

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



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



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

ABREVIATURAS

ABA	American Bar Association
AN	Audiencia Nacional
AP, AAPP	Audiencia(s) Provincial(es)
apdo(s).	apartado(s)
art(s).	artículo(s)
ATC, AATC	Auto(s) del Tribunal Constitucional
BJC	Boletín de Jurisprudencia Constitucional
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEC	Centro de Estudios Constitucionales
CEDH	Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950.
CEJ	Centro de Estudios Judiciales
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CP	Código Penal
D.A.	Disposición Adicional
D.T.	Disposición Transitoria
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
F.J.º, FFJJº	Fundamento(s) Jurídico(s)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrím	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LFB	Ley Fundamental de Bonn
LO	Ley Orgánica
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LOTJ	Ley Orgánica del Tribunal del Jurado
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966
PLOCP	Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal
Secc.	Sección
SS	Sentencias
STC, SSTC	Sentencia(s) del Tribunal Constitucional
STEDH, SSTEDH	Sentencia(s) del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJCE, SSTJCE	Sentencia(s) del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS, SSTS	Sentencia(s) del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
Tít.	Título
TS	Tribunal Supremo

TSFA
TSJ, TTSSJ

Tribunal Supremo Federal Americano
Tribunal(es) Superior(es) de Justicia

*El que tiene por Juez a un acusador,
necesita a Dios como abogado.*

(G. Radbruch)

INTRODUCCIÓN GENERAL

I. Delimitación del objeto de estudio

El presente trabajo se dirige a analizar la viabilidad constitucional de tutelar penalmente el derecho fundamental a la imparcialidad del juez, como derecho fundamental y garantía del juicio justo reconocida en el art. 24.2 CE, frente a determinadas conductas que comportan una lesión del mismo y que se producen con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión e información a través de los medios de comunicación¹.

Pero esa viabilidad de la tutela penal presupone una valoración personal previa acerca de su oportunidad y conveniencia que trataré de justificar. En este caso, las razones que me han conducido a delimitar el objeto de estudio sobre esa clase de conductas derivan de la concurrencia en ella, y no en otras, de diversos factores que convierten su acaecimiento en un problema especialmente relevante, y entre los que destacan dos: de un lado, la prueba de la escasa atención que el derecho a un juez imparcial recibe en nuestras leyes, pese a su inequívoco reconocimiento como derecho fundamental del acusado y garantía básica de la función jurisdiccional; de otro, la constatación de los crecientes problemas que ocasiona la injerencia de la actividad mediática sobre el desarrollo de los procesos penales, en general, y sobre los derechos del acusado a un juez imparcial y un juicio justo, en especial². Dichos problemas son debidos, por una parte, al incremento de la atención que prestan los medios de comunicación al campo de la justicia penal y, por otra, al cariz que está

¹ La imparcialidad del juez es una característica definitoria de la función jurisdiccional y una regla esencial del desarrollo de todo proceso sin cuya concurrencia la idea de juicio justo queda vacía de contenido. Pese a ello, en ese estudio me he limitado a contemplarla con referencia al juez del proceso penal respecto del que constituye, además, un derecho fundamental del acusado.

² MARC CARRILLO alude, por su parte, a ciertos efectos extraprocesales como la *pena de banquillo*. Cfr. CARRILLO LÓPEZ, M., "Juicios paralelos y derecho a la información", *El País*, 2 de abril de 1998. MUÑOZ MACHADO menciona, también, la eventual vulneración de la presunción de inocencia extraprocesal. Cfr. MUÑOZ MACHADO, S., "Informe de una causa penal", *Diario El Mundo*, 17 de abril de 1998.

adquiriendo dicha atención, que lejos de contribuir al control de la administración de justicia, más bien pretende sustituirla u condicionarla. Los acontecimientos judiciales de mayor trascendencia que se han producido en nuestro país recientemente³ han recibido un tratamiento informativo inusual y las garantías para los justiciables han sido frecuentemente comprometidas con juicios paralelos⁴. Tampoco las instituciones judiciales se han visto ajenas a ese proceso, sufriendo un considerable deterioro en su legitimidad y confianza públicas. Sirvan como apoyo de esta afirmación los resultados de las encuestas realizadas a los ciudadanos sobre el funcionamiento y la confianza en la administración de justicia⁵ y las sucesivas declaraciones emitidas por el Consejo General del Poder Judicial tratando de poner orden en las relaciones de la prensa con los procesos judiciales y sus protagonistas⁶. Conviene también recordar a este respecto que el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto

³ En 1998 calificaba SAINZ DE ROBLES como “hechos judiciales de apariencia tremebunda” a siete famosos casos (Filesa, Roldán, Gal, Mesa Nacional de HB, Mariano Rubio, Mario Conde-Banesto, Sogecable) a los que cabría añadir hoy otros tantos, y no sólo vinculados con el poder económico o político, sino con fenómenos delictuosos que generan, como habitualmente se dice “gran alarma social” (malos tratos familiares, delitos sexuales a menores, pornografía infantil, terrorismo o tráfico de drogas). SAINZ DE ROBLES, F.C., “Malestar en la Justicia”, *Tapia*, núm. 99, 1998, págs. 3-6.

⁴ Sobre esta cuestión, *vid.*, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., Prólogo al libro de OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, CEURA - Univ. Carlos III, Madrid, 1999.

⁵ Una muestra de tales encuestas se recoge en el Libro Blanco de la Justicia, realizada y publicada en 1997 a cargo del CGPJ, y donde se da cuenta que un 51% de los encuestados “negaba la imparcialidad de los Tribunales” y un 72% estimaba que “en la aplicación de las leyes penales no se da en España el mismo trato a todos”. También cabe mencionar una encuesta realizada por Demoscopia en 1997, en la que un 47% de los encuestados “opinaba que los Tribunales españoles no son coherentes al resolver de forma diferente casos iguales” y otra del Centro de Investigaciones Sociológicas, realizada a primeros del año 1998, en la que la Administración de Justicia ocupa el último puesto en la valoración de las instituciones del Estado.

⁶ La primera es un Acuerdo de 5 de noviembre de 1986 en el que se llama al orden a los propios titulares del poder judicial para que guarden una mayor contención en sus manifestaciones públicas respecto de los asuntos de que conozcan. La segunda, una declaración del Pleno de tal órgano, de 25 de enero de 1995, en la que se manifiesta su criterio negativo respecto de los juicios paralelos y denuncia el vacío legal existente en nuestro país, advirtiendo de la necesidad de una regulación legal de la materia. Por último, la declaración del Pleno de 2 de julio de 1997, también con referencia a los juicios paralelos, el Consejo vuelve a reclamar una reforma legislativa que regule, entre otros aspectos, el acceso de los medios de comunicación a los actos del juicio y las comparecencias de los testigos ante los medios de comunicación durante los juicios pendientes de resolución.

de Código Penal de 1992⁷, prevenía acerca de la necesidad de proteger con mayor efectividad la independencia judicial, llegando a proponer una ampliación de dicha protección frente a las conductas de los particulares. Tampoco ha surtido efecto la llamada de atención, esta vez, respecto a la deficitaria tutela de la imparcialidad del jurado frente al impacto de los medios de comunicación que contenía el Informe sobre la Aplicación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado aprobado por el Pleno el 5 de mayo de 1999⁸.

Además, la doctrina suele prevenir acerca de los mayores riesgos que se producen cuando la influencia de los medios de comunicación se proyecta sobre los procesos penales celebrados ante un Tribunal de Jurados. Sin perjuicio de que sea o no compartida esa presunción acerca de un incremento de riesgo en tales casos para las garantías del justiciable o el buen desarrollo del proceso, lo cierto es que tampoco estos casos escapan, antes al contrario, al antedicho problema. La competencia del Tribunal del Jurado para juzgar cierta clase de delitos que despiertan un considerable interés público, lo favorece⁹.

Es tal la trascendencia del objeto y del fin del proceso penal que la legislación históricamente más reciente se ha articulado en torno a la idea de favorecer la mayor eficacia posible en la persecución de la criminalidad dando, al mismo tiempo, garantía justicia y aciertó al fallo mediante la presencia de un Juez cuya función es

⁷ "Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992", *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, núm. 11, s.d., pág. 201.

⁸ Donde se dice: "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".

preservar el estricto cumplimiento de la ley en su desarrollo, en la decisión que se adopte y, en su caso, durante su ejecución. La exclusiva aplicación de la ley representa el fin del proceso y determina los límites de la potestad punitiva del Estado frente a los ciudadanos. Resulta, por tanto, esencial que la ley procesal garantice no sólo la imparcialidad del tercero juzgador sino, además, un equitativo e imparcial tratamiento de las partes durante el curso del juicio de modo que, todo ello, favorezca el debate y, en definitiva, la eficaz resolución de la controversia otorgando la necesaria legitimidad al fallo¹⁰.

Junto a ello, es evidente que la apuesta por una sociedad plural exige la presencia de unos medios de comunicación que ejerzan sus funciones lo más libremente posible para favorecer, a su vez, la formación libre de la opinión pública y, con ella, la consecución de la necesaria tarea de control social de los poderes del Estado y la toma de decisiones de los ciudadanos por procedimientos democráticos. El Poder Judicial no escapa a dicha pretensión de control y, tanto en su posición institucional, como en su concreta actuación diaria en los Juzgados y Tribunales es —y debe ser— objeto de debate público. La consagración constitucional de las libertades de expresión y comunicación de información veraz en el art. 20.1 CE, del derecho a un proceso público en el art. 24.2 CE y del principio de publicidad de las actuaciones judiciales en el art. 120 CE, justifican y refuerzan esta idea.

Fijar esta premisa no impide reconocer, al mismo tiempo, que esa actividad de los medios de comunicación sobre la función judicial no siempre es inocua, y en relación con los procesos penales pendientes de resolución, puede llegar a afectar gravemente al derecho del acusado a obtener una resolución justa.

⁹ Los artículos 1.1 y 2 de la LOTJ establecen la competencia del Jurado para juzgar delitos contra las personas, delitos contra la Administración Pública, contra la Administración de Justicia, inviolabilidad del domicilio, omisión del deber de socorro, contra la libertad y la seguridad colectiva.

¹⁰ GUARNIERI apela a la necesidad de legitimar la actuación jurisdiccional a través del proceso en tanto que las partes no se someten voluntariamente a la misma en el ámbito penal. GUARNIERI, C., *Magistratura e Política in Italia*, Il Mulino, Bolonia, 1992, pág. 16. En la misma línea y brillantemente expuesta, puede leerse la opinión REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción e Independencia judicial*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, págs. 177-185.

En principio, y a la espera de un análisis más profundo que no procede anticipar ahora, hay que partir de la premisa de que cuando la Administración de justicia es objeto de información, nos hallamos ante uno de los supuestos de ejercicio característicos de la libertad de expresión y del derecho a dar y recibir información. En tanto que se trata de una actividad del Estado eminentemente pública, pertenece a la esencia de dichos derechos la posibilidad de que todos los ciudadanos puedan referirse libremente a la forma en que se administra justicia en general, o respecto de cada asunto en particular. En cuanto al primer objeto de esta actividad cabe decir que, en principio, el control sobre el Poder Judicial genéricamente considerado no parece suscitar temor alguno pese a que, a menudo, revista la forma de crítica acerba y desabrida. Ello no obsta para reconocer que la autoridad e imparcialidad de los Jueces y Tribunales son valores en juego que bien entendidos, como procede en Democracia entender el legítimo funcionamiento de las instituciones, merecen también una especial consideración y protección. Sin embargo, respecto al segundo plano, la cuestión se nos presenta visiblemente más conflictiva: las referencias particulares a procesos que, por ejemplo, se están desarrollando ante los Tribunales, pueden llegar a tener incidencia sobre su eficacia, sus garantías y hasta sobre el resultado final.

Desde luego, no toda actuación de los medios de información puede distorsionar esencialmente la buena marcha y resultado justo de un proceso penal. Materialmente, al menos, no es posible afectar a ciertas garantías como la publicidad, la predeterminación legal del Juez o la contradicción. La incidencia negativa suele recaer, sin embargo, en otras exigencias del proceso debido como el derecho de defensa, la presunción de inocencia extraprocesal o impropia y la pretensión de imparcialidad, algo más complejo que el simple riesgo hipotético de prevenir la mente del juzgador. Trataré de mostrar que, al margen de una cualidad del Juez en su papel de árbitro de una disputa entre dos partes que exige su desinterés personal por el objeto o los sujetos en litigio, la imparcialidad es la esencia del proceso penal justo que condiciona el cómo y no solo el quién dicta la resolución judicial. La imparcialidad del juez es, en efecto, un derecho fundamental del acusado y al mismo

tiempo se configura como una característica de la función jurisdiccional y una garantía fundamental de la Administración de Justicia para garantizar la supremacía del Derecho en sus decisiones¹¹.

Se ha advertido del riesgo que las campañas periodísticas —puesto que, en ocasiones, las informaciones exceden de la simple consideración de noticias puntuales— pueden representar para los intereses de la justicia. En efecto, dichos riesgos se han acrecentado en los últimos tiempos por el despliegue e importancia que han adquirido los medios de comunicación, en combinación con el evidente protagonismo que ciertos asuntos judiciales han alcanzado socialmente y por la insólita atención que han recibido periodísticamente¹². El interés público lo suscitan, sobre todo, los asuntos penales, pues en ellos el objeto que se debate es nada menos que la imposición de sanciones frente a lo que se consideran los más graves atentados a la convivencia¹³.

¹¹ SSTC 162/1999 y 151/2000.

¹² Para ANDRÉS IBÁÑEZ, el fenómeno se ha producido por los problemas que ha planteado a la actuación jurisdiccional la degradación de la vida política —identificándola exclusivamente en este terreno con la acción del Gobierno y del Parlamento—. ANDRÉS IBÁÑEZ, P., *Corrupción y Estado de Derecho. El papel de la Jurisdicción*, Trotta, Madrid, 1995. Estimo desacertada la visión que este autor ofrece de los problemas actuales de la Administración de Justicia y, desde luego, de su etiología. Más bien lo que ha ocurrido es la concurrencia de una serie de factores dispares entre los que destacan, por lo que a la jurisdicción penal se refiere, al menos, dos que guardan estrecha relación entre sí: por un lado, la administración de justicia se ha convertido en el centro de atención por el auge que han recibido ciertos fenómenos delictivos frente a los que se demanda una respuesta rápida y contundente; por otro lado, un incremento de las causas judiciales por la constante expansión del Derecho Penal, llamado hoy a cumplir más una función simbólica de respuesta a la sensación de inseguridad colectiva, que a servir de instrumento de tutela caracterizado por su papel de *ultima ratio* del ordenamiento.

