal tendente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales". (ATC 195/1991, FJº 6).

¹³²⁵ En este sentido, por ejemplo, el ATC 274/1991, FJº 1: "(...) la noticia que involucra a dicha persona en un hecho tan grave como un asesinato, publicada en 1985, choca frontalmente con la circunstancia de que esa persona fue absuelta, por una sentencia judicial firme dictada en 1979, de su participación en dicho atentado criminal". Las anteriores consideraciones se realizaban para rechazar "por carecer de contenido constitucional" la demanda de amparo por vulneración del derecho a la libertad de información que presentó un periodista condenado por calumnias.

En definitiva, la difusión de noticias en las que se sostiene la autoría o participación de una persona en la comisión de unos hechos delictivos o en las que se le imputan hechos no delictivos pero que atentan a su fama o autoestima constituyen lesiones al honor que pueden alcanzar, según los casos, relevancia jurídica. La valoración de las mismas desde la perspectiva penal va a depender, obviamente, de que se den los requisitos para su subsunción en los respectivos tipos penales de injurias o calumnias atendida la veracidad del informador al efectuarlas o, en su caso, al residual criterio de la relevancia pública en la medida en que el Código lo ha reconocido con la limitada eficacia otorgada a la *exceptio veritatis*¹³²⁶.

Comenzaré por descartar aquellos supuestos en que las eventuales lesiones al honor constituyen actuaciones legítimas de los medios de comunicación en el ejercicio de la libertad de información pues, como han declarado los tribunales, se trata de informaciones veraces y referidas a asuntos de relevancia pública o interés general cuya divulgación contribuye a la formación de la opinión pública (STC 197/1991). Así sucede con la comunicación veraz de que una persona ha sido imputada, procesada o condenada, en el que la relevancia pública procede del hecho en el que la persona se ve involucrada —con independencia de su personal relevancia pública— (STC 154/1999, FJº 4). Si como ha dicho el Tribunal Constitucional, la imposición de penas o sanciones disciplinarias no vulnera el derecho al honor (entre otras, STC 50/1983), su publicación en un medio de difusión tampoco puede ser considerada como una intromisión al honor ni a la intimidad (STC 227/1992, FJº 4). Por regla general no cabe negar interés noticioso a hechos o sucesos de relevancia penal de manera que si las autoridades y fuerzas responsables de la seguridad realizan actuaciones tendentes al esclarecimiento de esos hechos, la cobertura sobre su acaecimiento y resultados —especialmente cuando estos últimos los suministran los mismos organismos públicos— participa de esa misma cualidad de relevancia (STC 178/1993, FJº 4). Respecto de la cobertura periodística de los juicios penales —materia de interés general, por definición—, el Tribunal Constitucional viene

¹³²⁶ Sobre esta cuestión nos detendremos en el apartado siguiente.

destacando la contribución de los medios a la plena realización del principio de publicidad de las actuaciones judiciales lo cual lleva a proteger la información crítica de las resoluciones judiciales y de las actuaciones profesionales con ellas relacionadas (STC 286/1993, FJ° 5).

Existe un supuesto en que cabe estimar que la eventual lesión del honor o la intimidad no es atribuible al medio de comunicación que da la noticia. Se trata de los llamados reportajes neutrales¹³²⁷, en los que “cuando un medio de comunicación divulga declaraciones de un tercero que suponen una intromisión en los derechos reconocidos por el art. 18 CE, tal divulgación sólo puede disfrutar de la cobertura dispensada por el art. 20.1 CE si, por un lado, se acredita la veracidad —entendida como verdad objetiva— del hecho de las declaraciones del tercero, y, por otro, estas declaraciones (cuya veracidad, entendida como diligencia en la averiguación de la verdad, sólo es exigible a quien declara lo divulgado) se refieren a hechos o circunstancias de relevancia pública”. (STC 232/1993, FJ° 3)¹³²⁸.

Por el contrario, se ha estimado lesión del derecho fundamental al honor en el caso de la imputación indebida de la comisión de un delito por entender el informador erróneamente que esa era la calificación procedente para la conducta cometida (STC 219/1992, FJ° 5). Aunque las inexactitudes en la transmisión de la información están amparadas constitucionalmente por la libertad de información del art. 20.1,d) CE, no cabe entender como tales las que afectan a elementos esenciales o las que pueden superarse con el nivel de diligencia que es exigible al informador (ATC 191/1994, FJ° 2 y STC 22/1995, FJ° 4).

Uno de los supuestos más controvertidos en relación con imputaciones sobre autoría o participación en hechos delictivos se ventiló en la STC 94/1994, FJ° 3. El recurrente en amparo alegaba vulneración de su derecho al honor porque en la

¹³²⁷ Sobre el particular, *vid.*, MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, págs. 96-98.

jurisdicción ordinaria se había desestimado su demanda civil de honor frente a un medio de comunicación por las afirmaciones deshonrosas e imputaciones delictivas de que era objeto. Sin embargo, el TC estima adecuada la “ponderación” realizada tanto por el órgano *a quo* como por los órganos superiores (Audiencia Provincial y Sala Primera del TS) que estimaron que el reportaje en cuestión no empleaba nunca afirmaciones de hecho o expresiones difamatorias sino “que explicaba unos sucesos o hacía referencia a unas versiones que eran tan públicas y notorias que aparecían reflejadas en otros medios de comunicación aportados en los autos en el periodo probatorio ... se contaban hechos y versiones públicas y expuestas en revistas y en prensa ... y en tercer lugar no se atribuían hechos gratuitamente que hacían desmerecer al demandante del público aprecio, sino que se recogían datos y se exponían hechos conocidos que expresaban dos versiones”. Lo controvertido, a mi entender, deriva del hecho de que la sentencia se pronuncia sobre unos hechos característicamente constitutivos de una campaña de prensa. Si, como se afirma, la conducta del medio de comunicación se estima legítima porque se limita a reproducir lo que otros medios han difundido anterior y simultáneamente de forma pública y notoria —imputaciones deshonrosas— hay que concluir que la concurrencia de actos lesivos al honor provoca, paradójicamente, una disolución de toda responsabilidad y la agravación del daño al honor inherente a dicha concurrencia no es valorada ni atribuible a ninguno de sus autores. Penalmente, dicho argumento puede resultar irreprochable en tanto que se defiende la responsabilidad por el acto aislado y sin perjuicio de la posibilidad de atribuir responsabilidad si se diera una coautoría, pero civilmente no está claro que deba operarse con tan estricto criterio. En cualquier caso, lo que este ejemplo pone de manifiesto es la dificultad de hallar mecanismos reparadores del honor cuando la campaña de prensa ya se ha producido, dificultad a la que no se sustraen este tipo de atentados a la presunción de inocencia impropia y sobre las que, antes al contrario, se proyectan otras dificultades adicionales características de la regulación penal de los delitos contra el honor.

¹³²⁸ Doctrina reproducida, entre otras, en las SSTC 41/1994, FJ° 5; 6/1996, FJ° 5 y ATC 23/1995, FJ° 5.

iii) *La problemática tutela penal del honor*

El Código Penal de 1995 ha operado una transformación considerable de la regulación de las infracciones penales contra el honor. La revisión debe insertarse en el contexto de la “adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales”, según declara la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal. En concreto, el legislador se manifiesta partidario de lograr que se dote a los derechos fundamentales de la tutela necesaria y a “diseñar con especial medida el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos”; los delitos contra el honor se configuran de modo que “se otorga a la libertad de expresión de toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático”.

No han faltado voces discordantes con esa decisión legislativa¹³²⁹. Ya incluso respecto de la regulación derogada, GÓMEZ BENÍTEZ denunciaba en relación con los atentados al honor y la intimidación el “estado de desprotección jurisdiccional — especialmente penal— y constitucional que padecen en nuestro país los ciudadanos no pertenecientes a la administración de justicia o a la clase periodística, con grave desequilibrio entre derechos fundamentales”¹³³⁰. La confesión del legislador de evitar el recurso al Derecho penal para favorecer el respeto a las libertades de expresión e

¹³²⁹ Hay autores que estiman que tanto la decisión del legislador penal, como la doctrina constitucional en la que trae causa protege en exceso la libertad de información y desampara el honor. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ, J., *La degradación del derecho al honor (honor y libertad de información)*, Cívitas, Madrid, 1993; PANTALEÓN PRIETO, F. “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *La Ley*, 10 de mayo 1996, págs. 1 y ss.; QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, págs. 151-155; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Prólogo* al libro de MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*; ALONSO ÁLAMO, M., “Aproximación al bien jurídico en los delitos contra el honor”, VVAA, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Valle Muñiz*, (Coords. Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, págs. 909-920. De otra opinión, VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN, T.S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, págs. 308-310; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra el honor”, VVAA, *Compendio de Derecho Penal Español (Parte Especial)*, (Dir. Cobo del Rosal, M.), Marcial Pons, Madrid - Barcelona, 2000, págs. 323 y ss.

¹³³⁰ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., *Prólogo* al libro de MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*

información incluso frente a conductas que suponen una lesión al honor, seguro que no hace sino reforzar las consideraciones críticas manifestadas por este autor. Tampoco a QUERALT¹³³¹ y a ÁLVAREZ GARCÍA¹³³² les ha convencido la forma en que el legislador de 1995 ha tratado de desviar la tutela ordinaria del honor hacia la vía civil, entre otras razones, porque estiman que se ha provocado un solapamiento entre ilícito penal e ilícito civil¹³³³. Comparemos los respectivos preceptos¹³³⁴ (penal y civil) para valorar lo ajustado de estas críticas:

Art. 208 CP: “ Es injuria la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación.

Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves.

Las injurias que consistan en la imputación de hechos no se considerarán graves, salvo cuando se hayan llevado a cabo con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad.”

¹³³¹ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1996, pág. 222. Para este autor se ha producido una reduplicada protección del honor que resulta desproporcionada.

¹³³² ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *op. cit.*, pág. 30.

¹³³³ De distinto parecer, al menos en este punto se muestran QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, pág. 162; VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN, T.S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 319; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra el honor”, *op. cit.*, págs. 334-335.

¹³³⁴ Tomamos el ejemplo de la injuria porque constituye el tipo o modalidad básica de atentado al honor y dado que la calumnia no es sino una modalidad agravada de la imputación de hechos injuriosos cuando éstos son constitutivos de delito.

Art. 7.7 de la L.O. 1/1982 de 5 de mayo, de Protección del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen¹³³⁵: [Tendrán la consideración de intromisiones ilegítimas en el ámbito de protección civil] “La imputación de hechos o la manifestación de juicios de valor a través de acciones o expresiones que de cualquier modo lesionen la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación”.

En efecto, existe una similitud considerable entre ambos preceptos, aunque estimo que no cabe hablar de “identidad de supuesto fáctico, identidad de dicción identidad de concepto subjetivo de honor”, como sostiene QUERALT¹³³⁶, ni de problemas de “limitación” entre uno y otro precepto como opone ÁLVAREZ GARCÍA¹³³⁷. Es cierto que la definición de lo que se considera un ataque al honor se define en ambos textos en los mismos términos pero, desde luego, parece razonable que así sea, pues un ataque al honor (en el concepto constitucional de este derecho) constituye siempre un ataque a la dignidad y la concreción del mismo se efectúa conforme al objeto de la lesión que es la fama o la autoestima (manifestaciones mínimas de dignidad). Pero ello no exige, sin embargo, considerar tutelado en uno y otro ámbito, civil y penal, los mismos supuestos en que se ataque a la dignidad y, precisamente por ello, el Código especifica en su apartado segundo que sólo serán delictivas las injurias graves y, aun más, respecto de las imputaciones de hecho, sólo aquellas que, además, provengan de una conducta dolosa¹³³⁸. Respecto de las

¹³³⁵ Redacción dada por la Disposición Final Cuarta de la L.O. 10/1995 de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal.