¹³ En el mismo sentido MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, VVAA, *Constitución y Derecho Público: Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 297, cuando señala que “es en el orden penal donde, por dos razones, la publicidad adquiere mayor relevancia. Por una parte, precisamente porque en el proceso penal esta en juego, por lo general uno de los bienes jurídicos más preciados para el individuo: su libertad. Por otra parte, porque los hechos delictivos implican un atentado contra los bienes jurídicos más preciados de la comunidad, hasta el punto que la reacción social frente a tales hechos es justamente la más dura y grave que el Estado de Derecho puede utilizar: la tipificación de la conducta como delito y la imposición al responsable del mismo de la pena correspondiente. De aquí que todas las actuaciones judiciales que afectan a la represión penal presenten un singular interés para la opinión pública y merezcan una particular atención por parte de los medios de comunicación”

En la administración de justicia penal sobre la que incide la actividad mediática concurren una diversidad de derechos, bienes e intereses fundamentales que afectan principalmente a los acusados, pero también a las víctimas. En efecto, cuando la acción penal, de naturaleza pública, se dirige contra un sujeto concreto, los derechos y garantías que la Constitución le reconoce se alzan para ocupar el primer plano, convirtiéndose en el eje o la pauta en que dicha función pública debe desenvolverse para que resulte, en último extremo, legítima. Además, en el proceso también se hallan representados los intereses de la colectividad lesionada por el delito. Por un lado, en la acción pública que ejerce el Ministerio fiscal pero, por otro, en la función jurisdiccional, pues el juez, al decir el Derecho, garantiza la supremacía de la ley que es la expresión de la voluntad general. Pues bien, una indiscriminada proyección de los medios de comunicación en busca de noticias y debate puede resultar perjudicial más allá de los derechos e intereses que el proceso mismo irremediablemente compromete.

El proceso es un instrumento de tutela de la libertad sustancial y procesal del imputado y de su dignidad personal, que convierte la imposición de una pena en un acto racional y de justicia. La esencia de la función jurisdiccional, eso que llamamos "decir el Derecho" se halla indisolublemente ligada al respeto a unas normas de actuación que son, en definitiva, los derechos fundamentales del procesado¹⁴. Cualquier otra alternativa al proceso judicial fuera del Derecho supone un retroceso histórico y la sustitución de la pena, tal y como hoy se concibe, por la venganza¹⁵.

El debate público sobre la necesidad, viabilidad o utilidad de imponer un castigo resultará legítimo estrictamente en el ámbito en que se desarrolle, pero nunca

¹⁴ El proceso justo es algo más que las reglas procesales que lo configuran. Esas reglas son la expresión de unos valores constitucionalmente consagrados y que obedecen a la idea de someter el poder penal a la razón, para que la decisión se tome conforme a ley por un tercero que no tiene más interés que decir el Derecho, y para hacerlo utiliza un procedimiento imparcial, equitativo y contradictorio. HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, (trad. Jiménez Redondo, M.), Paidós, Barcelona, 1991, págs. 153 y ss.

¹⁵ BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, (trad. Gutiérrez-Alviz, F. y Conradi), Bosch, Barcelona, 1977, págs. 182-183.

podrá aspirar a sustituir al “debate” que corresponde presidir y decidir al juez conforme a las reglas de ordenación del proceso. Es más, si dicha pretensión pusiera en peligro grave la indispensable garantía judicial de los derechos fundamentales, habría que oponer serios argumentos para rechazar su cesación.

Las actuaciones de los medios de comunicación interesan por su incidencia sobre los procesos penales en tanto que pueden afectar a todos esos intereses que concurren en la Administración de Justicia pero, fundamentalmente, en la medida en que incidan sobre los derechos de quienes están sometidos a un proceso judicial. Así, pues, est justifica que el objeto de reflexión de este estudio se centre en la tutela de esos derechos frente a las injerencias que puedan lesionar el derecho a un juicio justo y, en particular, el derecho a un juez imparcial, cuando sean llevadas a cabo con publicidad a través de los medios de comunicación. Centrar la atención en este tipo de conductas no significa desconocer que los riesgos para los derechos de los acusados pueden proceder de otras fuentes y que su incidencia puede proyectarse, además, sobre otros fines como la buena marcha del proceso o la eficaz administración de justicia. Sin embargo, la acotación no se hace arbitrariamente: ninguna garantía como la imparcialidad representa la esencia misma del proceso debido y hasta del concepto mismo de juez; pero, al mismo tiempo, ninguna otra garantía ha recibido del ordenamiento una protección jurídica más fragmentaria. Y, precisamente, de los diversos aspectos de la misma el que menor atención ha recibido es, precisamente, la garantía para el justiciable de que nada ni nadie ejercerá presiones ni pretenderá suplantar públicamente al juez en su función, ni al proceso como cauce para reclamar su condena. Y es en ese concreto terreno en el que los medios de comunicación constituyen una plataforma con una capacidad inestimable para la provocación de problemas¹⁶. No obstante, tal clase de fenómeno mediático puede incidir también en otros intereses no menos relevantes, como los del Estado en

¹⁶ La otra fuente principal de problemas para la imparcialidad surge en relación con la defensa de la independencia del poder judicial frente a los ataques procedentes de otros poderes del Estado e incluso frente a su propio poder, de unos titulares sobre otros. Sin embargo, estos problemas están, al menos en el plano jurídico, mejor resueltos.

una efectiva y justa persecución y castigo de los delitos y en el mantenimiento del debido respeto a uno de sus poderes, el judicial, que pueden recibir reconocimiento a través de la tutela del derecho fundamental a la imparcialidad.

Las diversas manifestaciones que conforman la idea de imparcialidad se refieren básicamente al Juez como titular de la potestad jurisdiccional y como tercero en el proceso, pero también cabe aludir a la imparcialidad del proceso mismo, que es una condición para la operatividad de aquéllas. La imparcialidad del proceso reclama que éste no se estructure *a priori* en favor de la pretensión de una de las partes, sino que en sí mismo represente la garantía de que la mejor fundada en Derecho prevalezca. El juez necesita operar en el marco legal de un proceso justo para resolver imparcialmente, de manera que al legislador le corresponde la tarea de ofrecerlo, pero a él mismo le es exigible la de guardar que así se cumpla velando en todo momento por los derechos fundamentales materiales y procesales del acusado y por las demás garantías del proceso¹⁷.

Para que la toma de decisión se lleve a cabo imparcialmente el Juez debe mantenerse en todo momento como tercero entre partes y como garante de los derechos fundamentales —función que le atribuyen la Constitución y la ley—. Por lo tanto, resulta más correcto y legítimo estimar que los peligros que se ciernen directamente sobre la imparcialidad son un atentado a los derechos del acusado, que un atentado a una cualidad o prerrogativa personal de Jueces y Tribunales, ya que, en definitiva, es sobre su función jurisdiccional sobre la que, finalmente, se proyectan.

Es posible adelantar algunos elementos de esta reflexión: la supremacía del Derecho, que constituye la idea clave sobre la que se organiza el moderno Estado constitucional de Derecho, exige que el desequilibrio de la balanza a favor o en contra del acusado en un proceso penal sólo se produzca en el juicio, cuando el juez adopte su decisión con las solas reglas que el ordenamiento jurídico le ofrece. Por

eso el sistema trata de preservar la idoneidad del juez llamado a resolverlo, de manera que cuando se asigna la responsabilidad de tal decisión, el sujeto concretamente llamado debe aparecer personal y funcionalmente como un tercero ajeno a los intereses en litigio y a sus titulares. Esa apariencia, que constituye el contenido del derecho fundamental al juez imparcial que la Constitución garantiza, se apuntala mediante la certeza de que el juez no se encuentra en ninguna de las situaciones que permiten sospechar lo contrario. Por eso, cuando la ley enumera las circunstancias por las que el juez pierde su idoneidad para ejercer tal función en un caso determinado, y ordena que se le aparte del mismo, está presumiendo y declarando —sin necesidad de probarlo— que no es un juez imparcial.

Además, la ley también se encarga de estructurar el proceso de manera que el juez cumpla exclusivamente en el mismo la función de juzgar y no ser parte, de no estar ni aparecer alineado con las partes ni auxiliando sus pretensiones¹⁸. Con ello debería quedar suficientemente garantizado el derecho del acusado a un juez imparcial. Sin embargo, puede ocurrir que en su fuero íntimo, en su ánimo, el juez no sea o no se sienta imparcial. Si dicha disposición no se manifiesta hasta el momento de dictar sentencia, ningún otro recurso puede dispensar el Derecho excepto el control sobre el contenido de la misma. Pero si el juez exterioriza su posición anímica o anticipa su criterio sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado formal (prejuzgando el fallo o la verosimilitud de la pretensión de las partes) o informalmente (manifestando públicamente su opinión) o manifiesta de algún otro modo que su criterio de juicio no es la ley (sino el afecto, la enemistad, etc.), cabe afirmar también la falta de imparcialidad y proceder, en consecuencia, a apartarlo de un asunto.

¹⁷ En la STC 91/2000 se sugiere que los derechos fundamentales del acusado (incluido expresamente el derecho a un juez imparcial) no sólo cumplen una función limitativa del *ius puniendi* estatal, sino que constituyen los principios determinantes del modo de enjuiciar.

¹⁸ Aunque en nuestro sistema procesal penal, esta garantía encuentra algunos déficits notables en la figura del juez instructor.

En definitiva, la legitimación del juez proviene de su estricta sujeción a la ley en el ejercicio de su función y la imparcialidad es la garantía fundamental para la consecución de ese fin. Dicha imparcialidad se presume salvo prueba en contrario. Una prueba que no versa sobre el ánimo o disposición interna del juez, sino sobre la quiebra de esa presunción que se produce con la pérdida de las garantías que éste debe prestar para seguir confiando en su idoneidad como juez.

Cuando se orquesta públicamente una campaña en torno a un proceso penal pendiente, manifestando la inclinación a favor o en contra de un acusado, condicionando la actuación de los participantes en el mismo o valorando paralelamente los hechos y pruebas que constituyen su objeto, se puede llegar a distorsionar gravemente la debida conducción del proceso y hasta su resultado final. Las formas de conseguirlo pueden ser muy variadas y finalmente pueden provocar una indebida posición de ventaja para alguna de las partes, bien porque se afecte a la estrategia de la defensa o a la de la acusación, bien porque se condicione la declaración de los testigos, los peritos o las partes, porque se revelen indebidamente datos sumariales o se introduzcan al debate los que han sido vetados por falta de garantías. También cabe pensar en supuestos en los que una campaña se orqueste para presionar a los jueces, de forma que cualquier decisión que tomen les comprometa personalmente en uno u otro sentido, bien sea jugándose públicamente su propio prestigio o su futuro profesional, bien logrando que el resultado del proceso se decante en un concreto sentido mediante criterios distintos a los de la aplicación de normas del Derecho.

La quiebra de las garantías de imparcialidad del juez que percibe en esos casos el justiciable —y no sólo él— puede calificarse como una vulneración del derecho al juicio justo y, por tanto, dar lugar a la anulación de las actuaciones procesales y de la resolución judicial adoptada, con independencia de que el contenido de la misma pueda entenderse correcta desde el punto de vista material del Derecho. Pero para llegar a ese punto, el Tribunal Supremo y, en último extremo, el Tribunal Constitucional, vienen exigiendo una prueba casi diabólica al procesado. El canon para medir la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial reconocido en el

art. 24.2 CE es, nada menos, la prueba de que la actuación del juez en el proceso o su decisión final evidencian claramente la falta de imparcialidad.

La tutela efectiva del derecho a un juicio justo y, concretamente, del derecho a ser juzgado con imparcialidad resulta, a mi entender, algo precaria en nuestro ordenamiento. Si bien es posible hallar numerosos preceptos y jurisprudencia referidos a la tutela de las garantías que expresamente se proclaman en el artículo 24.2 de nuestra Constitución y que, con carácter general, fundamentan el reconocimiento del referido derecho a un juicio justo, la imparcialidad se convierte en una llamativa excepción a la regla. Pero es que, además, que es lo que a nosotros nos interesa destacar, las escasas normas existentes que tutelan la imparcialidad no abordan directamente los atentados provenientes de instancias ajenas al proceso, incluidos, por supuesto, los que eventualmente tienen su origen en los medios de comunicación. En efecto, al ser la imparcialidad habitualmente contemplada exclusivamente en su aspecto o vertiente interna¹⁹, y centrarse su tutela en el estadio previo al juicio, se hace difícil responder legalmente de forma satisfactoria frente a los atentados a la misma, de forma que la tutela del proceso justo se torna deficitaria. Se hace necesario determinar, por tanto, qué aspectos del derecho precisan tutela, frente a qué riesgos y a través de qué medios.

Si esos riesgos provienen de determinado tipo de actuación amparada por otros derechos fundamentales —de los que son titulares los medios de comunicación u otros sujetos— la pretensión de tutela resulta problemática aunque no definitivamente inapropiada. En este delicado equilibrio al que nuestro ordenamiento jurídico aspira no caben aproximaciones sectarias y, menos, cuando se hallan en juego derechos fundamentales. Ni todo ataque a los derechos del acusado y, en general, al legítimo ejercicio del *ius puniendi* legítima, sin más, el recurso a la pena, ni una pretensión irrestricta de libertad de expresión y de publicidad excluyen la

¹⁹ Esto es, como cualidad personal del juez identificable con la ausencia de prejuicio, como la indiferencia respecto a las partes y no ligado afectivamente a ellas ni prevenido respecto a sus pretensiones.

tutela legal de los derechos del procesado. Resulta no solo legítimo sino, en ocasiones, necesario tutelar derechos fundamentales mediante el recurso a la pena²⁰, aunque ello exija establecer límites sobre otros derechos, valores o bienes. La cuestión es identificar si y cuántas de estas ocasiones se dan en el ámbito de las relaciones entre libertad de expresión e información y el derecho al juez imparcial integrado en el derecho a un juicio justo, y cómo hacerlo en el marco de nuestra Constitución, sin vulnerar las garantías esenciales de dichos derechos fundamentales, el principio de legalidad y el de proporcionalidad en sentido amplio.

Asistimos a una situación de cierto abuso, por cuanto es habitual alegar que se actúa “en ejercicio de la libertad de expresión y/o de información” para justificar pretensiones de informar u opinar no amparadas por el derecho. Si ciertas pretensiones de ejercicio caben en el campo constitucionalmente posible de dichos derechos pero inciden en otros valores constitucionalmente relevantes que aspiran a estar vigentes al mismo tiempo que éste —en ocasiones, como la imparcialidad, se trata de intereses con idéntico rango de derecho fundamental— ¿está negada al legislador toda posibilidad de limitar o restringir su ejercicio?. ¿Cuál es la peculiaridad de la libertad de expresión que hace que todos y cada uno de los demás derechos sobre los que se proyecta vean reducidos en su favor sus respectivos ámbitos de tutela o que convierte en inmunes cualesquiera eventuales ejercicios nocivos?²¹. La libertad de expresión no exige tanto, ni el resto de derechos fundamentales tan poco.

²⁰ Los derechos fundamentales son criterios ordenadores de la convivencia de manera que, unas veces, el legislador debe emprender acciones de promoción para favorecer la efectividad en el disfrute de los mismos y, en otras, su tutela legal frente a agresiones que provengan aun de quienes no son poderes públicos, como expone JIMÉNEZ CAMPO, J., “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, VVAA, *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. Alzaga Villaamil, O.), Tomo I, Edersa - Cortes Generales, Madrid, 1996 - 1999, pág. 452.

²¹ Tal es el planteamiento inicial del ensayo de SCANLON sobre la libertad de expresión. SCANLON, T., “A Theory of Freedom of Expression”, *Philosophy and Public Affairs*, núm. 1, 1972, (existe edición en castellano “Teoría de la Libertad de Expresión”, *Filosofía del Derecho*, (Compilador, Dworkin, R.M., trad. Sainz de los Terreros, J.), Fondo de Cultura Económica, México, 1980.)

La vigencia simultanea y efectiva de todos los derechos fundamentales es una exigencia no menos democrática que la defensa de un sistema de libertad de expresión. Pero lo cierto es que en nombre de la libertad de expresión²² se incide impunemente sobre otros derechos, a veces negando tal injerencia —reduciendo en definitiva su contenido—, en otras ocasiones apelando al supuesto cumplimiento de unas funciones superiores legítimas que, en realidad, son ajenas al derecho. Esta situación se produce en diversos ámbitos y frente a diversas clases de intereses: unos resisten mejor el envite porque gozan de mayor tradición en nuestra cultura jurídica (es el caso del honor)²³, otros carecen hoy de contenidos firmemente asentados porque su propia dinámica es cambiante (la intimidad). Por fin, otros, son casi inéditos en nuestra “literatura” y reflexión doctrinal: los que tienen que ver con el derecho a un juez imparcial y a un proceso justo.

Puesto que la tutela del derecho a un juez imparcial podría suponer en estos casos una injerencia, entre otros, sobre el derecho fundamental a la libertad de expresión e información, debemos analizar la cuestión como un presunto conflicto. Pero entiéndase bien: no se trata de un conflicto entre dos derechos fundamentales, por cierto de idéntico rango constitucional, en el que la incidencia de uno sobre el campo de la otra venga resuelta constitucionalmente presumiendo u otorgando preferencia absoluta a uno o a otra, o dejando —deslegalizando, más bien— que sean los jueces quienes hallen tal respuesta, caso por caso. Al legislador ordinario no le corresponde la tarea de reescribir la Constitución estableciendo que un derecho es

²² En la mayoría de supuestos nos enfrentamos ante un uso de la libertad de expresión “como pretexto” para satisfacer otros intereses ajenos a aquellos a los que ésta sirve. La expresión está sacada del libro y el artículo del mismo nombre de VIVES ANTÓN. VIVES ANTÓN, T.S., “La libertad como pretexto”, *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. También mantiene un planteamiento similar FISS, O., *The Irony of Free Speech*, Harvard University Press, 3ª ed., Cambridge (Massachusetts), 1998. (Existe edición traducida al castellano *La ironía de la libertad de expresión*, Gedisa, Barcelona, 1999).

²³ Aun cuando tampoco hoy cabe afirmar que el sistema jurídico le suministre la tutela eficaz que merece.

superior a otro²⁴ ni, mucho menos, cabe dejar que sean los jueces —ni tan siquiera el juez constitucional— quienes lo hagan decidiendo casuísticamente las relaciones jerárquicas entre ellos según sus particulares opciones valorativas²⁵. En el concepto de cada derecho no está contenida la solución a los casos de conflicto, de manera que en este campo la mediación del legislador se hace imprescindible.

Cuando el legislador toma la decisión de tutelar un derecho imponiendo restricciones a la libertad, esa libertad recortada reclama, a su vez, un reconocimiento con apoyo en la Constitución misma. De manera que “el conflicto” discurre entre la pretensión legislativa de tutelar un derecho fundamental y los límites que la Constitución proyecta sobre tal pretensión. Esos límites son, de un lado, la resistencia que las libertades de expresión e información oponen para que no se restrinja indebidamente su contenido; de otro, el respeto por los principios de legalidad y proporcionalidad que la Constitución proclama en garantía de la libertad de los ciudadanos frente a toda injerencia de los poderes públicos. Estos dos principios se toman mucho más exigentes en el caso de una injerencia penal por razón de la naturaleza de la respuesta; en cambio, los derechos a la libertad de expresión e información oponen una resistencia específica comparativamente menor. Por esa razón cabe rechazar la afirmación de que un tipo penal, en estos casos, viene a resolver un conflicto entre derechos fundamentales. El derecho a la libertad de expresión no se enfrenta al derecho a la imparcialidad, sino que el Estado se enfrenta en su pretensión de tutelar penalmente a ésta con la Constitución misma que “defiende” la vigencia de todos los derechos, incluida la libertad de expresión eventualmente recortada²⁶.

²⁴ Como ya dijera el propio TSFA en casos como *Rossenblatt vs. Baer* (1966) o *Gertz vs. Robert Inc.* (1974).

²⁵ Lo que supondría una suerte de deslegalización inconstitucional en el desarrollo de los derechos fundamentales y libertades del título II de la CE, pues al dejar que sean los jueces los que determinen caso a caso, el contenido y los límites de cada derecho en juego se vulnera abiertamente el artículo 53 CE.

²⁶ Por ello el Tribunal extiende su control no solamente a la forma en que el legislador ha actuado, sino también a la de los jueces que aplican tal ley. Es siempre un control en garantía de

La conformidad con la Constitución de una iniciativa legislativa que pretenda tutelar el derecho a un juez imparcial y el juicio justo, aun cuando ello afecte o limite el ejercicio de la libertad de expresión, puede sostenerse hoy conforme a los criterios o límites constitucionales apuntados. Aquí cabe diferenciar dos tipos de análisis:

1º - Si la tutela de la imparcialidad opere sobre un ámbito de pretensiones ajenas a los derechos de expresión e información tal y como han sido constitucionalmente delimitados, la actuación del legislador no supone ninguna suerte de límite a esos derechos y, por tanto, no está sometida a las exigencias que sobre éstos proyecta la Constitución. No obstante, estas libertades precisan de un amplio espacio para desarrollarse y cualquier incidencia en sus alrededores debe operarse con sumo cuidado para no afectarlas²⁷. Cuando la tutela se proyecte sobre un ámbito de pretensiones reconocidas a dichos derechos, es decir, afecte a conductas que son, hasta entonces, reconocidas como libre ejercicio de los mismos, en ese caso sí está imponiendo verdaderos límites y la legitimidad de los mismos dependerá de la observancia de una serie de exigencias de orden formal y material derivadas directamente de la Constitución: previsión legal, respeto al contenido esencial, proporcionalidad en sentido amplio —necesidad, adecuación y proporcionalidad estricta—.

2º - Si la tutela es de carácter penal, la Constitución extrema las anteriores exigencias. Si la tutela pretende operar sobre conductas que, hasta ese momento, constituían ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información, las exigencias de legalidad y proporcionalidad en su sentido amplio son, en efecto, mucho más estrictas que en otros ámbitos sancionadores. De hecho, aun si tipifica

libertad, de asegurar que la actuación del Estado se produce siempre justificadamente, proporcionadamente cuando se restringe el ejercicio de los derechos, que representan espacios de libertad.

²⁷ En la doctrina constitucional americana se alude, en este sentido, al “breathing space principle” y, a la proscripción del efecto desaliento que producen aquellos límites que inciden en el ámbito de ejercicio legítimo (“overbreadth principle”). Vid., NIMMER, M.B., *Nimmer on Freedom of Speech. A treatise on the theory of the First Amendment*, Matthew Bender, Nueva York, 1984, págs. 3-18 y ss, 4-147 y ss.

conductas que no constituyen ejercicio legítimo de esos derechos, pero que son próximas a los mismos, la sanción penal está condicionada por las exigencias derivadas de los que se conoce como la doctrina del “overbreadth”, canon que constituye una variante de la proporcionalidad y que impide que los límites alcancen, por su naturaleza, al contenido de dichos derechos desalentando su ejercicio legítimo (“chilling effect”).

Ello exige como tarea previa la identificación correcta de los derechos concurrentes para, a continuación, fijar con el método propuesto si una determinada propuesta legal de intervención limita efectivamente la libertad de expresión y, en tal caso, si la limitación es o no constitucionalmente legítima. Al fijar el contenido constitucionalmente protegido de ambos derechos (juez imparcial y libertad de expresión), se reduce el campo de conflicto a sus justos términos, pues es sabido que algunos supuestos problemáticos no pueden calificarse auténticamente como de injerencia en el derecho y la proyección de las condiciones constitucionales propia de éstas no afectará a la regulación que no la comporte²⁸.

En definitiva, para valorar la legitimidad de la pretensión de tutela penal de la imparcialidad sancionando determinadas conductas que comportan una lesión de la misma, y que se producen con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión e información a través de los medios de comunicación, se debe emplear un método racional que sólo la Constitución puede proporcionar. Ese método es el que acabo de exponer y que puede sintetizarse en los pasos siguientes: en primer lugar, definir el contenido de la imparcialidad para determinar qué contenidos resulta legítimo proteger. En segundo lugar, identificar las conductas que provocan la lesión de dichos aspectos o contenidos concretos del derecho. En tercer lugar, valorar las referidas conductas lesivas desde la perspectiva del ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión e información para descartar su pertenencia

²⁸ Lo mismo cabe decir respecto de la imparcialidad: una pretensión ajena al contenido reconocido a este derecho no puede tomarse legítimamente como fundamento de una limitación, por incidental que resulte, de las libertades de expresión e información.

al contenido esencial de dichos derechos. En cuarto lugar, analizar la pretensión de sanción de esas conductas a fin de comprobar que se adecuan a las exigencias de legalidad y proporcionalidad en sentido amplio (adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).

II. Estructura y método

El seguimiento de este método se plasma en la propia estructura de esta investigación.

El primer Capítulo está dedicado al estudio de la imparcialidad y, en este punto, surge la necesidad de tomar las primeras decisiones de tipo sistemático, pues, al menos en este aspecto, existen notables divergencias entre la legislación vigente y la concepción del proceso en que este trabajo se alinea.

Formular un concepto de imparcialidad exclusivamente a la vista de la normativa vigente (LECrim) caracterizada en ocasiones por una cierta confusión de funciones entre juez y parte (léase juez de instrucción), y una falta de atención hacia ciertas circunstancias que evidencian la pérdida de las debidas garantías de imparcialidad (LOPJ), resulta ampliamente insatisfactorio. La regulación del proceso penal no acaba de apostar de forma incondicional por el modelo de proceso adversativo y sus carencias, especialmente en la fase de la instrucción del sumario, proyectan una concepción muy limitada y distorsionada de la imparcialidad del juez.

Por ello se ha optado por la reconstrucción del concepto de la imparcialidad desde la Constitución: desde los derechos fundamentales y los principios universales que rigen y no sólo limitan el ejercicio del *ius puniendi* del Estado y que conforman: las reglas del proceso justo. Ese modelo de proceso se define con arreglo a tres elementos centrales: la ley como criterio de juicio, las garantías del proceso debido y la imparcialidad del juez. Ello nos permite ofrecer un concepto de imparcialidad más amplio y, a la vez, objetivo que el que tradicionalmente se emplea derivado de la regulación de nuestras leyes de enjuiciamiento, porque concibe la imparcialidad como

un derecho fundamental del acusado que constituye —junto a los demás derechos fundamentales del acusado— un principio determinante del modo de enjuiciar, una regla esencial del desarrollo del proceso sin cuya concurrencia la idea de juicio justo es, en palabras del Tribunal Constitucional, una simple quimera.

En el segundo Capítulo he abordado la determinación del bien jurídico de la imparcialidad del juez en el ámbito penal que, como se verá, no puede identificarse automática e íntegramente con el contenido del derecho fundamental al juez imparcial. El bien jurídico como concepto tradicional de la dogmática penal también es contemplado desde una perspectiva diferente. Desde hace algún tiempo, y desde diversos sistemas jurídico-penales, viene renunciándose a la idea de tomar el bien jurídico como elemento definitorio central en la teoría jurídica del delito, esto es, como un concepto dotado de un contenido material que represente el mínimo común denominador de todos los tipos penales llamado, por lo demás, a cumplir determinadas funciones sistemáticas, interpretativas, y, sobre todo, de garantía —como límite a la posibilidad del Estado de tipificar penalmente conductas, pero que también opera en la fase de aplicación judicial de la ley—. Pues bien, en este trabajo no sólo se renuncia a emplear ese supuesto concepto material de bien jurídico sino que se renuncia, incluso, a tratarlo como un concepto. Se ha tomado partido, en definitiva, por la formulación procedimental del bien jurídico que formula VIVES ANTÓN²⁹, la cual apela a una racionalidad argumentativa de tipo constitucional. Esto significa que el bien jurídico es sólo el *telos* de una prospectiva sobre la justificación constitucional de la intervención penal sobre la libertad de los ciudadanos. De esta manera, hemos evitado la inflación del bien jurídico que se había producido por la abocación al mismo de toda esa serie de funciones irrenunciables que el Derecho penal está llamado a cumplir en un sistema social y democrático de libertades, pero que le hacían perder cualquier tipo de utilidad dogmática y, desde luego, imposibilitaban la tarea de hallar una definición al mismo predicable de todos los bienes jurídicos (*“per genus proximum et differentiam*

²⁹ VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, (Estudio preliminar de M. Jiménez Redondo), Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

specificam”)³⁰. Ello no significa un desconocimiento de las formulaciones alternativas que, como se verá, han sido expuestas y, en la medida de lo posible, contestadas con el máximo respeto posible por la tradición a la que representan.