¹³³⁶ QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho Penal español. Parte Especial*, 3ª ed., *op. cit.*, pág. 222.

¹³³⁷ ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *op. cit.*, pág. 30 (nota 33).

¹³³⁸ Aunque la expresión empleada en el Código —conocimiento de su falsedad o manifiesto desprecio hacia la verdad— no ha sido interpretada en el mismo sentido por todos los autores, la postura mayoritaria —a la que me sumo— entiende que el legislador ese refiere, respectivamente, al dolo directo o eventual. Así, por ejemplo, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Seguridad jurídica y legalidad penal”, *op. cit.*, pág. 305; MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 243; QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, pág. 176-178; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *ibid.*, pág. 110; MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, pág. 202; VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES

expresiones, sólo serán delictivas las que sean tenidas públicamente por graves, lo cual constituye un elemento normativo pendiente de valoración judicial con arreglo a concepciones sociales (“concepto público”) y no personales¹³³⁹. Los supuestos punibles no coinciden íntegramente con los sancionables civilmente, que son, en efecto, más numerosos¹³⁴⁰.

Desde luego, incluso para quienes reclaman como necesaria una diferente definición de ilícito civil y penal al honor, el Código penal no ha empeorado sus expectativas respecto de la legislación derogada, en la que las respectivas definiciones de injuria e intromisión al honor tutelable civilmente habían sido descalificadas como excesivamente vagas¹³⁴¹ e igualmente coincidentes en muchos supuestos. Y es que ese “problema” se da en todos los innumerables supuestos en los que cabe solicitar una responsabilidad civil por daños causados por culpa o negligencia que constituyen, a su vez, conductas penalmente sancionables¹³⁴². La existencia de una norma de recogida de cualesquiera intromisiones al honor injustificadas desde la perspectiva del ejercicio legítimo de otro derecho debe y está bien contemplada en la legislación civil para garantizar la debida tutela jurídica del honor, y su vigencia simultánea con ciertos tipos penales no plantea problemas desde

ANTÓN, T.S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 315; CARMONA SALGADO, C., “Delitos contra el honor”, *op. cit.*, pág. 340.

¹³³⁹ Al menos de *lege ferenda*, pues la garantía fundamental que hubiera permitido asegurar la efectividad de tal criterio habría sido la atribución del enjuiciamiento de estos delitos al Tribunal del Jurado, tal y como inicialmente se previó.

¹³⁴⁰ Todos los ilícitos penales al honor constituyen, pues, ilícitos civiles, pero no cabe afirmar lo opuesto.

¹³⁴¹ En este sentido, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, A., “La Protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión”, *op. cit.*, págs. 225-226. También QUINTERO reconoce que el nuevo tipo de injurias es más preciso que el derogado, aun cuando no le convence plenamente su formulación; *cfr.* QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, págs. 174-175.

¹³⁴² También ocurre en supuestos en que la responsabilidad disciplinaria y la penal por unos mismos hechos se define en términos similares. La vía penal es una vía parcial de defensa del honor frente a los ataques más graves —según considera el legislador—, atendiendo a circunstancias objetivas y subjetivas mientras que la civil comprende todos los supuestos de intromisión ilegítima.

esa perspectiva¹³⁴³. La opción —en realidad, la exigencia constitucionalmente impuesta al legislador penal— de que el nuevo Código dispense una menor tutela penal del honor como consecuencia del respeto debido al contenido constitucionalmente reconocido a las libertades de expresión e información —incluida la proscripción del efecto de desaliento sobre las mismas, vedando la punición penal de supuestos de ejercicio levemente ilegítimos— no impide, antes al contrario, garantizar la tutela del derecho fundamental al honor frente a las intromisiones ilegítimas de que sean objeto sus titulares¹³⁴⁴.

Si alguna objeción cabe plantear a la opción por la doble vía es, más bien, de otro orden. Se ha cuestionado si la vía penal es verdaderamente apropiada para tutelar el derecho fundamental al honor dadas las características y naturaleza de la jurisdicción penal. La duda no surge —porque no podría— por un presunto desmerecimiento de protección que la libertad de expresión operaría sobre las pretensiones de los titulares de los llamados derechos personalísimos. No cabe establecer constitucionalmente y, no creo que el Tribunal Constitucional lo haya hecho, una jerarquía formal de derechos fundamentales en la que unos estén objetivamente por encima de otros en su merecimiento de tutela y, desde luego, no

¹³⁴³ Ni siquiera el CP ha obviado resolver explícitamente lo que los Tribunales ya habían rectificado en la práctica desde hacía algún tiempo, esto es, la cuestión de la indebida interpretación que inicialmente se sostuvo en torno al alcance de la preferencia de la jurisdicción penal sobre la civil para el ejercicio de acciones en defensa del honor. La Disposición Final Cuarta de la LO de 23 de noviembre de 1995 del Código Penal ha modificado el art. 1º.2 de la Ley 1/82 en los siguientes términos: “El carácter delictivo de la intromisión no impedirá el recurso al procedimiento de tutela judicial previsto en el artículo 9º de esta Ley. En cualquier caso, serán aplicables los criterios de esta Ley para la determinación de la responsabilidad civil derivada de delito”.

¹³⁴⁴ De otra opinión, ALONSO ÁLAMO para quien resulta “sorprendente que al tiempo que desde determinados sectores se abogue por la suficiencia de la protección civil del honor se asista a un proceso de identificación del honor nada menos que con la dignidad de la persona” Cfr. ALONSO ÁLAMO, M., “Aproximación al bien jurídico en los delitos contra el honor”, *op. cit.*, pág. 918.

La sorpresa puede neutralizarse si se repara en que la protección civil no representa una protección menos efectiva del honor, antes al contrario, la penal no ha servido nunca, ni antes ni ahora, para tutelar debidamente este derecho. Además, todos los derechos fundamentales son emanaciones de la dignidad y su reconocimiento y vigencia simultánea no puede proporcionarse desde la exclusiva perspectiva del Derecho Penal; todo lo que la Constitución exige a legislador es que ninguna norma desconozca su contenido esencial. Tampoco el de las libertades de expresión e información veraz.

cabe proyectar esa supuesta jerarquía en la decisión del legislador de tutelar el honor¹³⁴⁵. Como ya he sostenido a lo largo de este trabajo, la posible preferencia social no se traduce en preferencia constitucional a favor de las libertades de expresión e información y tan funcional e indispensable al funcionamiento democrático resulta el respeto por la dignidad de la persona como la pervivencia de aquéllas. En realidad, aludo a una polémica iniciada desde hace algún tiempo en la doctrina acerca de la escasa funcionalidad de la vía penal para tutelar adecuadamente el honor a la vista de la relevancia atribuida a las libertades de expresión e información y que recientemente ha llegado a explicitarse en un notable disenso entre Salas y Magistrados (manifestado en sentencias y votos particulares) en el seno del TC¹³⁴⁶.

La polémica ha sido puesta en evidencia con especial perspicacia por LASCURAÍN en un reciente trabajo¹³⁴⁷ en el que el autor analiza y reflexiona sobre la trascendencia de estas discrepancias interpretativas acerca del recurso a la pena como medio de tutela de los derechos fundamentales y el acceso al amparo constitucional por vulneración de los derechos indebidamente tutelados en la vía judicial penal. No

¹³⁴⁵ La decisión del legislador de tutelar el honor parte de una presunción de legitimidad absoluta en tanto que se trata de un interés constitucionalmente reconocido como derecho fundamental. La decisión de tutelarlos penalmente (de conformarlo como bien jurídico penal) no es, sin embargo, libre ni en fundamento ni en extensión. La presencia de las libertades de expresión e información oponen una limitada resistencia —ciertamente amplia— a esa pretensión del legislador que, posteriormente, se traduce en la aplicación de los preceptos penales. Esa es la perspectiva que debe adoptarse al enfrentarse al análisis de los tipos penales: no se trata pues de indagar la legitimidad de tutelar penalmente un interés (en este caso el honor, pero lo mismo hemos afirmado respecto de la imparcialidad y el juicio justo) sino de precisar el alcance que esta tutela puede dispensar al derecho fundamental.

¹³⁴⁶ *Vid.*, sobre todo, en relación con el alcance del derecho a la libertad de expresión y al honor las SSTC 76/1995, 78/1995, 79/1995, 190/1996, 3/1997, 204/1997, 12/2000, 21/2000, 112/2000 y sobre la contemplación del proceso penal como vía de tutela ordinaria de derechos fundamentales sustantivos que, una vez agotada, permite solicitar el amparo constitucional de los mismos *vid.* SSTC 41/1997, 71/1997, 218/1997 y 21/2000. Sobre esta última cuestión, existe un amplio comentario en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 50, 1997, págs. 153 y ss.

¹³⁴⁷ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “El proceso penal como proceso de amparo del derecho al honor: comentario a la STC 21/2000”, *op. cit.*, págs. 405-441.

hay duda acerca de que la función esencial de las penas es la tutela jurídica¹³⁴⁸ y, en este caso, los delitos contra el honor tutelan jurídicamente ese derecho fundamental cuando imponen una sanción penal a quienes, en ciertos supuestos, lesionan ese valor o interés constitucional que subyace a la misma y que es la dignidad de la persona. La dificultad estriba en conciliar las pretensiones del ciudadano que acude a la vía penal a solicitar tutela porque ha sufrido un quebranto en su honor y la finalidad del proceso penal que consiste, exclusivamente, en declarar si la pretensión de condena está justificada. Como no todo ataque al honor es respondido con la imposición de una pena a su autor ya que los hechos lesivos al honor pueden, no obstante, no resultar susceptibles de condena por falta de relevancia típica, —por no concurrir los correspondientes elementos objetivos o subjetivos— o por estimarse justificados o porque concurre una causa de exclusión de la culpabilidad o de la pena, la ausencia de condena penal se interpreta comúnmente como una falta de debida tutela del derecho fundamental al honor. Y es que, el querellante, padece, además, con la interpretación socialmente extendida de que una absolucón en un juicio penal por injurias o calumnias equivale a una confirmación de la verdad de los hechos imputados —ya que es el caso de las falsas imputaciones de hecho el que resulta más problemático de valorar jurídicamente—.

Hay que admitir que la jurisdicción penal ha servido escasamente para dar satisfacción a las demandas de tutela del honor y no parece que vaya a “corregirse” esa tendencia en el futuro, pues si lo que el ciudadano pretende lograr cuando a ella acude —como parece deducirse en estos procesos— es, sobre todo, que el juez declare públicamente que los hechos deshonrosos que se le imputan son falsos, la jurisdicción penal no es la vía adecuada¹³⁴⁹. Esta pretensión, sin duda óptima desde la

¹³⁴⁸ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., op. cit., pág. 801.