La segunda parte del Capítulo segundo se ha dedicado a la identificación de las conductas que se estiman relevantes por la lesión que comportan para la imparcialidad del juez y a la valoración de su gravedad y su lesividad. Dichas conductas se clasifican en tres categorías según se refieran al acceso de los medios de comunicación a las fuentes de información de los asuntos judiciales, a la publicidad perjudicial sobre el objeto del proceso y a las críticas y presiones a los jueces y demás intervinientes. Con ello se ha identificado un bien jurídico cuya tutela es digna, está necesitada y es susceptible de protección penal, lo cual constituye un presupuesto necesario para la legitimación del recurso a la pena.

El Capítulo Tercero se divide en dos grandes apartados. A la vista del objetivo de este trabajo, hemos estimado imprescindible abordar las exigencias genéricas que la Constitución proyecta sobre cualquier pretensión del legislador que incida sobre los derechos fundamentales, pues es evidente que en el planteamiento inicial de este trabajo subyace tal posibilidad. El primer apartado aborda como presupuesto la estructura y principios constitucionales que presiden las relaciones del legislador con los derechos fundamentales, en general, y en el segundo apartado, se hace referencia al ámbito de los derechos sobre los que el legislador pretende incidir y que son, por supuesto, las libertades de expresión y de comunicación de información veraz. De estas libertades nos interesa analizar, según se desprende del modelo de relaciones antedicho, dos aspectos fundamentales: el contenido y los límites, pues ellos son los que determinan el grado de resistencia de los mismos frente a la intervención del legislador de recortar su ejercicio para tutelar la imparcialidad. Es evidente que la Constitución no proyecta las mismas exigencias cuando el legislador opera sobre el ámbito de pretensiones reconocidas a los derechos fundamentales, que cuando son ajenas a éstos, por lo que, en

³⁰ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., Tirant lo

último lugar, y a la vista del contenido de estas libertades, hemos efectuado una valoración de las conductas identificadas como constitutivas de riesgos relevantes para la imparcialidad con el fin de determinar si forman parte o no del ejercicio de dichos derechos de expresión e información y, en su caso, descartar aquellas que forman parte de su núcleo esencial por resultar indisponibles al legislador.

En el Capítulo Cuarto se han proyectado un segundo grupo de exigencias o límites constitucionales al legislador específicamente derivados de la naturaleza penal de la incidencia sobre los derechos y libertades. Si la tutela penal de la imparcialidad prohíbe y sanciona penalmente conductas llevadas a cabo en el ejercicio de las libertades de expresión e información, las exigencias de legitimidad son más estrictas que cuando, por el contrario, la conducta prohibida resulta, *prima facie*, ajena al contenido protegido de esos derechos. Los requisitos constitucionales para imponer límites penales deben adecuarse a las exigencias derivadas de los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad en sentido amplio. Ello se traduce en unos requisitos de carácter formal —la intervención penal debe garantizar la seguridad jurídica y la certeza en las que trae causa el principio de legalidad— y material —la sanción penal sólo puede estimarse justificada si responde a las exigencias de adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad estricta—.

La exigencia de ley en toda regulación que tome por objeto a un derecho fundamental se convierte en una exigencia de ley orgánica cuando esa regulación es de naturaleza penal, es decir, limita el ámbito de ejercicio de la libertad. Además de la referencia a la reserva de ley orgánica, se alude en el trabajo al concepto material de ley, es decir, al cumplimiento de las exigencias que dan fundamento al principio de legalidad y que son la seguridad jurídica y la certeza.

En cuanto a las exigencias materiales, los respectivos apartados III, IV y V del Capítulo cuarto se dedican a los respectivos juicios de adecuación a fin, necesidad y proporcionalidad estricta de la pena. La adecuación de la pena para el fin de tutela de la

imparcialidad exige su valoración como mecanismo apto y eficaz desde cualesquiera de los fines que justifican el recurso a la misma y que, por tanto, precisan ser explicados. Junto a lo anterior, la intervención tiene que ser valorada como necesaria y estrictamente proporcionada. La necesidad se determina conforme al principio de mínima intervención, es decir, que el Derecho penal sólo actúa con carácter fragmentario y subsidiario. La fragmentariedad significa que sólo van a sancionarse los ataques más graves a la imparcialidad, lo cual, de algún modo, ya había sido valorado anteriormente en el Capítulo II. En cuanto a la subsidiariedad de la reacción penal, se ha efectuado un análisis ineludible de los mecanismos de tutela vigentes más o menos directos de la imparcialidad y del juicio justo, tanto penales como de otra naturaleza, con el fin de verificar la necesidad de intervención penal por insuficiencia del sistema de tutela actual. Por último, se ha analizado la proporcionalidad de la pena en sentido estricto, es decir, que la elección de la pena se haga desde la pretensión de imponer la carga coactiva menos onerosa posible respecto de la necesidad de la tutela.

El Capítulo V se ha dedicado al estudio de sistemas penales de tutela de la imparcialidad. En primer lugar se han examinado los modelos más significativos de tutela penal de la imparcialidad y el juicio justo de nuestro entorno cultural con el fin de obtener algunos criterios y sobre todo, de presentar como legítimas algunas propuestas legislativas que ya han sido validadas conforme al Convenio Europeo de Derechos Humanos por parte del TEDH. Esos sistemas son, concretamente, el “contempt of court” británico, los delitos de atentado a la justicia del Derecho penal francés y el delito de interferencia con la administración de justicia del Derecho austríaco³¹. También se han incluido unas referencias al sistema legal estadounidense, pues la

³¹ Esto explica la omisión de toda referencia al sistema alemán, portugués o italiano, prácticamente inexcusable en todo trabajo de investigación penal. Ninguno de los tres sistemas tiene arbitradas medidas de tutela penal, lo que ya en sí constituye una opción de política criminal, pero siendo en esencia idéntica a la perspectiva vigente en España, no me ha parecido imprescindible su estudio. En cualquier caso, la doctrina alemana se ha pronunciado al respecto, pues en dos ocasiones se ha planteado en aquel país la posibilidad de tutelar penalmente el proceso frente a interferencias procedentes de los medios de comunicación. A ellas haremos referencia y, por supuesto, a los autores que respecto a tal posibilidad manifiestan su opinión.

experiencia que arroja aquel país en el campo de las relaciones entre la prensa y la justicia, hace que su estudio sea una tarea obligatoria.

A continuación se ha procedido a la exposición de las distintas alternativas legítimas de intervención del legislador como solución racional al problema de la falta de tutela eficaz de la imparcialidad. Esa, es quizás, la conclusión más importante que puede obtenerse de esta investigación: existen distintas posibilidades de tutelar penalmente la imparcialidad del juez que resultan constitucionalmente defendibles en un Derecho Penal propio de un sistema de libertades. Por ello, y finalmente, se ofrecen unas líneas generales que pueden servir de base para una propuesta de tipificación de las conductas que constituyen una amenaza grave para la imparcialidad y que se llevan a cabo con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión o de información veraz a través de los medios de comunicación.

El trabajo presentado a examen es, sin duda, una investigación multidisciplinar. No se circunscribe al ámbito de la investigación penal, sino que al analizar la legitimidad de una intervención punitiva desde la perspectiva de los principios constitucionales que rigen el *ius puniendi* del Estado, mantiene amplias conexiones con aspectos del Derecho procesal penal, con el Derecho Jurisdiccional y con el Derecho constitucional. Desde luego, el Derecho Penal conserva su protagonismo, y no sólo como la *ratio* que subyace a todo el trabajo, sino porque es genuinamente penal el examen de los principios constitucionales que rigen la actuación del Derecho Penal, desde el alcance de la intervención punitiva del legislador, hasta la interpretación y aplicación judicial de sus disposiciones. También se han abordado cuestiones esenciales en esta disciplina como la dogmática del bien jurídico, la función y fines de la pena, la problemática del injusto de los delitos de lesión o peligro o el análisis de las figuras penales que tutelan en la actualidad los derechos a la imparcialidad y al juicio justo, tanto en España como en otros ordenamientos de nuestro entorno.

La amplitud y heterogeneidad de las materias ha hecho necesario un acotamiento muy riguroso del enfoque, extensión y profundidad con que se abordaba cada una de ellas. De lo contrario, el volumen de información existente habría resultado inmanejable

y, el resultado, ajeno al propósito inicial. Ello repercute, muy especialmente, tanto en el manejo de las fuentes bibliográficas como, especialmente, de la selección de la jurisprudencia, que se centra en la dictada por el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en cuanto a nuestro país, así como en la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Tribunal Supremo Federal Americano. Al final del trabajo se incluye una relación de las sentencias de estos tribunales que han sido citadas en el trabajo.

Respecto de las aportaciones doctrinales que se emplean en esta investigación y que se encuentran recogidas en el apéndice bibliográfico, no voy a entrar ahora a realizar una valoración exhaustiva sobre las mismas, pero debo, al menos, destacar que provienen de disciplinas y ámbitos geográficos muy diversos, como corresponde a la naturaleza de este trabajo. Por otra parte, tratándose de un estudio sobre viabilidad de un tipo penal inexistente, esto es, de una propuesta de *lege ferenda*, la ausencia de un tratamiento integral del asunto en la doctrina penal sustantiva y procesal resulta fácilmente explicable; por ello, se ha intentado ser lo más exhaustivo posible al recoger las opiniones más cualificadas en las distintas parcelas que se han recorrido en ese camino sin desconocer, por otra parte, que una exclusiva atención al estudio bibliográfico puede convertirse, paradójicamente, en el principal impedimento para la producción de cualquier obra jurídica hoy en día, y que, además, puede fomentar “el complejo de analfabeto” que consiste en creer que la palabra impresa hace fe en juicio y fuera de él³².

Al final del trabajo se ofrece una reseña de la bibliografía y las resoluciones judiciales más importantes que han sido citadas. No me ha parecido oportuno incluir las referencias de otras obras consultadas que, sin duda, han servido para formar criterio, pero que no han sido mencionadas expresamente. En cuanto a las resoluciones judiciales, se recogen las sentencias citadas dictadas en España por el

CAPÍTULO PRIMERO JURISDICCIÓN, IMPARCIALIDAD Y JUICIO JUSTO EN EL ÁMBITO PENAL

I. Consideraciones previas

En las reflexiones que voy a ofrecer a continuación abordaré el análisis del concepto doctrinalmente acuñado como “juicio justo”³³ identificado como el conjunto de exigencias que permiten al Juez, como tercero imparcial, dictar una resolución, conforme a Derecho, en un proceso público que garantiza un debate equilibrado entre partes y la presunción de inocencia del acusado; esto es, conforme a los principios que se extraen del conjunto de derechos y garantías procesales constitucionalizadas³⁴. A partir de ahí se intentará ofrecer una visión de la imparcialidad como núcleo básico de ese juicio justo y como propósito específico trataré de mostrar cómo algunas de sus manifestaciones son vulnerables frente a ciertas actuaciones ajenas al proceso, capaces de desvirtuar, en definitiva, el derecho del acusado a un juicio justo.

La configuración de nuestro sistema político viene determinada en la Constitución Española al proclamar en su Preámbulo y, mas adelante, en su Título Preliminar, que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”. La expresa mención de dichos valores

³³ En la jurisprudencia constitucional se hallan desde luego también innumerables referencias al mismo concepto, bien expresadas como “juicio justo”, “proceso justo”, “proceso con todas las garantías” o “proceso debido”.

³⁴ Se puede encontrar jurisprudencia constitucional que vincula la imparcialidad con la idea de la preeminencia del Derecho, del imperio de la Ley. Así, por ejemplo, la STC 150/1989 vincula el principio de legalidad, ante todo, “con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también (...) en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y el artículo 117.1 de la CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están sometidos únicamente ‘al imperio de la ley’ ”.

condiciona nuestra convivencia conforme a dichas pautas o principios que vinculan a todos y, muy especialmente, a los propios poderes públicos.

La manera de conformar la actuación de esos poderes y, en particular, de los integrantes del poder judicial está, por tanto, condicionada por este marco constitucional del que destaca su configuración como Estado de Derecho, esto es, la apuesta por la preeminencia de la ley, expresión de la voluntad general, como vía para garantizar la convivencia democrática.

Pero ocurre que esa preeminencia del Derecho —concepción heredada del Estado liberal que ha pasado a formar parte de la esencia de todo sistema democrático³⁵— que de forma decisiva proclaman tanto la Constitución Española como el preámbulo del Convenio Europeo de Derechos Humanos, resulta no solo un límite a la actuación de los poderes públicos sino que encuentra en la función jurisdiccional un medio de aseguramiento imprescindible, al residir en los Jueces y Tribunales que la ejercen en exclusividad, la potestad de resolver los litigios de naturaleza civil —privados— y de decidir sobre el fundamento de las acusaciones penales conforme a los criterios previstos en las leyes³⁶. De esta manera, el poder judicial sirve de garantía última para la consolidación del Estado de Derecho ya que, al resolver los conflictos que se le presentan con exclusivo sometimiento a la ley, y al margen de cualesquiera otros intereses en juego —públicos o privados, generales o particulares—, sus resoluciones pueden ser vistas y aceptadas como una afirmación de esa preeminencia del Derecho³⁷.

³⁵ VIVES ANTÓN, T.S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1987, reeditado en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

³⁶ Así se expresa el contenido de la garantía jurisdiccional en el artículo 6.1 del CEDH. Afirmar la exclusividad de los Tribunales para “decir el Derecho” en caso de conflicto no significa desconocer y hasta dar preferencia a la coexistencia de otras vías pacíficas de resolución de conflictos en la vida social. Una cosa es garantizar la tutela judicial en la defensa de nuestros derechos e intereses legítimos (universalizar la idea de tutela judicial efectiva) y, otra, que sólo esa sea la forma de resolver contiendas. No obstante, en el ámbito penal, son los Tribunales los únicos legitimados para imponer y ejecutar sanciones.

³⁷ En el mismo sentido se manifiesta BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona, 1992, pág. 33, en alusión al

El sometimiento de la función de resolver los conflictos a la competencia de un Juez, tercero imparcial, es una de las mayores conquistas de la civilización en aras de la convivencia pacífica; pero lo es más todavía tratar de proscribir la arbitrariedad de sus decisiones exigiendo su conformidad con una ley preestablecida. De esta manera, la tutela de los derechos e intereses legítimos conforme a la ley representa no sólo el objetivo de esta función jurisdiccional sino, además, el principio que rige su actuación.

La función jurisdiccional en el ámbito penal, único cauce para la determinación de responsabilidades por la comisión de infracciones penales³⁸, es el máximo exponente de esa exigencia, pero hasta llegar a la actual concepción del sentido y objeto de su función se ha tenido que recorrer históricamente un largo camino en el que se han tomado sucesivas decisiones³⁹ que han ido condicionándola: la primera supuso que ante la comisión de un hecho delictivo el Estado asumiera la pretensión de castigo por entender ofendido, en todo caso, un interés de la colectividad, dicho de otro modo, se otorgó naturaleza pública al delito. A continuación, se asumió en régimen de exclusividad la imposición del castigo, sustrayendo al ofendido cualquier derecho subjetivo a penar a su ofensor. La tercera premisa necesaria ha sido atribuir a un poder independiente del ejecutivo la

proceso debido como un instrumento consecuente del Estado para la satisfacción efectiva de los fines del Derecho y la revitalización de la paz social mediante la vigencia de las normas jurídicas. Para este autor, el objeto central del proceso debido es la tutela de los derechos del ciudadano —configurando, de hecho, el derecho a la tutela judicial efectiva como el derecho matriz de la que el proceso debido es un derecho filial— (pág. 626) y su garantía nuclear la interdicción de la indefensión (pág. 628). También puede verse en este sentido la opinión de DE SALVIA, M., en su trabajo “El derecho a un proceso equitativo, o cómo salvaguardar concretamente la preeminencia del Derecho”, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Departamento de Justicia del Gobierno Vasco - Consejo General del Poder Judicial, Vitoria, 1993.

³⁸ Así lo entiende mayoritariamente la doctrina procesalista como fin del proceso penal, en otras palabras, “la declaración como existente o inexistente de la relación jurídica entre el derecho que nace del delito y su correlativo deber de persecución”. WATCH, A., *Manual de Derecho Procesal Civil*, (trad. Banzhaf, T.A., estudio preliminar Alcalá-Zamora y Castillo, N.), Vol. II, 4ª ed., Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977.

³⁹ En realidad no se trata de una evolución progresiva sino de la historia de una ruptura radical que cabe situar en el paso del siglo XVIII al XIX, es decir, con el triunfo de la Ilustración en la Revolución francesa, que llevó a un entendimiento del ejercicio del *ius puniendi* limitado —como el

competencia sobre la decisión de si procede o no castigar criminalmente, y, concretamente, a Jueces o jurados que representan así una garantía de la imparcialidad de su decisión. La cuarta, aunque íntimamente vinculada a las anteriores, toma partido por un proceso en el que se canalice racionalmente esa pretensión al tiempo que se respetan los irrenunciables derechos de quien, pese a ser acusado, ha de ser presumido inocente, dada la asunción por el Estado de dicha pretensión acusatoria lo que conlleva la ruptura del equilibrio material entre las partes en disputa.

Todos estos son factores decisivos para la asunción de la necesidad de configurar un proceso eficaz pero con garantías de las que el Juez se alce, precisamente, como su valedor. No basta pues con someter la decisión de castigar a un tercero que resuelva con exclusivo sometimiento a la ley penal, sino que se hace menester articular un proceso que garantice la posibilidad de resolver imparcialmente, esto es, manteniendo al Juez como un tercero entre partes iguales. Por eso no basta con que resuelva conforme a ley, sino que debe hacerlo a través de un proceso legal que garantice la tutela de los derechos procesales del acusado.

La justicia llega así a identificarse en un estadio superior como la conjunción de tres elementos: la ley como criterio y fin de la resolución, el proceso como cauce controlado de ejercer la pretensión de castigo desde el respeto a los derechos del acusado y el Juez, como tercero que resuelve imparcialmente en el marco de esos dos elementos.

No procede indagar acerca del Derecho material que corresponde aplicar en el proceso penal. No es que cualquier opción de legalidad penal sea válida, pues precisamente también el legislador penal está vinculado por principios constitucionales formales y materiales a la hora de definir conductas y establecer

penas⁴⁰. Mas, ocurre que al centrarnos en cuándo y cómo una decisión judicial está vinculada a Derecho —como requisitos para su legitimidad—, lo decisivo no es sólo ni exclusivamente cuál sea ese Derecho. La justicia o injusticia de las decisiones judiciales remite a la cuestión de su corrección material a Derecho, de si representan el *ius dicere* al que se destina su función, pero no de cuál sea ese Derecho. Pero, además, y fundamentalmente, es una pregunta acerca del cómo se adopta y por quién, es decir, versa sobre el tipo de proceso y de quién es y cómo actúa el Juez.

A esas preguntas se responde de forma casi automática si se conoce previamente el modelo de poder punitivo y la forma en que se concibe el reparto del poder político en un Estado⁴¹. En nuestro caso, la Constitución nos ofrece el marco legítimo de decisión legislativa y actuación judicial con relación al *ius puniendi* y a la jurisdicción que lo aplica, de forma que trataré de extraer los criterios que de ella se desprenden⁴².

Para obtener resoluciones justas en el ámbito penal (y la justicia y la libertad son valores explícitamente reconocidos en la CE como principios e, incluso, como

⁴⁰ En opinión de RECALDE “las normas penales y del proceso criminal deben ser la misma garantía constitucional, referida concretamente al ejercicio de la coacción del Estado”. Cfr. RECALDE, J.R., “Legitimidad, derechos fundamentales y tentación autoritaria”, *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Departamento de Justicia del Gobierno Vasco - Consejo General del Poder Judicial, Vitoria, 1993, pág. 24.

⁴¹ Compartimos la opinión de quienes, como GÓMEZ ORBANEJA sostienen lo anterior. En efecto, según la concepción del Derecho Penal que se mantenga, distinta resultará, sin duda, la aplicación que del mismo se pretenda, para lo cual resultará decisivo articular una u otra forma de proceso; así, por ejemplo, desde una llamada concepción mínima del Derecho Penal, resultará imprescindible contar con un proceso en el que tengan cabida criterios de oportunidad en el ejercicio de la acción, mientras que quienes mantienen la necesidad de perseguir toda acción delictiva que se cometa, exigirán la obligatoriedad de la persecución y la exclusividad o, cuanto menos, la oficialidad en el ejercicio de dicha acción (lo que se ha venido en llamar por el propio Tribunal Constitucional —STC 41/1997— un “principio de legalidad invertido”). Cfr. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, Vol. II, Bosch, Barcelona, 1951, págs. 160-162.

¹⁰ Sobre la dependencia de la función del Derecho Penal con respecto a las distintas concepciones del Estado, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S., “Reforma política y Derecho penal”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 3, 1977. (Reeditado en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995), págs. 73 y ss.; MIR PUIG, S., *Función de la pena en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. renovada, Bosch, Barcelona, 1982; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, págs. 20 y ss.

derechos fundamentales), hemos de arbitrar mecanismos para que el Juez sólo condene a quien lo merezca conforme a la ley, esto es, a aquel de quien el Estado ha probado fáctica y jurídicamente su responsabilidad personal en un hecho delictivo respetando sus derechos fundamentales. Además, dicha condena debe pronunciarse en un proceso que garantice eficazmente al acusado el derecho a la defensa, la contradicción, la presunción de inocencia, y demás garantías legales. Y, por último, pero quizá lo más importante, debe ser pronunciada por quien es y aparece como un tercero ajeno a las partes en el más amplio sentido de la expresión —institucional, personal y funcionalmente imparcial—.

Tales exigencias se predicán en dos planos diferentes: el legislativo y el judicial. El proceso, desde la perspectiva formal, debe ser articulado por el legislador con pleno respeto a las garantías constitucionales reconocidas al acusado como titular de derechos⁴³. Esta es, en fin una tarea que compete al legislador pero que es insuficiente para predicar que un proceso es justo. Hace falta, además, que en el caso concreto, desde otra perspectiva que podríamos llamar material, el proceso se haya desarrollado con el debido respeto a esas garantías, para lo cual es imprescindible que los Jueces controlen que la pretensión punitiva del Estado se ejerza y debata dentro de los cauces preestablecidos. Tras observar ambas exigencias podremos

⁴³ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 628, llega a decir que el derecho al proceso debido es “prestacional” de los derechos fundamentales de carácter procesal acogidos en el artículo 24 CE. Para ALMAGRO NOSETE, el proceso debido se identifica, precisamente, con la observancia de las reglas procesales cuya finalidad es, de un lado, respetar los derechos fundamentales y, de otro, obtener una sentencia ajustada a Derecho. Vid. ALMAGRO NOSETE, J., “Comentarios al artículo 24”, *Constitución Española de 1978: comentarios a las leyes políticas*, Tomo III, Edersa, Madrid, 1983, pág. 51. Como veremos, la concepción del proceso debido es, para este último autor, mucho más limitada que la que nosotros mantenemos, ya que para que sea “debido” basta con que el proceso se sujete a las reglas procesales, a la legalidad. Para nosotros, en cambio, la sujeción a las reglas procesales es más y es menos, al mismo tiempo, que lo que exige el proceso para ser justo o debido: más, porque no toda regla procesal encarna un principio de garantía del proceso debido, sino que en ocasiones solo traduce una opción de política legislativa, menos, porque no basta con la sujeción a la ley para decir que el proceso es justo, sino que hacen falta muchas otras exigencias, como más adelante se defenderá.

afirmar que el proceso seguido es un juicio justo y que la función jurisdiccional ha sido plenamente satisfactoria y la decisión, sea cual sea, legítima.⁴⁴

Las consideraciones que se ofrecen a continuación acerca del juicio justo como un derecho constitucional⁴⁵ —si no expresamente, si implícitamente deducible— y su contenido concreto enraizado en la exigencia de imparcialidad se apoyan, pues, en una determinada concepción política. La Constitución no define un único modelo de proceso penal pero nuestra lectura del juicio justo resulta, en todo caso, legítima desde los principios emanados de nuestra Carta Magna.

No pretendo ofrecer un modelo procesal concreto, pues la idea de juicio justo es más genérica, descansa en el terreno de los principios; pero, por las mismas razones, he descartado el análisis de la legislación procesal vigente como fuente prioritaria. Aun cuando nuestros procesos penales vigentes permitan una lectura acomodada a las exigencias constitucionales, no puede decirse, precisamente, que encarnen genuinamente la concepción constitucional del juicio justo. Esa concepción, por otra parte, ha provocado la adaptación de la decimonónica legislación procesal penal a sus contenidos y, en el menor de los casos, la relectura o reinterpretación del proceso penal a la luz de la Constitución⁴⁶. En cualquier caso, el

¹² RECALDE, J.R., “Legitimidad, derechos fundamentales y tentación autoritaria”, *op. cit.*, pág. 24, expresa esta idea según la cual la respuesta del Estado frente al ejercicio de la violencia privada es un sistema legal de garantías no puede ser otra que someter la coacción estatal “a los límites de defensa de las garantías de cada individuo, incluido el presunto delincuente. Olvidarse de ello supondría caer en el autoritarismo de un sistema político, aunque este fuera mayoritario”.

⁴⁵ Seguimos en este punto fielmente la concepción de CRUZ VILLALÓN sobre los derechos fundamentales. En efecto, para este autor, lo que caracteriza a los derechos fundamentales es su consagración constitucional, porque de ello se deriva, precisamente, su fuerza para obligar en la práctica a todos y frente a todo en oposición a las meras Declaraciones de Derechos, que enumeran valores de convivencia pero sin *vis compulsiva*. Las Declaraciones de Derechos vendrían a ser un estadio más primario en la construcción de los derechos. CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989.

⁴⁶ La lectura del actual proceso penal a la luz de la Constitución permite afirmar, como ha dicho el propio Tribunal Constitucional que, tras las últimas reformas, se trata de un modelo posible dentro del marco constitucional. Sin embargo, ello no empece a cuestionar si el modelo procesal vigente es el más deseable desde nuestra Constitución. Una cosa es interpretar los preceptos de la LECrim en clave constitucional y otra que ésta encarne, en rigor, el modelo de proceso que nuestra Constitución favorece. Nuestra LECrim dirigida originalmente a consolidar un determinado modelo



vigente no es el único modelo de proceso que cabe en el marco constitucional, así que es legítimo pensar en opciones alternativas que se antojan no sólo más garantistas sino también más eficaces. Desde luego que la ley vigente será tomada en consideración, como también lo serán los Convenios internacionales vinculantes (en especial el CEDH), los precedentes históricos, el Derecho y la jurisprudencia comparados.

El artículo 6 del CEDH, en su apartado primero, declara: “toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella”. Por su parte, la Constitución Española en el artículo 24.2 reconoce: “todos tienen derecho al Juez predeterminado por la ley (...), a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías (...)” y en su artículo 117.3 establece que “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes (...)”, órganos “integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles y responsables, y sometidos únicamente al imperio de la ley”, (artículo 117.1 CE).