¹³⁴⁹ En contra, MUÑOZ LORENTE, J., “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, núm. 42, 1997, pág. 178 considera que “el juez —tanto civil como penal— tiene la obligación de investigar —y naturalmente declarar— si la información es o no objetivamente falsa,

perspectiva del interés del agraviado en su honor es generalmente inviable: en algunas ocasiones la falsedad objetiva de las imputaciones no puede demostrarse sin un propio juicio contradictorio (piénsese en los casos en que los hechos son constitutivos de delito, falta o infracción administrativa)¹³⁵⁰; en otras ocasiones no se ha aportado prueba o no es posible aportarla acerca de la falsedad¹³⁵¹; por último, tampoco cabe tal declaración cuando en realidad ya se ha probado la comisión del delito porque concurre la inveracidad subjetiva respecto de las imputaciones calumniosas o injuriosas proferidas pero, sin embargo, su autor debe ser absuelto por resultar inimputable o porque la acción penal ya ha prescrito¹³⁵².

con independencia de que *a posteriori*, quepa aplicar la causa de justificación de ejercicio legítimo de un derecho”.

¹³⁵⁰ QUINTERO y MORALES, en cambio, exigen en la calumnia como elemento del tipo la falsedad objetiva del hecho criminal imputado, convirtiendo la *exceptio veritatis* en una defensa excluyente de la tipicidad que corresponde probar al acusado de calumnia. Tal defensa exige la prueba del hecho y de su imputación al agraviado (verdad históricamente aceptada), lo que plantea numerosos problemas prácticos cuando alcanza a cuestiones como si es o no típica la conducta en supuestos de inexactitud sobre la calificación jurídica del hecho imputado, o en la participación atribuida, o si es necesaria la constatación de que, al menos, existe imputación formal en un proceso jurisdiccional contra el agraviado. Cfr. QUINTERO OLIVARES, G. y MORALES PRATS, F., “Art. 205”, VVAA, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, (Dir. Quintero Olivares, G.; Coord. Valle Muñiz, J.M.), Aranzadi, Pamplona, 1996, págs. 1004-1005 y 1010-1011. La tipicidad se hace depender de un elemento objetivo (pues tal es la naturaleza atribuida por muchos autores a la *exceptio*) que consiste en un hecho futuro e incierto como es la prueba de la falsedad objetiva de los hechos imputados (que puede o no haber acaecido o hacerlo “causalmente” con posterioridad a la imputación, pero sin fundamento directo en el ejercicio del derecho a la información) y no en la prueba de la falta de veracidad en la actuación al tiempo de las imputaciones. La interpretación conforme a la lógica, el tenor literal y la coherencia sistemática entre tipo objetivo y subjetivo efectuada por estos autores es indiscutible, pero no basta para convencer definitivamente de los resultados a los que llega. Para ello, además de partir del uso común del lenguaje y del sentido común hay que efectuar una delimitación más precisa conforme a las exigencias materiales que derivan del hecho de que está en juego el núcleo más duro de los derechos fundamentales del ciudadano al honor y a la libertad de información *veraz*, por lo que el tipo penal no puede limitarse a tutelar el honor merecido ni a generalizar la tipicidad de la difusión de información *veraz* pero incorrecta (para después estimarla justificada).

¹³⁵¹ Además de que resulta un expediente, en cualquier caso, contrario a los derechos de ambas partes, tanto si es el agraviado tiene que aportarla —que además de haber sufrido la injuria tiene que probar su honorabilidad— como si lo hace el querellado —que le obligaría así a probar su inocencia demostrando los hechos imputados al otro, y no sólo su veracidad al imputarlos, invirtiéndose la carga de la prueba en el proceso penal—. *Vid.* al respecto, BORONAT TORMO, M., “Razones contra el entendimiento de la *exceptio veritatis* como mecanismo de tutela de la libertad de expresión”, *op. cit.*, págs. 1370 y ss.

¹³⁵² Admite expresamente la posibilidad de que unas imputaciones de hecho ciertas, pero inveraces, sean típicas, MUÑOZ LORENTE, J., “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *op. cit.*, págs. 182-184; *Id.*, MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, págs. 181 y ss.

Pero es que, al mismo tiempo, la opción por la declaración judicial acerca de la falsedad de los hechos imputados no sólo es una solución frecuentemente inviable sino, sobre todo, improcedente. El objeto sobre el que versa el delito de calumnias o injurias no es el merecimiento de la fama del querellante ofendido, sino la relevancia delictiva de quien pretendió negárselo y, a menos que el querellante y el querellado inviertan sus posiciones y quien es víctima tenga que pasar a demostrar su honorabilidad, el objeto del juicio debe seguir siendo la actuación lesiva del honor y su imputación a un sujeto, no el merecimiento de honor de la víctima. El proceso penal es el cauce que sirve para dirimir un conflicto entre dos “partes” que se enfrentan, ambas portadoras de intereses legítimos en abstracto, pero conflictivos en concreto: una, la acusación (privada, en este caso), que afirma la comisión de un delito y reclama la tutela del Estado, en este caso, la que dispensa la aplicación de la sanción penal frente a la infracción; otra, el acusado, de quien se afirma la comisión de un delito, y que reclama la tutela frente a un castigo arbitrario, esto es, que se respeten sus derechos fundamentales. La jurisdicción penal, según se deduce del artículo 3 Ley de Enjuiciamiento Criminal, se extiende a resolver cualesquiera otras cuestiones civiles o administrativas “para sólo el efecto de la represión”. No es cometido de los jueces penales declarar la verdad o falsedad de los hechos imputados si tal cuestión no aparece tan íntimamente ligada al hecho punible que sea racionalmente imposible su separación para el sólo efecto de la represión, como impone el citado artículo 3 LECrim¹³⁵³.

Para quienes entendemos que el fundamento de la condena por calumnias o injurias radica, en última instancia, en la inveracidad subjetiva del informador que lesiona el honor ajeno imputando hechos que atentan a su fama o autoestima y no en

¹³⁵³ El artículo citado se refiere a las cuestiones prejudiciales, pero la declaración del legislador sobre el objeto de la jurisdicción penal es genérica. Esta aseveración de la Lecrim tiene cuenta con una considerable tradición en el ámbito jurídico procesal penal y no sólo español. Así, por ejemplo, Carnelutti señala que “en el proceso penal el agraviado tiene una pretensión, pero no es una parte en el sentido de hacer valer, por sí, el proceso para imponer la pena. A diferencia del proceso civil no se trata de la composición de una *litis*, sino que la función del proceso es la verificación de la pretensión penal —aun cuando esa pretensión no encuentre resistencia—”. CARNELUTTI, F., *Instituciones del Proceso Civil*, Tomo I, 4ª ed., Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1989, pág. 56.

la falsedad objetiva de tales hechos¹³⁵⁴ —dejando a salvo la exclusión de la pena derivada de la eventual alegación de la *exceptio veritatis* en donde, claro está, ciertos hechos imputados inverazmente (contra funcionarios, por hechos concernientes al ejercicio del cargo, constitutivos de delito, falta o infracción administrativa) son objeto de verificación para que se garantice el libre flujo de cierto ámbito de información relevante veraz—¹³⁵⁵ esta prueba de la falsedad de los hechos no es pertinente.

Mas como ocurre que quien entabla una demanda en defensa de su honor precisamente necesita y busca demostrar públicamente la falsedad de las acusaciones vertidas contra él, reclamando a tal fin una declaración oficial y solemne que le avale y, para ello, el procedimiento civil declarativo ordinario es, sin duda, la vía adecuada

¹³⁵⁴ La exclusión de la condena penal por faltar la llamada inveracidad subjetiva la admiten incluso quienes exigen, además, como elemento objetivo del tipo que las imputaciones de hechos deshonorosos sean objetivamente falsas, pues es sabido que la Constitución protege la información veraz y el TC ha dejado claro, desde el principio, que la veracidad no puede identificarse con la verdad absoluta. Para quienes, en cambio, entendemos que el tipo penal no exige tal elemento de falsedad objetiva, el referido elemento subjetivo de inveracidad es suficiente para fundamentar la tipicidad de las imputaciones de hechos lesivas al honor. A la primera opinión se adscriben, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., *Honor y libertad de expresión*, *op. cit.*, pág. 81; MORALES PRATS, F., “Adecuación social y tutela penal del honor: perspectiva despenalizadora”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 36, 1988, págs. 663 y ss; CARMONA SALGADO, C., *Libertad de expresión e información y sus límites*, Edersa, Madrid, 1991, págs. 185-190; JAÉN VALLEJO, M., *Libertad de expresión y delitos contra el honor*, Colex, Madrid, 1992, págs. 234 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C., “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal”, *op. cit.*, págs. 127-128; QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de expresión y honor en el Código Penal de 1995”, *op. cit.*, págs. 166-167; MOLINA FERNÁNDEZ, F., “Delitos contra el honor”, *op. cit.*, págs. 274 y ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, *op. cit.*, pág. 96-97; BOIX REIG, J., “La difamación en la prensa”, *op. cit.*, pág. 7327; a la segunda opinión, que estimo más correcta, VIVES ANTÓN, T. S., en VIVES ANTÓN, T.S. *et al.*, *Derecho Penal. Parte Especial*, *op. cit.*, pág. 309; BORONAT TORMO, M., “Razones contra el entendimiento de la *exceptio veritatis* como mecanismo de tutela de la libertad de expresión”, *op. cit.*, *passim*; MUÑOZ LORENTE, J., “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *op. cit.*, *passim*; *Id.*, *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, págs. 181 y ss.

¹³⁵⁵ Para los autores que entienden justificadas las injerencias en el honor que traigan causa en imputaciones objetivamente ciertas de hechos deshonorosos pero con relevancia pública, la verdad o falsedad de los mismos también debe ser declarada por el juez cuando analiza la exención de pena por el ejercicio legítimo de la libertad de información. Así, MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995*, *op. cit.*, pág. 368. Estimamos que, en este caso, si concurre el requisito de la veracidad no cabe justificación sino atipicidad (sea o no relevante públicamente la información) y, si la información es subjetivamente inveraz no puede justificarse en el ejercicio legítimo del derecho de información y, por tanto, tampoco procede debatir en el proceso penal acerca de tal verdad o falsedad objetiva de los hechos imputados.

donde, además, es posible obtener una reparación civil por las referidas falsas imputaciones de hechos¹³⁵⁶.

Se podrá objetar, y con razón, que en el pleito civil el condenado no recibe el justo castigo al que, en ciertas ocasiones, se ha hecho acreedor cuando su conducta es constitutiva de delito o próxima a serlo y es que, en nuestro ordenamiento jurídico, se desconoce una solución jurídica intermedia entre la condena penal y la simple indemnización civil compensatoria por daños y perjuicios a la víctima en la que no se tiene en cuenta el desvalor real de ciertas conductas lesivas.