Sirva la reproducción parcial de estos preceptos para poner de manifiesto que, cuando en este trabajo se habla de proceso debido o juicio justo, me estoy refiriendo, exclusivamente, al proceso jurisdiccional celebrado ante órganos competentes conforme a reglas legalmente establecidas. Es necesario precisarlo porque la noción de proceso debido es en términos históricos y de Derecho comparado más amplia: tiene su origen en la cláusula del “due process of law” proclamada en la Constitución norteamericana cuyo ámbito, como después veremos, trasciende de lo jurisdiccional a toda actuación de carácter público.

de poder judicial y de proceso perfectamente acorde con nuestra Constitución actual, sufrió posteriormente continuas reformas deficitarias en materia de garantías y de eficacia, tan sólo paliadas parcialmente en los últimos tiempos.

Además, vamos a concentrar nuestra atención en un modelo de proceso específico como es el proceso penal. Es cierto que las garantías asociadas al proceso debido no son, ni mucho menos, privativas de este orden jurisdiccional, pero no es menos cierto que el proceso penal es, por los intereses en juego y por la gravedad de las sanciones asociadas a su actuación, el que reclama con mayor exigencia dichas garantías.

II. Las fuentes que conforman la concepción del juicio justo respecto al proceso penal

Al tratar de identificar el concepto de juicio justo ya he adelantado que se trata de una idea implícitamente expresada pero no definida en nuestra Constitución ni en las leyes, y cuyo contenido, lejos de resultar inmutable, resulta ser el producto de un proceso de decantación histórica⁴⁷. La doctrina utiliza, indistintamente, diversas expresiones para referirse a la misma idea, la del juicio justo, unas veces como garantía, otras como principio y otras como derecho fundamental⁴⁸.

Que tal concepto no venga definido en nuestras leyes procesales no sorprende, puesto que no se trata de un concepto legal sino de una construcción jurídica que la doctrina constitucional ha elaborado mediante una labor de exégesis a partir de los

⁴⁷ Como ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional: “La lucha por un proceso penal público, contradictorio y con todas las garantías se inició en la Europa continental hacia la segunda mitad del siglo XVIII, frente al viejo proceso inquisitivo, y con logros parciales pero acumulativos, se prolonga hasta nuestros días, como lo ponen de manifiesto diversos preceptos del artículo 24 de nuestra Constitución (...)” (SSTC 9/1982 y 197/1995).

⁴⁸ La expresión más frecuente es la de “proceso debido”, adaptación directa del “due process of law” norteamericano; la emplean, entre otros, LINARES, J.F., *Razonabilidad de las leyes: el debido proceso como garantía innominada de la Constitución argentina*, 2ª ed. actualizada, Editorial Ástrea de Rodolfo DePalma y Hnos, Buenos Aires, 1970; GARCÍA PONS, E., “Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 136/1997. (Aporía del principio *pro actione* en el ámbito temporal del proceso debido)”, *Revista General de Derecho*, núm. 640/641, 1988; MINVIELLE, B., *La prueba ilícita y el debido proceso penal, enfoque constitucional de la búsqueda de la prueba en el proceso penal*, Amalio M. Fernández, cop., Montevideo, 1988; BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, op. cit. y ESPARZA LEIBAR, I., *El principio del proceso debido*, Bosch, Barcelona, 1995. Entre los autores españoles, emplea la

derechos y garantías del proceso constitucionalizadas. No obstante, aun cuando en la legislación procesal penal vigente no se consagren formalmente las garantías que lo integran, no cabe deducir que sean totalmente ajenas o preteridas en su contenido como revela y muy elocuentemente, la Exposición de Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (puesto que este ámbito constituye exclusivamente el objeto de nuestra atención).

La Constitución, y la tradición política liberal a la que pertenece, son, pues, las que nos van a dar la pauta para determinar el conjunto de garantías que conforman el derecho fundamental a un juicio justo, y, más genéricamente, la configuración de la función jurisdiccional penal en nuestro país. En cambio, no puede soslayarse en esta tarea el estudio del texto del CEDH, cuyo artículo 6, apartado primero, reconoce el derecho a que el fundamento de cualquier acusación en materia penal sea oído equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley.

La noción constitucional del juicio justo se ha construido progresivamente por el propio Tribunal Constitucional al referirse, siquiera de forma genérica, al conjunto de derechos fundamentales que asisten al acusado y que constituyen las reglas esenciales del proceso penal. En dicha tarea la influencia de la jurisprudencia norteamericana es indudable, sobre todo porque el concepto genuino de juicio justo arranca de la garantía del “due process of law” —debido proceso jurídico— consagrada en la Declaración de Derechos norteamericana para evitar la arbitrariedad por parte del Estado de ejercer su pretensión de privación de la vida, la libertad o la propiedad de cualquier ciudadano y, más específicamente, de su concreción en el ámbito de las causas penales que es, precisamente, el concepto de juicio justo —“fair trial”—⁴⁹. Ha sido la propia jurisprudencia constitucional norteamericana la que ha

expresión *juicio justo* por la que se opta en este texto LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, J., *El Convenio, el Tribunal Europeo y el derecho a un juicio justo*, Akal, Madrid, 1991.

¹⁷ Traducimos la expresión “of Law” del texto original, como “jurídico” o “en Derecho”, comprensivo de todo el ordenamiento, frente al adjetivo “legal” —sin duda más restrictivo— que remite al sentido formal de “previsto en la ley”. Por su parte, “due” es frecuentemente traducido como

consolidado progresivamente diversos principios y reglas sobre los principios que rigen el ejercicio de la acción penal, en general, y la forma de celebrar un juicio penal, en particular, siguiendo el característico modelo de proceso *contradictorio*. Las garantías del juicio justo en el ámbito del proceso penal han sido recogidas, en gran medida, por nuestra propia jurisprudencia constitucional, dada la correspondencia entre los principios constitucionales que diseñan la actuación jurisdiccional penal en nuestro país, identificados con el llamado proceso acusatorio, y los principios característicos del modelo anglosajón y, paradigmáticamente, del proceso norteamericano.

En la línea de construir una auténtica noción de juicio justo, hay que tener muy presente no sólo el texto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y del CEDH sino, especialmente, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como canon hermenéutico mínimo, poniendo ya de manifiesto que la misma ha incidido decisivamente en la interpretación de las garantías del proceso penal en nuestro ordenamiento interno⁵⁰.

“debido”, y sin restar validez a la expresión, preferiremos emplear respecto al sistema español otras acepciones del término como son las de “justo” o “equitativo”, ya que con ello ponemos el acento en la idea de imparcialidad que define el proceso judicial. En la propia Sexta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos se alude al “fair trial”, esto es, al proceso justo, equitativo o imparcial

⁵⁰ Sobre el grado de vinculación que a la jurisprudencia del TEDH se reconoce en nuestro sistema interno debe recordarse que el Tribunal Constitucional ha resaltado desde sus primeras resoluciones la importancia que tiene el contenido de sus decisiones en virtud del mandato que se deriva del art. 10.2 de la Norma fundamental; pese a que ni el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ni la jurisprudencia que lo interpreta, son canon de validez de los actos de los poderes públicos desde la perspectiva de los derechos y libertades que nuestra Constitución reconoce y protege, sí constituyen un medio valioso para configurar el contenido y alcance de tales derechos y libertades, desde el momento en que prefiguran un contenido mínimo al que nuestra Constitución puede, no obstante, exigir requisitos adicionales para su afección (STC 38/1981, fundamento jurídico 4º).

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

En nuestra jurisprudencia se pueden hallar numerosos pronunciamientos en los que el Tribunal Constitucional se refiere al conjunto de reglas esenciales de procedimiento que la Constitución reconoce como derechos fundamentales (art. 24.2 CE) y que conforman la noción de juicio justo o de proceso debido. En otras ocasiones el Tribunal emplea otra expresión, con un significado algo más estricto, que es la del derecho a un proceso con todas las garantías para aludir específicamente a la forma de celebrarse el proceso penal⁵¹. En ambos casos, podemos hallar un paralelismo en origen íntimamente vinculado a las equivalentes expresiones anglosajonas de “fair trial” y “due process of law” paradigmáticamente conformadas en la doctrina constitucional de los Estados Unidos.

En efecto, la Constitución de los Estados Unidos y, concretamente, el grupo de las diez primeras enmiendas que conforman la llamada Declaración de Derechos (“Bill of Rights”), constituyen el texto jurídico de referencia clásico en la formulación doctrinal de las exigencias del juicio justo. Entre los sistemas jurídicos que acogen el denominado proceso penal acusatorio ninguna jurisprudencia como la norteamericana ha abordado tantas veces y con tanta precisión el alcance de los derechos del acusado a un juicio justo. Estos derechos vienen recogidos expresamente en la Sexta Enmienda de la Constitución americana al garantizarse que en todo procedimiento criminal el acusado tendrá derecho a ser juzgado por un Jurado imparcial a través de un proceso público, expeditivo, que garantice efectivamente sus posibilidades de defenderse y de hacerlo, además, en igualdad de oportunidades con la acusación⁵². El derecho a un juicio público, por un jurado

⁵¹ Utilizan esta expresión, entre otras, las SSTC 47/1987, 194/1987, 40/1988, 71/1988, y 30/1989.

⁵² La Sexta Enmienda dice: “En todas las causas penales, el acusado gozará del derecho a un juicio público y expedito a cargo de un Jurado imparcial del Estado y distrito donde el delito haya sido

imparcial, rápido, con igualdad de oportunidades y garantías para la defensa constituyen la esencia del procedimiento penal acusatorio —contradictorio— norteamericano.

No obstante, hacer referencia exclusivamente a la Sexta Enmienda es insuficiente para entender la verdadera magnitud de la cuestión. Porque si esas son las reglas esenciales de justicia del procedimiento jurisdiccional penal, ello es posible porque la propia Constitución ha establecido una premisa según la cual la potestad del Estado sobre la vida, la libertad y la propiedad de sus ciudadanos está sometida a un procedimiento jurídico, y esencialmente justo (“due process of law”). De esta forma, todos los poderes del Estado, tanto el legislativo, como el judicial y, por supuesto, el ejecutivo deben someter sus actuaciones a pautas regladas, a procedimientos reglados que no solo implican legitimidad jurídica formal sino, también, material⁵³.

La cláusula que recoge el “due process of law” viene proclamada desde 1791 en la Quinta Enmienda de la Constitución americana y con idéntica expresión se incorporó posteriormente (1868) a la Decimocuarta Enmienda⁵⁴ para restringir también el poder de los Estados. En ambos casos constituye uno de los mandatos más importantes que se contienen en la misma para proscribir la arbitrariedad de los

cometido, distrito que habrá sido determinado previamente conforme a la ley; y tendrá derecho a ser informado de la naturaleza y causa de la acusación; a confrontarse con los testigos que depongan en su contra; a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con asistencia letrada apropiada para su defensa”.

⁵³ Se correspondería con nuestra formulación europea del principio de legalidad de los delitos y de las penas acuñado por Feuerbach y procedente del pensamiento ilustrado (*vid.* art. 8 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789) y comprensivo de las correspondientes garantías de legalidad penal, criminal, procesal y en la ejecución. *Vid.*, por todos, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 105-120.

²² En ambos casos se utiliza la misma expresión: “(...) ni se le privará de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso jurídico (...)”

poderes públicos sobre el ciudadano, una idea típicamente arraigada en el liberalismo político del Siglo XIX⁵⁵.

Los orígenes de esta expresión, según la opinión mayoritaria en la doctrina americana, se remontan a la Carta Magna inglesa en su versión de 1235, la cual disponía que el Rey no podía encarcelar o privar de sus derechos a una persona “salvo como resultado del juicio jurídico de sus iguales o por el derecho común”⁵⁶. Ciertamente este sometimiento del poder regio a un proceso jurídico nos confirma la idea de que en la cultura anglosajona, desde antiguo, se ha considerado que los procedimientos son la base de la justicia y permiten limitar la arbitrariedad del poder⁵⁷ —por cierto, juicios a cargo de los iguales, de los pares, en clara alusión a la institución del Jurado—. Ciertamente aquella declaración contenía otras advertencias adicionales, como lo demuestra la llamada al reconocimiento de la superioridad del derecho común, de la ley de la tierra sobre otras fuentes de Derecho,⁵⁸ que no son objeto de nuestro estudio.

⁵⁵ De hecho, como algunos autores consideran, lo que se proclamó en la Declaración de Derechos norteamericana fue el primado del principio general de legalidad, creación genuinamente ilustrada. Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, Debate, Madrid, 1987, pág. 109.

⁵⁶ En la versión de 1335 se empleó literalmente la expresión “due process of law” pero, anteriormente se aludía a la “rule of law”.

⁵⁷ ZAGREBELSKY apunta un cierto paralelismo entre principio de legalidad y “rule of law”: ambos proscribían la arbitrariedad del poder, pero mientras el absolutismo regio fue derrotado, en el continente, como poder regio —sustituyendo al rey por otro poder absoluto—, en Inglaterra lo fue como poder absoluto —a favor del Parlamento—. ZAGREBELSKY, G., *El Derecho dúctil*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 25.

⁵⁸ En el Capítulo 3 de 28 Edw. III (1335) que, a su vez, se remonta al famoso Capítulo 39 de la Carta Magna (versión de 1215) se garantiza a los ciudadanos libres la inmunidad personal “excepto por un juicio legal de sus pares o por la ley de la tierra”. De modo que puede decirse que la “rule of law” surge inicialmente como un límite al poder del Legislativo y del Gobierno. Vid. CORWIN, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, (trad. Leal, A.), edición en castellano correspondiente a la 14ª edición en inglés, Fraternal, Buenos Aires, 1987, págs. 497 y 498.

Como acertadamente sostienen COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pág. 62, la Carta Magna consagra la llamada “rule of law”, sobre todo, como una garantía jurisdiccional, por lo que en modo alguno debemos referirnos a ella como el precedente histórico del principio de legalidad y de su característica esencial: la supremacía de la ley sobre todos los poderes, incluido el de los Jueces. Éste es creación del

Cuando se proclama en Estados Unidos la mencionada fórmula en una enmienda constitucional, se incorporan exigencias inéditas al limitado contenido de la garantía jurisdiccional en la imposición de penas puesto que no solo va a tener incidencia en el ejercicio de la potestad punitiva, sino sobre toda acción del Estado. Al exigir, en esencia, un procedimiento, esto es, un cauce jurídico racional en la adopción de decisiones que afectan a la vida de los ciudadanos, se sublima la idea democrática del control del poder por el ciudadano, del autogobierno. Lo que persigue con carácter general el “due process of law” es la proscripción de la arbitrariedad sometiendo las acciones del poder a procedimientos jurídicos en los que las decisiones son controlables y contrastables con respecto a parámetros racionales.