El problema empeora cuando, como ocurrió en la polémica STC 21/2000¹³⁵⁷, el agresor al honor —agresión que no se discute y hasta se afirma en la sentencia penal— ha sido indebidamente absuelto —porque en puridad no se ha dado cumplimiento al deber de diligencia que sirve de canon objetivo para medir la concurrencia del temerario desprecio hacia la verdad— porque entonces el ciudadano acude infructuosamente al Tribunal Constitucional solicitando el amparo de su derecho al honor frente a dicha resolución y éste le responderá que no puede anular una sentencia absolutoria y que nada puede hacer salvo otorgar el llamado *amparo declarativo* (previsto en el art. 55.1.b) LOTC). Este mecanismo permite que el particular obtenga finalmente, si bien no la anhelada declaración de que los hechos imputados eran falsos —extremo sobre el que no puede entrar el TC—, sí al menos que se haga constar que su derecho ha sido vulnerado puesto que su agresor no actuaba legítimamente sino inverazmente pese a lo declarado por los tribunales

¹³⁵⁶ Así, *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F. “La Constitución, el honor y unos abrigos”, *op. cit.*, págs. 1 y ss.; SALVADOR CODERCH, P., *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993. Sobre reclamación civil por delitos contra el honor, *vid.* BOIX REIG, J., “La responsabilidad civil derivada del delito por lesiones del derecho al honor”, *Estudios Penales y Criminológicos*, T. VII, Santiago de Compostela, 1984, págs. 127 y ss.

Las falsas afirmaciones de hechos carecen de valor constitucional según ha afirmado nuestro TC (entre otras, SSTC 11/1981, FJ° 7; 6/1988, FJ° 5, siguiendo la doctrina sentada por el TSFA desde *Gerzt vs. Robert Welch, Inc.* 418 U.S. 323, (1974)) y si lesionan el honor ajeno han de reputarse contrarias a derecho (no necesariamente penal) y, en consecuencia, generar la obligación de reparar el perjuicio causado.

penales ordinarios. De esta manera, el Tribunal Constitucional declara, sin perjuicio de mantener la firmeza de la absolución penal, que el derecho fundamental al honor fue indebidamente lesionado y no sólo por el particular —en este supuesto, porque cuando lesionó el honor no ejercía legítimamente la libertad de información—, sino por el Estado, pues la jurisdicción penal ordinaria no lo tuteló debidamente al absolver cuando no debía.

Frente a esta decisión, el magistrado Vives Antón argumentó en el mencionado voto particular discrepante que el recurso debía inadmitirse por prematuro: la indebida desprotección del honor operada por los tribunales penales ordinarios si absolvieron cuando no debían hacerlo pese a que constituyera, en efecto, una lesión del derecho al honor, no agotaba la vía judicial previa exigida para solicitar el amparo constitucional, pudiendo todavía repararse la lesión en la vía judicial civil ordinaria. El fundamento de tal opinión es que la pretensión punitiva que se ventila en el proceso penal no pertenece al contenido de los derechos fundamentales sustantivos y, por ello, el proceso penal no puede ser considerado vía previa de amparo.

No parece discutible que la tutela penal del honor consiste, exclusivamente, en la condena a quien quebrante las normas que tipifican ciertas conductas atentatorias a dicho derecho de forma típica, antijurídica, culpable y punible. A ello no puede oponerse el hecho de que corresponda promover la acción penal exclusivamente al particular — puesto que precisamente corresponde al titular del derecho al honor— porque la legitimación privada para impulsar la acción penal no convierte en privada a la acción que se patrocina. El acusador (público o privado) en el proceso penal no reclama un derecho propio sino la afirmación del ordenamiento jurídico, que en el ámbito penal conlleva la imposición de las consecuencias jurídicas del delito¹³⁵⁸. La

¹³⁵⁷ La STC 21/2000 se dictó en la Sala Segunda del TC y su ponente fue el magistrado Viver i Pi-Sunyer, firmando un voto particular discrepante el magistrado Vives Antón.

¹³⁵⁸ GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, op. cit., pág. 113.

acción penal es pública aun cuando la sostenga un particular, quien se limita a pedir en el proceso la condena que legalmente corresponda a la infracción cometida —y, en su caso, la correspondiente responsabilidad civil si la ejercita conjuntamente—; pero esa tutela que la vía penal proporciona al honor no puede entenderse de forma invertida o al revés, esto es, como expresión de la existencia de un “derecho” a la pena que, de no imponerse, vulnera el derecho al honor¹³⁵⁹. Si es una potestad pública la que el particular ejercita en el proceso (la de penar) y, como se sabe, las potestades públicas no son susceptibles de ser amparadas, habrá que concluir necesariamente —conforme al sentido del voto particular del magistrado Vives Antón— que tampoco en ese caso cabe solicitar el amparo constitucional por la sola constancia de una indebida absolución en la vía penal. Esta última afirmación no se ha consolidado como mayoritaria, pese a que existe una tácita asunción de alguno de sus planteamientos incluso por quienes se manifiestan a favor de permitir el acceso al amparo desde el proceso penal, directamente, por entender que en éste se pueden vulnerar derechos sustantivos¹³⁶⁰.

Desde luego, mal puede el Tribunal Constitucional declarar vulnerado el derecho al honor del particular cuando es posible entablar, todavía, acciones

¹³⁵⁹ El argumento ya había sido empleado anteriormente en la STC 41/1997.

¹³⁶⁰ Así, por ejemplo, cuando en la STC 175/2001, de 26 de julio, el pleno del Tribunal Constitucional otorga el amparo por primera vez a una persona jurídico-pública por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la jurisdicción, es el propio magistrado Viver i Pi-Sunyer quien firma un voto particular para discrepar de esta decisión porque sostiene que las potestades públicas que sostienen los Entes públicos no pueden tutelarse mediante el amparo. En efecto, este magistrado niega, con razón, que el derecho de acceso a la jurisdicción, que es un derecho de configuración legal, alcance una eficacia distinta cuando actúa frente al legislador o frente a los Jueces y Tribunales, de manera que del derecho a la tutela judicial efectiva no cabe deducir la exigencia al legislador de la previsión de una vía jurisdiccional que permita acudir a los tribunales en defensa de las pretensiones que se sustenten. La legitimación procesal de los Entes públicos es limitada y, desde luego, no cabe defender que éstos sean titulares del derecho a la tutela judicial efectiva para defender sus potestades y los actos realizados en el ejercicio de las mismas —según afirma el Magistrado— ni que puedan, en consecuencia, reclamarlo por la vía del amparo constitucional.

Si ello es así, no parece que pueda reconocerse tampoco respecto de los particulares la existencia de un derecho al amparo respecto de pretensiones sostenidas mediante potestades públicas la condena —un derecho de acción penal— como parte del derecho al honor —un derecho sustantivo— que pueda invocarse como base para solicitar un amparo constitucional.

judiciales en defensa del mismo y cuyas respuestas, lógicamente, deben preceder en el tiempo a la de aquel órgano. El titular del honor no se ha visto definitivamente privado de la debida tutela judicial ordinaria a su derecho —requisito previo al amparo constitucional— aun cuando no se haya condenado a su agresor; distinto sería el caso en que la demanda de amparo se fundara en una indebida “absolución” o delegación de tutela en la vía civil frente a una efectiva intromisión ilegítima pues, en ese caso, surge automáticamente el derecho del titular a la reparación y su negación por parte de los jueces civiles vulneraría su derecho a la tutela judicial efectiva de su honor.

Creo que la decisión adoptada en la STC 21/2000 al otorgar el amparo declarativo es desacertada y que no constituye el objeto de esta jurisdicción frente a la alegación de una vulneración del derecho al honor entrar a analizar y declarar si una sentencia penal erróneamente absuelve por calumnias o injurias porque se aprecia indebidamente una causa de justificación. Si los jueces penales no declararon la indebida lesión al honor, ésta todavía podía y debía haber sido reparada por los jueces y tribunales ordinarios y resultaba, en consecuencia, prematura la interposición del amparo. En cualquier caso, a la vista de la discrepancia de opiniones en el seno del Tribunal Constitucional, la incertidumbre sobre el resultado final del recurso de amparo al honor frente a la indebida absolución penal sirve de apoyo adicional a la afirmación de que, incluso desde la perspectiva del titular del derecho vulnerado, la tutela civil del honor presenta más ventajas —fundamentalmente seguridad jurídica— que la penal.

Voy a referirme, por último, a otros “obstáculos” que tradicionalmente ha presentado al particular ofendido la vía penal de tutela del honor, que la vía civil no exhibe y que desde 1995 todavía se han agudizado más. El primero se refiere a la relevancia penal de las informaciones injuriosas de hechos íntimos y la segunda a la interpretación del elemento típico de la veracidad. Pocas veces se han podido ofrecer tantas y tan contrarias interpretaciones de unos mismos preceptos como en el caso de

las calumnias y las injurias y, en este punto, las pruebas son muy evidentes¹³⁶¹. En realidad ambas cuestiones presentan problemas interpretativos frecuentemente conectados según se interprete su contenido y la naturaleza jurídica que cabe atribuir al mismo. Según dispone el art. 208 sólo serán constitutivas de delito las injurias graves y las que consistan en imputaciones de hechos sólo si se realizan inverazmente (con conocimiento de la falsedad o temerario desprecio hacia la verdad). La veracidad subjetiva del informador que lesiona el honor de otra persona hace atípica la conducta y el legislador no discrimina su respuesta en atención a la relevancia pública o no de los hechos deshonrosos imputados. Este canon de relevancia pública opera como límite externo del derecho a la libertad de información pero, exclusivamente, en su “colisión” o delimitación con la tutela del derecho a la intimidad¹³⁶². Puesto que he defendido que la libertad de información veraz debe tener relevancia fundamentalmente ya en sede de tipicidad —pues así

¹³⁶¹ Aunque hemos aludido ya a algunas cuestiones, la disparidad de problemas y soluciones dogmáticas a los mismos que cabe hallar en la doctrina frente a unos mismos supuestos de hecho puede calificarse, sin temor a exageraciones, como insólita. Parece como si la redacción ofrecida por el legislador tuviera como cometido servir de banco de pruebas a todas y cada una de las categorías imaginables: problemas de subsunción típica (autoría, participación, formas imperfectas, elementos objetivos, subjetivos) de justificación (relevancia del ejercicio total o parcial de otros derechos), de exculpación (*exceptio veritatis*, error, eximente incompleta); a ello debe añadirse que no existe nada parecido al consenso sobre el concepto y función asignado en el delito a cada una de ellas pero lo más curioso es que, a excepción de unos pocos casos, y pese a la diversidad de argumentos, la solución jurídica final suele compartirse.

¹³⁶² En contra, sin embargo, se declaran algunos autores al entender que como la libertad de información constitucionalmente protegida se refiere, exclusivamente a la información veraz y de relevancia pública —pues, desde una perspectiva funcional del derecho que no compartimos, sólo esa clase de información cumple el cometido de contribuir a la formación de la opinión pública—, sólo tiene virtualidad *justificante* frente al honor el ejercicio que cumpla ambos requisitos. Así, entre otros, MUÑOZ LORENTE, J., “La libertad de información como justificación de las lesiones al honor”, *op. cit.*, págs. 171-190. Veracidad y relevancia son, en efecto, los dos límites impuestos comúnmente al derecho a la información en el sistema constitucional derivados de la propia relevancia del honor y la intimidad, pero cuando nos encontramos, como aquí sucede, interpretando una norma penal que tutela directamente el honor, hemos de dotar a cada uno de los derechos en juego el máximo contenido posible, y ello impide restringir la libertad de información más allá de lo que su propio límite interno y el derecho al honor (y no la tutela de la intimidad) exigen. La intimidad recibe tutela indirecta a través del honor, pero con carácter subsidiario, es decir, que los tipos penales tutelan más y, a la vez menos, que lo que la intimidad exige —más, porque determinadas conductas públicamente relevantes pero inverazmente difundidas e injuriosas son castigadas y, menos, porque determinadas parcelas de intimidad quedan al margen de la pena si son verazmente comunicadas—. La relevancia pública y algunos otros límites legítimos pueden jugar su papel en otro momento elementos como necesarios

parece desprenderse de la doctrina del propio TC sobre los límites a la intervención penal sobre el derecho a la información y la necesidad de proscribir al máximo el efecto de desaliento—, esa libertad no puede alegarse legítimamente —pero tampoco desconocerse—, ni más ni menos que cuando concurra veracidad, que es el único elemento definitorio de la libertad de información constitucionalmente garantizada (art. 20.1.d CE). No obstante, cuando alguien pretende alegar que se ha lesionado su derecho a informar porque se le condena pese a que ha lesionado el honor “con veracidad” el Tribunal Constitucional, desde la perspectiva de que el ordenamiento jurídico es un conjunto de normas coherente, no puede controlar la decisión judicial desde la sola consideración alegada declarando que su conducta era, en efecto lícita, y ampararle en su derecho, pues con ello consolidaría una infracción a otro derecho (en este caso la intimidad).

A la vista de lo argumentado cabe concluir que tales imputaciones veraces deshonorosas son atípicas penalmente pero no irrelevantes jurídicamente, debiendo articularse su tutela por la vía civil como intromisión ilegítima en la intimidad o el honor conforme a la L.O. 1/1982 de 5 de mayo¹³⁶³. El proyecto de Código Penal de

para enervar lesiones a la intimidad o a otros intereses, pero no se pueden tomar en consideración para fundamentar —por su ausencia— una condena penal por lesión al honor.

¹³⁶³ Esta opinión no es, en absoluto, pacífica. La doctrina mayoritariamente —a excepción de VIVES ANTÓN— ofrece otras soluciones dependiendo de la distinta relevancia que se haya dado a la libertad de información y a la veracidad objetiva y subjetiva en los delitos y falta contra el honor: causa de justificación, de exclusión de la tipicidad, exclusión de la pena, etc.; *vid.* una exhaustiva exposición crítica del panorama doctrinal acerca de la cuestión por MUÑOZ LORENTE, J., *Libertad de información y derecho al honor en el Código Penal de 1995, op. cit.*, págs 217-320. En opinión de este autor, la tutela penal del honor en esos casos opera a través de la falta de injurias leves del art. 620.2° CP (*ibid.*, págs. 436-442). Ningún obstáculo cabe oponer a dicha interpretación desde el punto de vista gramatical pero, en cambio, entiendo que una interpretación constitucionalmente adecuada del bien jurídico protegido impide recurrir a dicho expediente por resultar contrario al principio de proporcionalidad en sentido amplio, dada la naturaleza penal de la limitación penal al ejercicio de la libertad de información.

Para OTERO, en cambio, la subsunción en la falta exige que los hechos sean, en todo caso, verdaderos, deshonorosos y que con tal ánimo de difamar se imputen, pues de lo contrario se desvirtúa la aplicación del precepto convirtiéndolo en un mecanismo de tutela indirecta de la intimidad. Aunque el planteamiento inicial de esta autora en relación al contenido del honor tutelado sea distinto al que aquí mantenemos, estamos de acuerdo en la conclusión de que la falta del art. 620. 2° CP no puede extenderse a todos los supuestos en que el objeto de la lesión (que no debe confundirse con el objeto de protección) sea básicamente la intimidad. *Cfr.* OTERO GONZÁLEZ, P., “La *exceptio veritatis* y la falsedad objetiva en los delitos contra el honor”, *op. cit.*, pág. 26.

1992, en cambio, tipificaba como delictiva la difamación, esto es, la difusión de hechos difamatorios relativos a la intimidad, extendiendo la protección penal a la intimidad incluso frente a hechos no sólo verdaderos, sino veraces. Ello fue duramente criticado porque no se compadecía ni con el respeto al contenido del derecho constitucional a la información veraz, ni con el carácter subsidiario del Derecho Penal. Aun entre autores como GÓMEZ BENÍTEZ, declarado partidario de replantear e incluso ampliar la tutela penal de la intimidad, la propuesta era excesiva¹³⁶⁴. Lo cierto es que en nuestro ordenamiento se echa de menos una adecuada protección de la intimidad¹³⁶⁵ y el honor que podría venir de la mano de instrumentos similares —aunque desconocidos en nuestra tradición— a las llamadas acciones civiles punitivas (“actual” o “compensatory damage”) que, como he dicho anteriormente, representan un *tertium genus* entre la acción penal y la civil. Estas acciones son características, sobre todo, en el derecho civil anglosajón, y mediante su estimación se condena al demandado al pago de la llamada indemnización punitiva o ejemplarizante (“punitive” o “exemplary damage”). Esta indemnización —que lo es porque se concede a favor del demandante— se impone exclusivamente en supuestos de daño ocasionado mediante una conducta especialmente disvaliosa (conurrencia de malicia o negligencia grave, violencia, intimidación o fraude) y, al margen de su cuantía¹³⁶⁶, tiene connotaciones parecidas a una multa en tanto que se impone como un castigo y, además, con una cierta carga de amonestación pública ejemplarizante. Se impone en escasas ocasiones pero suele citarse como ejemplo, precisamente, el caso de las falsas imputaciones injuriosas o calumniosas realizadas con conocimiento de su falsedad. Nuestra legislación sólo prevé algunas particularidades en el cálculo

¹³⁶⁴ Cfr. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La protección penal del derecho a la intimidad”, *op. cit.*, pág. 323.

¹³⁶⁵ Sobre la configuración de la intimidad como bien jurídico, *vid.*, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La protección penal del derecho a la intimidad”, *op. cit.*, págs. 319-325; LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La intimidad como bien jurídico”, Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial), *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 2, 1996, págs. 285-310 y bibliografía allí citada.

¹³⁶⁶ En algunas ocasiones consiste en una cifra simbólica (“nominal damage”) precisamente para poner de relieve que aun cuando no haya ocasionado en el caso concreto un perjuicio material grave a la víctima, la conducta está jurídicamente particularmente desvalorada.

de la indemnización compensatoria en intromisiones al honor, la intimidad y la imagen consistentes, por un lado, en presumir la existencia de perjuicio siempre que exista intromisión ilegítima teniendo en cuenta para su valoración el daño moral y el beneficio obtenido por el causante.

En cuanto a la falta de veracidad creo que se trata de un elemento subjetivo impuesto al legislador y, de él al juez, por el propio contenido constitucional del derecho a la libertad de información veraz¹³⁶⁷; pero lo que interesa destacar es que el estándar requerido para valorar su concurrencia no tiene por que ser necesariamente el mismo en el ámbito civil y penal pues, en definitiva, el legislador puede articular una solución u otra al ámbito de concurrencia de ambos derechos (honor y libertad de información) según el supuesto de que se trate y la limitación a la libertad de información resultar justificada en un caso, aunque no en otro. Parece obvio que para la imposición de una condena penal se exija un estándar más estricto y, por tanto, más permisivo con la libertad de información que en el civil, conforme al cual la intromisión en el honor sólo será legítima conforme a un más alto grado de veracidad (la máxima diligencia en la comprobación correspondiente al ejercicio legítimo del derecho). Ello cabe deducirlo no solo ni fundamentalmente de la comparación entre la jurisprudencia civil y penal al respecto, sino de la jurisprudencia constitucional al controlar la interpretación y aplicación judicial de condenas penales y las declaraciones de intromisión ilegítima en el orden civil que tutelan el honor conforme al art. 20 CE.

¹³⁶⁷ Sobre la interpretación de la ley penal constitucionalmente adecuada resulta paradigmática la STC 297/2000, FJ° 3: “(...) a este Tribunal le compete verificar si los órganos judiciales han hecho una delimitación constitucionalmente adecuada de los derechos fundamentales en conflicto, lo que sólo puede llevarse a cabo comprobando si las restricciones impuestas por los órganos judiciales a cualquiera de los derechos fundamentales están constitucionalmente justificadas (SSTC 200/1998, de 14 de octubre, FJ 4; 136/1999, de 20 de julio, FJ 13; 110/2000, de 5 de mayo, FJ 3 y 112/2000, de 5 de mayo, FJ 5).” Y más adelante, en el FJ° 7 afirma: “(...) cuando la jurisdicción penal, que debe administrar el *ius puniendi* del Estado, lo ejercita, ha de hacerlo teniendo en cuenta que la aplicación del tipo penal no debe resultar desproporcionada ni desalentadora del ejercicio de las libertades de expresión e información (...). Así pues, allá donde la información o la opinión controvertidas penalmente resultan ser veraces la una o no formalmente injuriosa la otra, no cabe la sanción penal (...).”

El canon de veracidad empleado por el TC para otorgar el amparo a quien por haber sido condenado penalmente por lesionar el honor de un tercero alega vulneración del derecho a la información veraz, no puede ser una mera reproducción ni control del elemento típico requerido por la jurisdicción penal para excluir la tipicidad de la conducta. Un derecho que se ejerce en los márgenes de su contenido constitucional no puede ser, como es obvio, prohibido legalmente; sin embargo no pocos supuestos de extralimitación e incluso "ejercicio abusivo" quedan al margen del ámbito penalmente sancionable y, en cambio, pueden motivar una reparación civil. El objeto del amparo no es el control de la concurrencia de elementos típicos penales y, por tanto, el canon empleado para medir la veracidad que fundamenta un amparo en el derecho a la libertad de información es y debe ser distinto al que emplea la jurisdicción ordinaria para exonerar de responsabilidad penal por faltar "el conocimiento de la falsedad o el temerario desprecio hacia la verdad" en la conducta¹³⁶⁸. Si ello es así, la lesión al honor puede resultar atípica en la vía penal¹³⁶⁹ aunque, en cambio, sea civilmente condenable por intromisión ilegítima en el honor o la intimidad —salvo que pueda ser justificada por ejercicio legítimo del derecho a la información veraz empleando el canon constitucional de veracidad antedicho—.

¹³⁶⁸ Así, la STC 21/2000, FJº 8 señala que el deber de diligencia "debe exigirse en su "máxima intensidad", ya que la noticia que se divulga, al imputar la comisión de un delito, no sólo puede suponer un descrédito en la consideración de la persona a la que se refiere, sino que, además, incide en su derecho a la presunción de inocencia."; más adelante se precisa que "el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber".

¹³⁶⁹ La veracidad es un elemento subjetivo pero cuya apreciación no descansa en apreciaciones a su vez subjetivas, pues con ello se daría la razón a quienes irónicamente afirman que se trataría "de una modalidad delictiva dirigida únicamente a los incautos o a los erróneamente asesorados, porque bastaría, y tiempo hay para ello durante el procedimiento, con manifestar creencia en la veracidad de la imputación" (ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, op. cit., pág. 98.). La veracidad se refiere a la existencia de una convicción fundada racionalmente (no sólo intuitiva y sin contrastación), de tal modo que quien imputa a otro un delito o hecho lesivo de su honor ha de poder explicar racionalmente su convicción sobre la veracidad. Su determinación es circunstancial —similar al juicio sobre la inevitabilidad del error sobre los hechos o la ilicitud de la conducta—. Sobre la cuestión, *vid.* ampliamente, PÉREZ DEL VALLE, C., "El nuevo delito de calumnias. Observaciones entre el tipo del delito y el tipo de la tipicidad", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. I, 1998, págs. 261-263.