La proyección de la cláusula del “debido proceso jurídico” sobre la potestad punitiva afecta a diversos planos. En primer lugar, sobre la pretensión de condena que ejerce el Estado —al atribuirse el ejercicio de la acción penal al Ministerio Público integrante del poder ejecutivo— frente a quien es acusado de un delito, sometiendo a reglas procedimentales sus facultades de investigación y, posteriormente, su actuación en el propio proceso. El mismo sometimiento de la pretensión de condena a la decisión de un tercero imparcial y por medio de un juicio justo representa una primera fuente de limitaciones al poder ejecutivo. Pero incluso antes la validez de las investigaciones que pretenda llevar a cabo para cumplir su deber de averiguación de los delitos se condiciona a la estricta observancia de los derechos fundamentales del investigado en la forma de obtención de las pruebas de cargo —en especial, a su intimidad, libertad y presunción de inocencia—, de modo que no todo lo que sea eficaz para el descubrimiento del delito resulta, sin más, legítimo⁵⁹.

pensamiento ilustrado y se consagró positivamente por vez primera en el art. 8 de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano de 26 de agosto de 1789.

⁵⁹ A estos efectos resulta procedente recordar que la Cuarta Enmienda, por ejemplo, garantiza los derechos a la intimidad y la libertad personal frente a detenciones y registros arbitrarios al exigir para ello un mandamiento judicial basado en un motivo verosímil (“probable cause”), apoyada por juramento o promesa y que describa con precisión el lugar que habrá de ser inspeccionado y las personas o cosas que serán objeto de detención o decomiso.

De esta manera el objeto del juicio penal se condiciona ya desde instancias previas al mismo, con carácter general, en virtud de la cláusula del debido proceso jurídico. En el caso de los delitos capitales —castigados hasta con pena de muerte—, la Quinta Enmienda añade otras condiciones aún más severas a la pretensión acusadora: prohibición de acusar dos veces por el mismo delito, reconocimiento del derecho a no declarar contra uno mismo y existencia de una acusación o denuncia formulada por un Gran Jurado⁶⁰.

La proyección de la cláusula sobre el tipo de proceso al que se somete el enjuiciamiento de la pretensión del Ministerio Público se concreta, básicamente, en las exigencias del “fair trial”⁶¹ que proclama la Sexta Enmienda⁶². La posible imposición de la pena que corresponde declarar al Juez tras la decisión de condena de un Jurado imparcial⁶³ exige a aquél una intervención activa que garantice al acusado un juicio esencialmente justo y equitativo (“fair”). El procedimiento jurisdiccional se caracteriza por la idea de juego limpio y las reglas que proclama la Sexta Enmienda representan el marco legítimo de actuación para las partes⁶⁴. El Juez es el árbitro encargado de dirigir un debate contradictorio y de hacer respetar esas

⁶⁰ La Quinta Enmienda se refiere a estos aspectos al señalar: “Nadie tendrá que responder por un delito capital o infamante por algún otro concepto, si un Gran Jurado no lo acusa o denuncia, (...), tampoco podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; ni se le obligará en una causa penal a declarar contra sí misma (...)”.

⁶¹ Según FLETCHER, G.P., “(...) la Sexta Enmienda pretende garantizar la igualdad de armas en el juicio, mientras que la Quinta procura limitar las armas de la acusación para proteger al inocente”. Vid. FLETCHER, G.P., *Las Víctimas ante el Jurado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 220.

⁶² A partir de ahora, cuando hagamos referencia a la cláusula del “due process of law” en su sentido original, más amplio, emplearemos la expresión “proceso debido” (nuestro juicio justo), mientras que cuando concretemos su aplicación al ámbito de garantías estrictas de la jurisdicción penal, nos referiremos a ella como sinónimo de “fair trial”, de juicio justo o de proceso con todas las garantías.

⁶³ La definición de un jurado imparcial se sigue manteniendo fiel a las palabras que hace casi doscientos años pronunciara el juez Marshall: “an impartial jury (...) must be composed of men who will fairly hear the testimony which may be offered to them, bring in their verdict according to the laws arising on it”. *United States vs. Burr*, 25 Fed. Cas. 38 (1807).

⁶⁴ La idea de que la imposición de sanciones exige el sometimiento del poder del Estado a unas reglas está implícita en la concepción contradictoria del proceso en el mundo anglosajón, una concepción arraigada, según FLETCHER, G.P. en la idea de respeto a las reglas del juego limpio. FLETCHER, G.P., *Las Víctimas ante el Jurado*, *op. cit.*, págs. 207 y ss.

normas, en particular las que favorecen la posibilidad de defensa del presunto inocente, para garantizar que el resultado sea y pueda ser visto como justo — especialmente importante cuando resulta condenatorio—⁶⁵.

Este recurso literario al ejemplo deportivo no debe interpretarse torcidamente, pues nada más lejos de la concepción que aquí se mantiene sobre el proceso penal que la de un juego entre partes. El proceso penal no es, ni en Estados Unidos, ni en país alguno en que exista monopolio del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*⁶⁶, un proceso privado entre partes que disponen libremente su objeto. La tan denostada referencia al ejemplo deportivo⁶⁷ se emplea en este contexto con una pretensión bien distinta, esto es, para reforzar la imagen de que el proceso jurisdiccional en Estados Unidos es, en esencia, un debate equitativo y contradictorio⁶⁸ entre las partes. Un debate gobernado por un conjunto de reglas cuya finalidad consiste en que la imposición del castigo queda legitimada porque aquel contra quien se dirige tiene posibilidades reales de refutar la acusación. Si tal objetivo se alcanza es porque pese a que el acusado es inicialmente presumido inocente, se probó legal y debidamente que no lo era.

De lo anterior se deduce cuál es la concepción del reparto de poder político sobre la que descansa el modelo de proceso debido en Estados Unidos. No existe duda alguna acerca de que el sistema de enjuiciamiento penal se corresponde con el

⁶⁵ La conexión entre debido proceso, proceso con garantías y observancia de derechos fundamentales evidencia la concepción subyacente del Derecho norteamericano de que la justicia es, ante todo, debate ordenado, sometimiento a reglas de procedimiento y, además, a unas reglas justas, conformadas desde la idea de derechos fundamentales. Sobre la admisibilidad universal de este planteamiento incidiremos más adelante en el epígrafe denominado “proceso y teorías de la verdad”.

⁶⁶ El monopolio del Estado en el ejercicio del poder de castigar se considera como una conquista de la civilización, como con todo acierto califica el profesor MONTERO AROCA, ya que al “expropiar” a los particulares de toda suerte de derecho subjetivo a penar a quien les ofende con el delito, se somete a toda una serie de limitaciones y controles. MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, *passim*.

³⁴ Como reconoce AMODIO en AMODIO, E. y BASSIOUNI, M.C., *Il processo penale negli Stati Uniti d'America*, Giuffrè, Milán, 1988, págs. XXII y ss.

⁶⁸ Contradictorio es un adjetivo referido al proceso; que alude a la exigencia de confrontación entre partes y es equivalente a “adversativo”.

comúnmente conocido proceso acusatorio pero, además, la pretensión de garantizar al inocente su inmunidad y la asunción de que el poder de policía del Estado debe limitarse, ha llevado a un reparto de funciones muy preciso en el proceso entre el poder ejecutivo y el judicial: en la medida en que el Ministerio Público ejerce la pretensión acusatoria, se vuelve necesario someter a un control de razonabilidad o proporcionalidad en sentido amplio sus facultades de intromisión en la vida del ciudadano, tarea que corresponde a un Juez tercero imparcial⁶⁹. Desde la investigación de un delito, cualquier afeción a los derechos fundamentales — incluyendo la adopción de medidas cautelares sobre la vida, la propiedad o la libertad del ciudadano— y hasta la propia razonabilidad de la pretensión de acusar, queda en manos de la decisión judicial, que valorará su procedencia o no en atención al caso⁷⁰. Respecto al proceso mismo, el Juez se limita a garantizar el debate confrontando a las partes, dentro de las reglas legalmente establecidas. De esa manera ayuda a que la toma de decisión del juicio se efectúe en un contexto óptimo y sobre un objeto reglado.

⁶⁹ En un sentido similar puede interpretarse la concepción de justicia como equidad o imparcialidad que mantiene BRYAN BARRY muy próxima a la Teoría de la Justicia de J. RAWLS. Para él se llama teoría de la justicia como imparcialidad a aquella teoría de la justicia que consigue sentar las bases de un acuerdo razonable. Son principios de justicia aquellos que satisfacen sus condiciones (proporcionan una base razonable para el asentimiento no forzado de quienes están sometidos a ellos). Los principios son imparciales porque representan cierto tipo de igualdad: todos los afectados se someten a ellos porque sienten que obran del modo que razonablemente se podía esperar. Los principios son incompatibles con privilegios basados en motivos irrazonables. La teoría de la justicia debe estar basada en la razón, no entendida como pura deducción lógica sino como argumento razonado a partir de premisas aceptadas universalmente. En este sentido, razonado se opone a impuesto por autoridad, prescripción, revelación o coacción. Cfr. BARRY, B., *La justicia como imparcialidad*, Paidós, Barcelona, 1997.

⁷⁰ La diferencia entre la titularidad de la investigación y el control de la preparación del juicio se manifiesta meridianamente en el proceso americano: la primera corresponde, exclusivamente a la policía y al Ministerio Fiscal, mientras que la segunda, que es una función jurisdiccional, está en manos del Juez; en la investigación al Juez sólo le corresponde decidir si es o no necesario afectar derechos fundamentales o adoptar medidas cautelares durante una investigación a la vista de los legítimos intereses concurrentes: por una parte la averiguación de un presunto delito y, por otro, los derechos del acusado. Ni la investigación es actividad jurisdiccional, ni la preparación del juicio se reduce sólo a la investigación, pues, en último término, también se somete a decisión judicial la razonabilidad de la pretensión acusatoria. Así se completan las exigencias del “due process of law” en la fase preliminar al juicio.

Así entendido, el “due process of law” vendría a imponer un cauce de control sobre el Estado con relación a la potestad punitiva en un último aspecto: frente al legislador, a fin de determinar si en la articulación legal del ordenamiento punitivo —sustantivo y procesal— por el que se opta se han respetado las garantías reconocidas en la Constitución en general, y en sus Cuarta, Quinta, Sexta y Octava Enmiendas, en particular (la última de ellas, no mencionada hasta el momento, tiene que ver con la exigencia de proporcionalidad de fianzas, multas y penas).

El haz de garantías que conforman el juicio justo de la Constitución norteamericana se concibió inicialmente, como el resto de previsiones del “Bill of Rights”, para operar exclusivamente en el ámbito federal⁷¹ —léase, mejor, controlar el poder federal—⁷². Pero, a través de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal americano sobre la Decimocuarta Enmienda, dichas garantías se han extendido casi íntegramente al ámbito procesal penal de los Estados⁷³. De este modo, la “constitucionalización del proceso penal”⁷⁴ ha extendido un cierto paradigma de sistema de enjuiciamiento penal en todo el territorio de los Estados Unidos, sin perjuicio del reconocimiento de un considerable margen de discrecionalidad a la

⁷¹ La idea de los promotores del “Bill of Rights” era el aseguramiento efectivo de los derechos de la persona frente a los abusos del poder, objetivo que, según su concepción, no quedaba suficientemente garantizado en la Declaración de Independencia. Sobre la intrahistoria de la promulgación del “Bill of Rights” existe una inabarcable bibliografía que discurre entre las narraciones descriptivas de carácter histórico y las que indagan sobre los propósitos últimos de su adopción. Entre estas últimas resulta muy interesante el artículo de RUMBLE, W.E., “James Madison on the Value of Bill of Rights”, *Constitutionalism*, Pennock y Chapman, New York University Press, Nueva York, 1979, págs. 122-162.

⁷² Las razones por las cuales el “Bill of Rights” se promulgara exclusivamente para el ámbito federal son de tipo histórico y obedecen, fundamentalmente, a la conjugación de dos circunstancias concurrentes en el momento de la promulgación de la Constitución: por un lado, la necesidad de revestir al poder del recién creado gobierno federal de las suficientes restricciones como para no levantar los recelos de los Estados y, en segundo lugar, por el deseo de evitar con el primado de la cláusula del debido proceso cualquier comparación con las prácticas políticas arbitrarias de la corona británica.

⁷³ CORWIN, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, op. cit., pág. 610.

⁷⁴ Expresión literalmente tomada del Capítulo Primero del manual de los profesores ISRAEL, J.H. y LAFAYE, W.R., *Criminal Procedure: Constitutional Limitations*, West Publishing Company, St. Paul (Minnesota), 1980.

soberanía de los Estados para fijar ciertas diferencias en sus respectivos ordenamientos. En cualquier caso, el camino recorrido no ha sido sencillo ante las reticencias de los propios Estados a someter su autonomía legislativa al control del Tribunal Supremo y por el apoyo que desde ciertos sectores doctrinales se ha prestado a esta resistencia al entender que el máximo Tribunal estaba desequilibrando en su favor la balanza entre los poderes del Estado erigiéndose en un inadmisiblesuprapoder legislativo⁷⁵.

Lo cierto es que ante la presencia de una expresión tan poco precisa como la que emplean la Quinta y Decimocuarta Enmiendas, el Tribunal Supremo no puede concretar exactamente una fórmula universalmente aplicable a todo proceso para conformarse a las exigencias de justicia que ambas requieren. El Tribunal ha optado por un entendimiento flexible de la cláusula y ha interpretado, en consecuencia, con mayor o menor extensión su alcance y contenido en función, sobre todo, del momento procesal al que se hacía referencia⁷⁶.