Los dos problemas apuntados a la tutela penal del honor derivan de las exigencias dimanantes de la propia jurisdicción penal que hacen que la subsunción típica de los hechos no pueda desconocer los principios de legalidad ni de proporcionalidad, es decir, el contenido constitucional protegido de los derechos a la libertad de expresión e información, la estricta habilitación legal para restringirlos y la proporcionalidad de la sanción. La proyección de estas exigencias al ámbito civil arroja un resultado mucho más favorable a las pretensiones de tutela del honor sin menoscabo del respeto a los derechos fundamentales del art. 20.1CE.

3. Proporcionalidad en sentido estricto

La proporcionalidad de la sanción exige una evaluación global de costes y beneficios, no sólo explícitos o reconocidos (tutela, seguridad, coste económico) sino también implícitos. Al respecto, señala LASCURAÍN, “el carácter coactivo de la norma no se circunscribe al de la sanción, sino que incluye también el de la propia limitación de la autonomía que el propio precepto supone”¹³⁷⁰. Surge, entonces, la necesidad de ponderar el recurso a la sanción incluso respecto del espacio colateral de los derechos para eludir que se desaliente su legítimo ejercicio¹³⁷¹.

Corresponde observar dicho juicio de proporcionalidad tanto a legislador como al juez que aplica una disposición en la que se limita algún derecho fundamental, pero dicho juicio no versa sobre idénticos “objetos”¹³⁷². Frente a la conminación

¹³⁷⁰ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, págs. 167-168.

¹³⁷¹ Véase el apartado segundo de este Capítulo referente a la adecuación de la tutela penal frente al ejercicio de los derechos de expresión desde la perspectiva de las exigencias de medición de la proporcionalidad a que estamos atendiendo. En la doctrina, especialmente, PÉREZ MANZANO, M., *Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena*, *op. cit.*, págs. 173 y ss.

¹³⁷² En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “La idea moderna de la proporcionalidad de las penas”, *op. cit.*, pág. 309. Sobre la vinculación del legislador al principio de proporcionalidad en la tipificación de conductas vinculadas al ejercicio de la libertad de expresión *vid.*, CARBONELL MATEU,

penal al juez ordinario no le corresponde —a diferencia del legislador— efectuar ninguna suerte de juicio de proporcionalidad de la *ley* (ponderando el interés tutelado frente a la libertad limitada), pero si, desde luego, de la proporcionalidad de la concreta sanción que ha de imponer en relación con la gravedad de la conducta, pues toda restricción de derechos o libertades debe ser proporcionada¹³⁷³. Los cánones de proporcionalidad deben proyectarse en todas y cada una de las fases en que se divide el juicio de imputación de responsabilidad de los hechos probados a su autor, modulando desde la propia subsunción de los mismos a un tipo penal concreto, hasta la valoración de las eximentes y circunstancias modificativas de la responsabilidad y, por supuesto, la determinación concreta de la pena. Como es obvio, el control de proporcionalidad en uno y otro caso se somete a la valoración del Tribunal Constitucional. Así, la STC 85/1992 dice:

“En este punto es importante destacar que, al efectuar la ponderación debe tenerse también muy presente la relevancia que en la misma tiene el criterio de la proporcionalidad como principio inherente del Estado de Derecho cuya condición de canon de constitucionalidad, reconocida en Sentencias del más variado contenido (SSTC 62/1982, 35/1985, 65/1986, 160/1987, 6/1988, 19/1988, 209/1988, 37/1989, 113/1989, 138/1989, 178/1989 y 154/1990) tiene especial aplicación cuando se trata de proteger derechos fundamentales frente a limitaciones o constricciones, procedan éstas

J.C., “Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación del Derecho penal”, *op. cit.*, pág. 133.

¹³⁷³ La ponderación entre intereses protegidos y espacio de libertad prohibida ya se plasma en la decisión legislativa que contiene la norma que sanciona una conducta y cuyo control corresponde al juez constitucional. Por mandato constitucional sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, de manera que cuando el legislador lo hace y la dicta, todos los poderes públicos —también el juez— quedan a ella vinculados. No hay ulterior posibilidad de ponderar si la incidencia sobre la libertad de los ciudadanos prevista en la ley es, a juicio del juez, valorativamente la más correcta (óptima) —ni siquiera a juicio del juez constitucional—, sino sólo si el supuesto de hecho enjuiciado está legalmente previsto y su sanción es proporcionada al fin de tutela perseguido porque, de lo contrario, la condena sería injusta, constitucionalmente inadecuada. Si la estricta aplicación de la norma provoca una condena inevitablemente desproporcionada al hecho cometido el juez ordinario debe acudir a los instrumentos previstos en el artículo 4, apartados 3 y 4 del CP para resolver el conflicto que se le presenta entre este principio y el de legalidad).

de normas o resoluciones singulares, y así lo declara la STC 37/1989, ‘en la que se hace referencia a la reiterada doctrina según la cual la regla de la proporcionalidad de los sacrificios es de observancia obligada al proceder a la limitación de un derecho fundamental’, doctrina que nos conduce a negar legitimidad constitucional a las limitaciones o sanciones que incidan en el ejercicio de los derechos fundamentales de forma poco comprensible, de acuerdo con una ponderación razonada y proporcionada de los mismos y a exigir que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental, adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente a él, sea equilibradora de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos”.

Ahora bien, cuando se alude a la exigencia de proporcionalidad en sentido estricto es con referencia a la clásica proclamación contenida en el artículo 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano que dice “la Ley no debe señalar sino las penas estrictamente necesaria y proporcionales al delito” y que, aunque no se halle expresamente recogido en nuestro texto constitucional, el Tribunal no ha dudado en considerar como un principio informador de toda legislación sancionadora y, especialmente, de la penal¹³⁷⁴. Así, por ejemplo, en la STC 55/1996, FJº 8 el TC declara que un patente derroche inútil de coacción convierte la norma en arbitraria porque socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho¹³⁷⁵. De la misma forma, y aun referida a otro ámbito legislativo, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha ejercido una indudable labor de control de la proporcionalidad estricta

¹³⁷⁴ El principio de encuentra, en cambio, expresamente proclamado en el art. 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, firmada y proclamada por los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza: “La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción”.

¹³⁷⁵ En esta STC 55/1996, el TC analiza si es excesivamente rigurosa la sanción prevista al delito de rechazo del objeter al cumplimiento de la prestación social sustitutoria.

de las medidas administrativas o sancionadoras y en numerosas resoluciones viene declarando que

“no deben sobrepasar lo estrictamente necesario para alcanzar los objetivos perseguidos, y la sanción no debe ser tan desproporcionada con relación a la gravedad de la infracción que constituya un obstáculo a las libertades reconocidas por el Tratado (véase en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 1992, Comisión/Grecia, antes citada, apartado 20)”¹³⁷⁶

La proporcionalidad exige que el legislador, que es a quien corresponde fijar el marco abstracto de pena correspondiente a una conducta prohibida, efectúe un juicio ponderativo entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación. Ahora bien, como he señalado anteriormente al analizar la adecuación de la sanción penal, la proporcionalidad de la pena debe medirse con respecto a sus fines y en esto, escasamente cabe hallar un mínimo consenso en la doctrina: la pena no será justa ni proporcionada si sólo se impone con finalidad retributiva¹³⁷⁷. La medida de la proporcionalidad se establece con arreglo a la finalidad de tutela que la pena cumple. Y, puesto que como se ha dicho antes, la tutela es el objetivo del ordenamiento al tratar “de optimizar los márgenes individuales y sociales de libertad” genérica, es decir, de autonomía personal¹³⁷⁸, esa tutela que la pena presta estará garantizada si su previsión e imposición garantiza unos fines útiles, es decir, preventivos¹³⁷⁹.

¹³⁷⁶ STJCE Louloudakis de 12 julio 2001, párrafo 67. En el mismo sentido, ver también SSTJCE Buitoni de 20 febrero 1979, apdo. 16; Siesse de 26 octubre de 1995, apdo. 21; De Andrade de 7 diciembre de 2000, apdo. 20; Connolly de 6 marzo 2001, apdos. 20-22; Kvitsjøen de 11 diciembre 2001, apdos. 70-76.

¹³⁷⁷ Sobre las fuentes clásicas de justificación de la pena, *vid.*, ROXIN, C., en ROXIN, C., ARZT, G. y TIEDEMANN, K., *Introducción al Derecho penal y al Derecho procesal*, *op. cit.*, págs. 52-66.

¹³⁷⁸ LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, pág. 160.

¹³⁷⁹ No obstante hay autores que no reconocen autonomía alguna al principio como límite a la prevención general y especial, pero no su vigencia —algo indiscutible—; lo que afirman es que la propia idea de prevención bien entendida y empleada requiere la proporcionalidad. Así, expresamente, LUZÓN PEÑA, D.M., *Medición de la pena y substitutivos penales*, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense, Madrid, 1979, págs. 24-25 y 43-44.

Ello plantea inmediatamente dos interrogantes que no han pasado inadvertidos por la doctrina: con arreglo a qué criterio se realiza esa ponderación de proporcionalidad¹³⁸⁰ y, en su caso, si existe alguna instancia de control sobre la misma que haga de este postulado algo más que un compromiso¹³⁸¹. Esta última cuestión, que en nuestro modelo de Estado Constitucional se resuelve por la vía de atribuir la aludida función de control a la competencia del Tribunal Constitucional comporta, a su vez, otro dilema, cual es el de delimitar adecuadamente el alcance de la naturaleza y límites de la jurisdicción constitucional sobre la potestad legislativa para evitar que un “juicio prudente” se convierta, en cambio, en un “juicio invasivo”¹³⁸² de la exclusiva potestad del legislador “para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo” (STC 55/1996, FJº 6).

A la primera cuestión el Tribunal Constitucional nos ha respondido al indicar que la ponderación entre carga coactiva de la pena y fin perseguido debe efectuarse siempre “desde la perspectiva del derecho fundamental y del bien jurídico que ha venido a limitar su ejercicio” (STC 62/1982, FJº 5). Ello puede traducirse afirmando que en abstracto es la necesidad de tutela la que marca la justificación y gravedad de

¹³⁸⁰ Así, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, pág. 159.

¹³⁸¹ De hecho se ha llegado a afirmar que la ponderación de intereses inherente al principio de proporcionalidad en sentido estricto es, por naturaleza, difícilmente controlable jurídicamente, por lo que dicha tarea debería confiarse por entero al proceso político. Así, cuando LARENZ distingue entre “principios con forma de preceptos” y “principios abiertos”, la proporcionalidad estricta la sitúa entre estos últimos, mientras que los principios de adecuación y necesidad pueden encuadrarse entre los primeros. *Vid.* LARENZ, K., *Metodología de la Ciencia del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 460-463.

¹³⁸² Expresiones utilizadas por LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, pág. 180. sobre la tensión existente entre el legislador y juez constitucional derivada del carácter abierto del principio, *vid.*, MEDINA GUERRERO, M., “El principio de proporcionalidad y el legislador de los derechos fundamentales”, *Cuadernos de Derecho público*, núm. 5, 1998, págs. 128-135.

la pena¹³⁸³. Ahora bien, puede ocurrir que, en concreto, y desde esa misma perspectiva de la tutela, no se precise de una pena tan grave como la que abstracta e inicialmente permite imponerse *atendida fundamentalmente la gravedad del delito*¹³⁸⁴, contribuyendo en ese caso el criterio de utilidad a modular, por así decirlo, a la baja, la determinación de la pena necesaria¹³⁸⁵. Y es que la utilidad preventiva de la pena juega un papel importante en la legitimación de su imposición, cual es el de

¹³⁸³ Para RAWLS al orden de las ofensas según su gravedad, ha de corresponder el orden de las penas, según su severidad. RAWLS, J., "Dos conceptos de reglas", *Teorías sobre la Ética* (ed. Foot, P., trad. Arbolí, M.), Fondo de Cultura Económica, México, 1974, págs. 212 y ss.

GÓMEZ BENÍTEZ, en cambio, nos advierte de que el principal obstáculo para hallar la pretendida racionalidad del sistema de penas es su anclaje en la teoría liberal del bien jurídico a la que la doctrina se remite indefectiblemente con la apelación a la "gravedad del hecho cometido". La proporcionalidad entre pena y hecho debe medirse, en cambio, según este autor, contemplando al hecho desde la idea de perjuicio social de la conducta. *Vid.* GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena", *op. cit.*, págs. 50-54. Sin embargo, tampoco está claro por qué la idea de daño o perjuicio social como objeto de referencia de la proporcionalidad va a definir, mejor que el de contenido de injusto antes propuesto, a la pena justa. El recurso a las necesidades preventivo generales de las que se nutre el concepto de dañosidad social puede ofrecer un resultado tan bueno como deplorable si, al final, como parece, las necesidades se tienen que seguir limitando en términos valorativos (utilitarios, si se prefiere) para no vulnerar el principio de ultima ratio y garantizar debidamente la libertad de los individuos que integran ese sistema. La antinomia denunciada parece difícil de superar si no se construye de forma alternativa el propio edificio sistemático en el que encajan deficientemente algunas piezas (principios constitucionales como límite del *ius puniendi*).

¹³⁸⁴ Tampoco pueden compartir las concepciones funcionalistas preventivas semejante planteamiento, como tampoco la incidencia del principio de culpabilidad en este juicio de proporcionalidad (ni en nada). En cuanto a lo primero, parece insostenible hoy en día negar que los principios distributivos que latén en las principales teorías de la justicia en nuestra órbita cultural occidental tengan vigencia en el Derecho penal (*Vid.*, RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, Fondo de Cultura Económica, México, 1985; BARRY, B., *La justicia como imparcialidad*, *op. cit.*). Siendo así, la distribución de los bienes a través del reconocimiento de iguales derechos a todos los ciudadanos sirve de base sólida para exigir que sea su tutela jurídica el fundamento justificante de una restricción de las libertades. Es decir, que la gravedad del hecho definida como grado de lesión o puesta en peligro del bien jurídico determine la de la sanción. En cuanto al principio de culpabilidad, no podemos abordar una crítica de los argumentos esgrimidos en su contra, pues obedecen a posiciones de partida filosóficas, sistemáticas y metodológicas alternativas que merecen un adecuado tratamiento global imposible de afectar aquí. Lo que sí cabe es justificar que desde una concepción del Derecho penal como la que hemos defendido a lo largo del trabajo se opte por su mantenimiento y toma en consideración, entre otros, como criterio delimitador del tipo de comportamientos que pueden ser sometidos a punición.

¹³⁸⁵ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, pág. 89. Quienes fundamentan la teoría de la pena al margen de todo componente retributivo y con exclusiva atención a las finalidades preventivo generales (intimidación, educación), la pena justa sigue siendo una idea irrenunciable. En este sentido, expresamente, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena", *op. cit.*, pág. 42.

proporcionar un límite negativo de la condición de proporcionalidad: no hay proporcionalidad si no hay posibilidad de prevención porque entonces la pena es inútil; pero con ello no hemos fundamentado definitivamente cuándo sí la hay, es decir, qué fundamento positivo cabe hallar en la prevención para entender que la pena se halla legitimada porque es proporcionada: no lo hay. Que la pena sea útil no implica que esté justificada. Por eso el Tribunal Constitucional no afirma cuándo una pena es proporcionada, sino sólo cuándo no lo es manifiestamente por falta de utilidad, por exceso o desproporción del sacrificio que supone su imposición sobre la libertad.

Por otra parte, tampoco debe prescindirse del otro lado de la balanza, de manera que una vez justificada la pena desde la constatación de que, efectivamente, cumple una función de tutela, también deben considerarse los demás costes y beneficios que a la libertad misma reporta. Y así, no pesarán de igual modo penas y medidas, ni privación de libertad que de derechos, ni su mayor o menor duración, o la posibilidad de acompañar o sustituir a la pena con medidas educativas. También tendrá que computarse como beneficio el efecto que la misma reporte al aseguramiento de otros bienes e, incluso, al sentimiento de seguridad¹³⁸⁶.

Ello nos lleva al problema de determinar el alcance de la jurisdicción constitucional sobre el cumplimiento de este principio de proporcionalidad por parte del legislador, que como ya he apuntado, consiste en un control mínimo. El Tribunal se limita a rechazar los supuestos en que se aprecie un “desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles”¹³⁸⁷. Habida cuenta del amplio espacio de libertad del legislador y del considerable margen de imprecisión y error que

¹³⁸⁶ Todas estas indicaciones, y otras más, hacen algo más complejo el juicio de proporcionalidad estricta entre gravedad del hecho y de la medida, pero contribuyen, al mismo tiempo, a potenciar los efectos garantistas que se pretenden. En este sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, págs. 169 y 174-175.

¹³⁸⁷ SSTC 161/1997, FJº 12.



comporta el juicio, esta es la opción más recomendable y respetuosa con la división de poderes que cabe atribuir al control constitucional de la ley¹³⁸⁸.

Ya se advirtió anteriormente de que la proscripción de la variedad de conductas relevantes desde la perspectiva de la tutela penal de la imparcialidad no se correspondía mayoritariamente con los llamados delitos de peligro sino con los de lesión, así como que dicha tutela no se acomoda a los llamados delitos de resultado, sino de mera actividad¹³⁸⁹. Ello tiene una importancia fundamental en la valoración de la adecuada relación de proporcionalidad entre gravedad del injusto típico e intensidad de la pena prevista. No cabe presumir *a priori*, que la mayor cantidad de injusto se corresponde siempre con delitos de resultado. Incluso, según sostiene SCHÜNEMANN, “en el delito de resultado, (...) el autor en última instancia se hace responsable personalmente de todas las demás causas y, con ello, de la desafortunada configuración de la situación social de la que partía”¹³⁹⁰. Ciertamente es que el autor se está refiriendo a los delitos de resultado como opuestos a los de peligro, pero ya quedó explicado que en este trabajo se ha empleado el término de delitos de resultado en un sentido diferente: no como opuesto a delito de peligro, sino a mera actividad, por lo que las consideraciones de este autor en torno a delitos que no exigen resultado *stricto sensu* pueden conservar la misma validez. La diferencia de expresiones, como

¹³⁸⁸ En el mismo sentido, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op. cit., págs. 75 y ss; SILVA SÁNCHEZ, J.M.^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, op. cit., págs. 246 y ss.

¹³⁸⁹ Como sostiene RUIZ ANTÓN, en general, respecto de los delitos “cometidos con palabras”, “el acto de habla, para que se lleve a cabo satisfactoriamente, no precisa producir cambios o consecuencias en el estado de cosas existentes, sino que basta con el reconocimiento por parte del auditorio. (...) La distinción es oportuna para evitar confundir o identificar la acción (acto ilocucionario) con sus posibles efectos (efectos perlocucionarios)”. RUIZ ANTÓN, L. F., “La acción como elemento del delito y la teoría de los actos de habla: cometer delitos con palabras”, *El nuevo Código Penal: presupuestos y fundamentos. Libro Homenaje al profesor Doctor Don Ángel Torío López*, Comares, Granada, 1999, págs. 500-501. A favor de la consideración como delitos de mera actividad de aquellos delitos de expresión que consisten en el intento de actuación psíquica sobre un tercero, KERN, E., *Delitos de expresión*, (Trad. Finzi, C. A.), De Palma, Buenos Aires, 1967, págs. 50-51.

¹³⁹⁰ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, op. cit., pág. 35.

fácilmente se ve, parte de un distinto entendimiento del injusto correspondiente a los delitos de peligro que ya fue apuntada anteriormente¹³⁹¹.

Como explica TERRADILLOS, determinar si un delito es *de peligro o de lesión* no puede hacerse sin referencia a cuál es el bien jurídico¹³⁹² y en la medida en que no se malinterprete el contenido de la imparcialidad cuya tutela se persigue, una garantía externa se quiebra, pero no puede ponerse en peligro. De esta forma, el injusto correspondiente a cualquier figura delictiva que tutele la imparcialidad externa debe contemplarse como un delito de lesión. Ahora bien, si la imparcialidad se estima como una garantía instrumental del derecho a una resolución conforme a derecho, su tutela se correspondería a la de un tipo de peligro, ya que la lesión de la imparcialidad constituiría, en tal caso, la prueba del peligro. Así ocurre, desde luego, en la mayoría de tipos que protegen bienes jurídicos supraindividuales entre los que hay que incluir la tutela del derecho a la tutela judicial efectiva y a la legalidad (en relación con la sentencia). Pero como ya he dicho, el bien jurídico cuya tutela constituye el bien jurídico inmediato lo constituye, desde mi punto de vista, la imparcialidad externa, no la imparcialidad anímica o interna del juez, que es la que provoca indefectiblemente una resolución parcial (aunque no siempre injusta). Ello no es obstáculo para admitir que todo comportamientos que lesiona la imparcialidad externa al quebrarse las garantías que permiten suponer que el juez es imparcial, comporta un peligro abstracto de que se dicte, en efecto, una sentencia injusta (que puede constituir, sin duda alguna, el objetivo último o la *ratio legis* al que la norma penal se dirija (la evitación de que el imputado sufra por causa de un “juez parcial” una sentencia injusta) y el estándar de medición o valoración de la ruptura de las garantías¹³⁹³. El quebranto de las garantías de la imparcialidad constituyen un peligro

¹³⁹¹ *Vid., infra*, Capítulo Segundo y apartado III.1 de este Capítulo Cuarto.

¹³⁹² TERRADILLOS BASOCO, J., “Peligro abstracto y garantías penales”, VVAA, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del profesor José Valle Muñiz*, (Coords. Quintero Olivares, G. y Morales Prats, F.), Aranzadi, Elcano (Navarra), 2001, pág. 788.

¹³⁹³ Para valorar la aptitud lesiva para la garantía externa de imparcialidad de unas manifestaciones dirigidas a presionar ilegítimamente a un juez, debe tenerse en cuenta, en efecto, su

abstracto para la justa resolución del proceso, puesto que el quebranto de garantías favorece, pero no comportan inevitablemente, que el juez dicte una sentencia injusta¹³⁹⁴. RODRÍGUEZ MONTAÑÉS explica, entre otros casos, la estructura típica de los delitos contra la Administración de Justicia, con referencia a lo que ella denomina un bien jurídico “intermedio espiritualizado” o “con función representativa”; a su juicio, se trata de bienes colectivos que tienen autonomía propia y que son objeto de ataque “más que por cada acto individual, por la reiteración generalizada de conductas que no respetan las reglas básicas que aseguran el sistema y su funcionamiento”¹³⁹⁵. En estos casos, según sostiene esta autora, dado su carácter inmaterial se hace difícil su tipificación a través de delitos de lesión e, incluso, de peligro concreto, así que se recurre a la técnica de los delitos de peligro abstracto en los que, no obstante, siempre puede probarse su peligrosidad *ex ante*¹³⁹⁶. Nuevamente hay que oponer dos objeciones fundamentales a la aplicabilidad de este argumento en nuestro caso: de un lado, la ya mentada objeción a la clasificación de los delitos propuesta, en la que se identifican los delitos de lesión con los de resultado y a los que se oponen los de peligro; en segundo lugar, que la imparcialidad del juez constituya un bien jurídico intermedio o con función representativa y lo realmente relevante sea, en última instancia, la tutela de la administración de justicia entendida como derecho a obtener sentencias conforme a Derecho.

potencialidad lesiva respecto de la justa resolución del proceso, es decir, la concurrencia de un peligro abstracto de que la conducta y resolución final del juez sean injustas.

¹³⁹⁴ Es especialmente oportuno traer a colación la complejidad conceptual inherente a la idea de peligro que agudamente señala MAQUEDA cuando dice que la afirmación de que los delitos que tutelan bienes colectivos son “delitos de peligro” es matizable, ya que normalmente la idea de peligro se refiere a los bienes jurídicos subyacentes y la conducta no pone en peligro, sino que lesiona las condiciones imprescindibles para su disfrute. MAQUEDA ABREU, M^a L., “La idea de peligro en el moderno Derecho Penal. Algunas reflexiones a propósito del PCP de 1992”, *Actualidad Penal*, núm. 26, 1994, pág. 492.

En un sentido parecido, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, *op. cit.*, págs. 117-119, alude a la regla de frecuencia abstracta que subyace, conforme a un juicio de probabilidad, en todo peligro.

¹³⁹⁵ RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, *op. cit.*, pág. 301.

¹³⁹⁶ Así, también, MÉNDEZ RODRÍGUEZ, C., *Los delitos de peligro y sus técnicas de tipificación*, *op. cit.*, pág. 119.

Sin perjuicio de que la tutela de la imparcialidad revierta, en última instancia, sobre la tutela judicial efectiva, su fundamento es independiente: la imparcialidad es un valor digno de tutela por sí mismo porque constituye la exigencia estructural del proceso debido, la característica esencial de la función jurisdiccional y la garantía fundamental de que la Administración de Justicia pueda garantizar la supremacía del Derecho¹³⁹⁷. Las conductas que *prima facie* se estimaban relevantes para atentar a la imparcialidad, constituyen supuestos de quiebra de las garantías externas que la apuntalan, es decir, quiebra de la presunción a favor del juez de su imparcialidad interna y a ese supuesto se le puede denominar, sin duda, lesión del bien jurídico¹³⁹⁸.

Admitido lo anterior, resta por efectuar la reclamada proyección del principio de proporcionalidad estricta sobre estos delitos. La naturaleza inmaterial y supraindividual del bien cuya tutela se pretende no es obstáculo para sostener que la necesidad de pena debe adecuarse al grado de injusto que estas conductas comportan. Sin embargo, puesto que su realización se produce con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión e información, la pena no puede ser muy onerosa o el sacrificio de libertad superará el beneficio reportado con la tutela. En principio, hay que descartar el recurso a penas de prisión, y en cuanto al resto, tampoco parece oportuno optar por otra pena privativa de libertad, puesto que su utilización en supuestos de ejercicio de la libertad de expresión está prácticamente descartada en el Código penal. De manera que cualquier propuesta de sanción se debe orientar hacia la pena de multa y, en su caso, de inhabilitación profesional, en extensión razonable.

No obstante, como dice GÓMEZ BENÍTEZ con relación a la determinación judicial de la pena —que bien puede afirmarse del momento de la conminación penal—, puede y debe fundamentarse un derecho racional de la medición de la pena

¹³⁹⁷ STC 151/2000, F.J.º 3.

¹³⁹⁸ Sobre la operatividad de los valores superiores del ordenamiento para elaborar una idea de bien jurídico como *telos* que opere frente al legislador y frente al juez, determinando lo que puede y no ser tutelado penalmente conforme al juicio de proporcionalidad, *vid.* SSTC 55/1996, 161/1997 y 111/1993. Preferimos esta argumentación material para descartar la punibilidad de supuestos

con referencia a la gravedad del hecho cometido pero “la racionalidad no es más que una garantía de eso, de racionalidad. Y es bien sabido que la racionalidad es siempre un concepto relativo”¹³⁹⁹.

V. Conclusiones

Anuncié al inicio de este Capítulo el propósito de recorrer el camino que corresponde a todo legislador que exhiba la pretensión de sancionar una conducta en aras de la tutela de un interés legítimo. Como esa sanción afectaba o podía afectar directamente al ejercicio de otros derechos fundamentales había que atender, no solamente a las comunes exigencias que se impone a toda ley que incida sobre tales derechos, sino a los límites que al legislador penal le marca la Constitución.

Hemos recorrido, así, los sucesivos tests de legalidad, adecuación a fin de la sanción penal, necesidad de la misma y proporcionalidad estricta. En cada uno de ellos se ha ido vaciando la carga de pretensiones más o menos infundadas o, cuanto menos, dudosamente aconsejables. Sin embargo, las conductas de los medios de comunicación que inicialmente se habían intuido gravemente ilegítimas y lesivas para la integridad de la imparcialidad objetiva, han superado, por así decirlo, el corte.

Entiendo, en efecto, que existen posibilidades legítimas para una intervención penal sobre un grupo de conductas que quiebran simple y llanamente la presunción de imparcialidad del juez. Las garantías que el juez ofrece para apuntalar esa presunción de imparcialidad pueden ser destruidas o desactivadas no sólo por las circunstancias personales, familiares, profesionales o funcionales del propio juez —

remotamente peligrosos que la apelación al “correctivo de tipicidad” o al “principio de insignificancia”, de base más incierta.

¹³⁹⁹ La racionalidad a la que este autor apela es, precisamente, la de los principios constitucionales de los que se sigue, a su entender, la configuración de un Derecho Penal preventivo, utilitario y, por tanto, de corte radicalmente distinto a la tradicional lectura liberal-retributiva. *Cfr.*, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, *op. cit.*, pág. 70.

incluso su conducta puede provocar tal efecto como ya hemos visto— sino que puede ser provocada por terceros.

Puesto que el legislador no ha contemplado los límites que la vigencia del derecho a un juez imparcial puede operar frente a los riesgos derivados de ciertos ejercicios de la libertad de expresión y del derecho a la información a través de medios de difusión, no se puede reclamar una tutela judicial adecuada por vía ordinaria. Sólo cabe reclamar tutela constitucional en amparo frente a una posible vulneración del 24.2 CE (juicio justo), lo que supone, en principio, una deficitaria¹⁴⁰⁰ protección de los derechos del procesado —que carece de posibilidades de defensa frente a eventuales riesgos para su derecho a la imparcialidad judicial— y, al mismo tiempo, una inseguridad para quienes pretenden ejercer su derecho a opinar e informar sobre el proceso —al no estar claramente diferenciados los ámbitos de actuación legítima de los que son excesos—.

Esta indeseable situación no se proyecta sólo sobre el ámbito de derechos e intereses del acusado —aunque fundamentalmente así sea— sino que se extiende a todos los interesados en la preeminencia del Derecho y el buen desarrollo del proceso —como cauce para que aquélla se produzca— comenzando, por supuesto, por el Estado. Interesa tanto esta garantía al Ministerio Fiscal que ejerce el monopolio de la acción pública en defensa de la legalidad como, desde luego, al Juez (sea técnico o jurado) que tiene encomendada la potestad de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado con independencia, imparcialidad y exclusivo sometimiento a la ley. El alcance de estos bienes jurídicos que son trasunto de espacios de libertad merece que se intente, al

¹⁴⁰⁰ Deficitaria, porque dada la naturaleza del amparo constitucional, el reconocimiento de la vulneración exige, precisamente, que ésta ya se haya dado, con lo que el amparo llega tarde respecto de las pretensiones de imparcialidad del actor durante el juicio ordinario y, además, porque su prueba (la lesión del derecho a la imparcialidad) debe constatarse en la propia sentencia, lo que supone una excesiva carga probatoria para el demandante de amparo: no basta con probar que hubo un riesgo, sino que la sentencia debe ser expresión de la lesión, esto es, mostrar la evidencia de la parcialidad del juez. Por otra parte, y como advertimos en la introducción de este Capítulo, exige de la jurisdicción constitucional el desempeño de una función que no le corresponde: ofrecer la necesaria tutela que corresponde a los tribunales de la jurisdicción ordinaria conforme a los criterios que el legislador le ofrezca.

menos, proponer los términos en que debe discurrir el debate en búsqueda de soluciones razonables y respetuosas con los derechos en conflicto y con las elementales exigencias de seguridad jurídica que su tutela reclama¹⁴⁰¹. Por ello suscribo las palabras de MUÑOZ CONDE cuando sostiene que “la formalización de las decisiones legislativas no debe entenderse como algo contrapuesto a la función

¹⁴⁰¹ VIETES PÉREZ, C., “Restricciones a la libertad de expresión y protección del secreto sumarial: los procesos ‘paralelos’”, *op. cit.*, pág. 425 afirma que en las restricciones a la libertad de expresión e información durante la fase sumarial “su base también radica en garantizar la debida dirección de la instrucción y la autoridad e imparcialidad del poder judicial, debiendo de respetar la facultad de informar la posición institucional de los tribunales en una sociedad democrática, para asegurar el sistema judicial un funcionamiento serio, e imparcial. Pero, además, esas limitaciones tienen también base en el respeto a otros derechos fundamentales como el derecho al honor y a la presunción de inocencia, tal y como lo recordaba la Comisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al amparo del art. 6.2 del Convenio, y la declaración del Consejo General del Poder Judicial en su declaración de 25 de enero de 1995 y sentencia del Tribunal Constitucional 28/1996, de 26 de febrero. Pero además y si bien es cierto que en la fase de juicio oral la regla general es la de la publicidad, el propio Convenio Europeo de Derechos Humanos admite excepciones en el art. 6.1, en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando el interés de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan, o la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia (casos Pretto, Campbell y Fell).”

protectora de bienes jurídicos que el Derecho Penal tiene que cumplir, sino como una vía racional de llevarla a cabo”¹⁴⁰².

El camino recorrido nos ha permitido obtener una idea de los límites a la libertad del legislador penal para operar en tal sentido, pero, también, de la legitimidad de hacerlo. Se han valorado los costes y beneficios globales para la libertad que la norma penal provocaría y también su comparación con medidas alternativas.

¹⁴⁰² MUÑOZ CONDE, F., “Protección de los derechos fundamentales en el Código Penal”, *op. cit.*, pág. 475.