Esta concepción flexible ha planteado grandes problemas a la hora de determinar el perfil constitucionalmente exigible a los procesos penales de cada Estado, ya que lo que el TSFA ha entendido que condensa la idea de “due process” en el ámbito jurisdiccional, es decir, el “fair trial” de la Sexta Enmienda, es

⁷⁵ En la bibliografía norteamericana de los últimos tiempos pueden encontrarse numerosos escritos que cuestionan desde diversas perspectivas la tarea de control (“judicial review”) que el TSFA ejerce en el ámbito legislativo y, muy especialmente, del proceso penal. Cfr. BERGER, *Government by Judiciary* (1977); LUSKY, *By What Right? A commentary on the Supreme Court's Power to Revise the Constitution* (1978); FUNSTON, *Constitutional Contrarrevolution? The Warren Court and the Berger Court: Judicial Policy Making in Modern America* (1977), bibliografía citada OSAKWE, C., “The Bill of Rights for the Criminal Defendant in American Law”, *Human Rights in Criminal Procedure. A Comparative Study*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya, 1982, págs. 259-312.

⁷⁶ El Juez del TSFA Frankfurter expresó este concepto de proceso debido flexible en un voto concurrente a la sentencia del caso *Joint Anti-fascist Refugee Committee vs. Mc Grath*, 341 U.S. 162-163 (1951) según hace constar OSAKWE, C., *ibid*, pág. 261, en los siguientes términos: “ ‘Due Process’ (...) no es un concepto técnico con un contenido inalterable con respecto a circunstancias de tiempo o lugar (...) con relación al poder punitivo expresa ese sentido de tratamiento justo presente durante siglos en la historia constitucional y la civilización anglo-americana (...) no es un instrumento mecánico (...) es un proceso de adaptación dinámico indisolublemente unido a la tarea de juzgar de aquellos a quienes la Constitución confió la transparencia del proceso.”

exclusivamente aplicable al ámbito federal⁷⁷. Desde luego, la Decimocuarta Enmienda se limitó a consagrar la aplicabilidad a los Estados del “due process” (Quinta Enmienda) cuando podía haber ordenado también la aplicabilidad de otras garantías —y concretamente las de la Sexta Enmienda—. No hacerlo así fue entendido durante muchos años como una decisión consciente de excluir la imposición a los Estados de ésta y otras disposiciones, pero el proceso de “incorporación selectiva” del “Bill of Rights” al ámbito estatal de la Decimocuarta Enmienda se hizo, con el tiempo, inevitable⁷⁸.

El TSFA debatió profusamente durante los años sesenta a ochenta, especialmente, acerca de si se extendía y con qué alcance todo o parte del “Bill of Rights” a los Estados. Sus Magistrados más relevantes expusieron argumentos que han llegado a la consideración de escuelas de pensamiento en el campo constitucional. La primera jurisprudencia procedió a concretar garantías del proceso penal implícitas en el concepto de “due process” —con independencia de su consagración en concretas enmiendas de la Constitución— desde la perspectiva de su vinculación a la idea de libertad y de “fundamental fairness”⁷⁹. Así, por ejemplo, el Juez Frankfurter describe el control ejercido por la cláusula como “la formulación de

⁷⁷ La primera jurisprudencia excluyó expresamente la extensión a los Estados de las exigencias constitucionales del “Bill of Rights”, en general —*Barron vs. Baltimore* (1833)— y, con relación al proceso penal, en particular —*Hurtado vs. California* (1884)—.

⁷⁸ Hasta la década de los cuarenta, los Estados se entendieron libres para diseñar su modelo procedimental sin sometimiento a otros requisitos que la observancia de la esencia de la cláusula del debido proceso, es decir, el derecho a un juicio justo por un tribunal que tuviera jurisdicción sobre el caso. Desde luego, no se consideraba suficiente con que el juicio se desarrollara aparentemente conforme a las formalidades prescritas, sino que debía ser un juicio esencialmente justo e imparcial. Como señala WECHSLER, H., “The nationalization of civil liberties and civil rights”, *Suplemento del Texas Quarterly*, Vol. XII, núm. 2, University of Texas, 1968, pág. 16, el significado de la cláusula del debido proceso con relación al ámbito procesal no atiende a qué procedimiento concreto se ha empleado sino únicamente a verificar su imparcialidad, su indispensable justicia esencial.

⁷⁹ Durante la Primera Guerra Mundial muchos Estados habían aprobado leyes restrictivas de la libertad de prensa, de palabra y de enseñanza; al determinar si dichas medidas resultaban legítimas debido al poder autónomo de los Estados la Corte Suprema americana señaló que la palabra “libertad” de la Decimocuarta Enmienda englobaba dichas libertades y por lo tanto las protegía frente a los actos irrazonables que las menoscabaran por parte tanto del Congreso como de los Estados. Véase la jurisprudencia mencionada al respecto por CORWIN, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, *op. cit.*, págs. 608 y 609.

un juicio sobre el curso entero de los procedimientos (que condujeron a una condena) a fin de establecer si ofenden los cánones de decencia y equidad (“fairness”) implícitos en el concepto de justicia de los pueblos de habla inglesa. Esas normas de justicia no están formuladas en ningún lugar; el debido proceso (“procedural fairness”) es una garantía constitucional que resume el respeto a esas inmunidades personales que están tan arraigadas en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo que son consideradas como fundamentales o que están implícitas en el modelo de libertad ordenada (“ordered liberty”)⁸⁰. En su opinión, cualquier procedimiento que “choca a la conciencia de la humanidad”⁸¹ viola las exigencias de un proceso debido.

Frente a esta doctrina se alzó el Juez Black exigiendo una vinculación entre garantías incorporadas al ámbito estatal y previsiones constitucionales explícitas. La Decimocuarta Enmienda aplicada a los procedimientos penales (federales y estatales) se debía reducir, pues, a la comprobación de respeto íntegro a la totalidad de las garantías procedimentales contenidas en el “Bill of Rights”⁸². En definitiva, se apoyaba la exclusiva, excluyente e íntegra extensión del “Bill of Rights” a los Estados.

Entre una y otra postura se llegó, finalmente, a la incorporación selectiva del contenido del “Bill of Rights”⁸³; dicha incorporación se inició históricamente con la

⁸⁰ Rochin vs. California, 342 U.S. 165, 169 (1952).

⁸¹ Debe tenerse en cuenta que la palabra “conscience”, que se emplea en el original se define como la facultad de discernir entre el bien y el mal con relación a la conducta, es decir, algo equivalente a la moral o la ética.

⁸² Adamson vs. California, 332 U.S. 46 (1947). Como estudiaremos más adelante, esta línea de argumentación se aduce en un voto particular con el fin de incorporar la totalidad de garantías previstas en el “Bill of Rights” a las legislaciones de los Estados con igual intensidad que rigen para el Gobierno federal. La prueba del “choque a la conciencia” “es una prueba que depende, no del lenguaje de la Constitución, sino exclusivamente de las opiniones de una mayoría del Tribunal acerca de lo que es justo y decente” —Williams vs. Florida, 399 U.S. 78, 107 (1970)—.

⁸³ CORWIN habla del “proceso de incorporación selectiva del ‘Bill of Rights’ a la Decimocuarta Enmienda” en *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, op. cit., pág. 609. Para otros interesantes estudios sobre esta cuestión pueden consultarse las obras de WECHSLER, H., “The nationalization of civil liberties and civil rights”, op. cit.; CORTNER, R.C., *The Supreme Court and*

sentencia del Juez Cardozo en *Palko vs. Connecticut*⁸⁴ y contiene, no obstante, concesiones hacia ambas posiciones. Lo cierto es que cuando el TSFA ha interpretado aplicable a los Estados una garantía del “Bill of Rights”, le ha dado idéntico contenido que en el ámbito federal; la única matización es que el fundamento para esta decisión no ha quedado manifiestamente expuesto, de manera que los partidarios de una u otra posición se pueden sentir reconocidos. Sin embargo, del estudio de la jurisprudencia constitucional no se deduce con claridad cuál ha sido la pauta que ha desencadenado esta incorporación selectiva y progresiva al campo de la Decimocuarta Enmienda de la mayoría de las cláusulas de las ocho primeras enmiendas —a partir de la primera— por entenderlas fundamentales: si la tutela de la libertad o la idea de sometimiento a proceso debido (“due process of law”)⁸⁵. Al respecto, CORWIN⁸⁶ cita un trabajo de LOUIS HENKIN quien sostiene que: “(...) el Tribunal no ha interpretado el ‘due process of law’ como un modo abreviado de referirse a aspectos concretos de la Declaración de Derechos (mal podía haber interpretado así una cláusula que repite, en términos idénticos, una sola cláusula de una sola de las primeras enmiendas) (...) Con respecto al proceso con todas las garantías —aspecto adjetivo del ‘due process of law’—, el Tribunal sostuvo que el proceso penal es debido o justo (“due”) si resulta conforme a la conciencia de la humanidad. No hay relación —ni histórica, ni lingüística ni lógica— entre ese estándar y determinadas enmiendas, o una enmienda específica cualquiera de la Declaración de Derechos. En el fondo, incluso es difícil preguntarse con cierto sentido si una determinada enmienda de la Declaración de Derechos está comprendida en el concepto de ‘libertad sujeta a un orden’. Que una cláusula de la

Civil Rights Policy, Mayfield Publishing Company, California, 1975 y ABRAHAM, H.J., *Freedom and the Court: Civil Rights and Liberties in the United States*, 7ª ed., Oxford University Press, Nueva York, 1998.

⁸⁴ *Palko vs. Connecticut*, 302 U.S. (1937)

⁸⁵ La Corte Suprema ha sostenido durante mucho tiempo que ejercía una inherente “autoridad de supervisión sobre la administración de la justicia penal en los Tribunales federales” (*Mc Nabb vs. U.S.*, 318 U.S. 332-334 (1943))

Declaración exija o prohíba determinado procedimiento al gobierno federal es un cierto indicio de que la conciencia de la humanidad puede exigirlo o prohibirlo. Pero esta aplicabilidad indirecta de la Declaración para determinar el contenido del proceso debido no puede sustentar la creencia de que cualquier cláusula de la Declaración, en su sentido federal, está o bien totalmente incluida o totalmente excluida en ese modelo de libertad sujeta a un orden. Algunos aspectos concretos de la Declaración, en toda su extensión, pueden ser, ciertamente, el proceso requerido por la conciencia de la humanidad; otros puede que no.”⁸⁷

De cualquier manera, y al margen de la extensión más o menos amplia al ámbito de los Estados de las garantías implícitas en el concepto constitucional de juicio justo lo que me interesa destacar a los efectos del presente trabajo, es que existen una serie de derechos y garantías asociadas al proceso penal sin los cuales no puede propiamente hablarse de juicio justo o debido. Esas garantías —precisamente esas que el Tribunal Federal considera extensibles a los Estados por el juego de la cláusula del proceso debido— descansan en principios democráticos arraigados en las sociedades que basan su convivencia en la libertad y la justicia y constituyen el núcleo duro del haz de derechos común a todos los ordenamientos⁸⁸. Más allá de ese

⁸⁶ CORWIN, E.S., *La Constitución de los Estados Unidos y su significado actual*, op. cit., págs. 610 y 613 hace referencia en notas 99 y 101 a HENKIN, L., “Selective Incorporation in the Fourteenth Amendment”, *Yale Law Journal*, núm. 73, 1963, págs. 74 y ss.

⁸⁷ Un ejemplo de esta selectiva incorporación de enmiendas lo ofrece, precisamente, la mencionada sentencia del caso *Palko vs. Connecticut*, en el que se excluyó la necesaria observancia por los Estados del derecho al juicio por Jurado, decisión que se revocó posteriormente y que, no obstante, dio fundamento a la incorporación de otras enmiendas: “El derecho al juicio por Jurado y la garantía frente a las denuncias por delito capital, al exigir un procesamiento (por el gran Jurado) ... son importantes ... pero no corresponden a la esencia misma de un esquema de libertad sujeta a un orden ... no integran un principio de justicia tan arraigado en las tradiciones y la conciencia de nuestro pueblo que deba considerárselos fundamentales ... La exclusión de estas inmunidades y privilegios frente a los privilegios e inmunidades protegidos frente a la actuación de los Estados no ha sido arbitraria o casual. Ha sido formulada atendiendo al estudio y valoración del significado, las implicaciones esenciales, de la libertad misma.”

⁸⁸ La creación de una disciplina procesal penal uniforme ha venido estimulada principalmente por la propia “dejación” de iniciativas legislativas singulares de los parlamentos estatales; es de tal magnitud el reconocimiento a la superioridad de la doctrina emanada del TSFA que se ha llegado a afirmar la existencia de una suerte de reserva de jurisdicción-legislación en favor del mismo. Como ejemplo de lo anterior se cita la impronta en favor de la tutela de la libertad del imputado en la fase

núcleo duro, los modelos procesales pueden añadir o restar elementos que no constituyen piezas esenciales, cuya ausencia no desvirtúa ni resta valor a la justicia, sino que inciden las más de las veces en la eficacia de la tutela por ella ofrecida. En palabras del TSFA “como fórmula general, puede afirmarse que el juicio justo engloba las diferentes reglas del juego limpio⁸⁹, que a través de los años han venido a asociarse con distintos tipos de procedimientos. Que la Constitución exija que determinado derecho prevalezca en un procedimiento dado depende de una serie de factores. La naturaleza del presunto derecho en cuestión, el carácter del procedimiento, y la carga posible que pesa sobre ese procedimiento, son todas consideraciones que deben tenerse en cuenta.”⁹⁰

Ese contenido incuestionable del que según las consideraciones precedentes debe estar revestido el proceso penal para ser justo lo constituye en Estados Unidos el derecho a un proceso público⁹¹, rápido⁹² y resuelto con imparcialidad⁹³, en el que el acusado tenga posibilidades reales de defenderse⁹⁴ frente a una acusación conocida⁹⁵ y debidamente formulada.

Parece indudable que la influencia de la Constitución norteamericana y, en particular, del haz de derechos reconocidos al imputado en el proceso penal —

previa al proceso penal —“pretrial”— que ha favorecido la era Warren con la llamada “due process revolution.” AMODIO, E. y BASSIOUNI, M.C., *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, op. cit., págs. XXVII y XVIII.

⁸⁹ Idéntica expresión emplea FLETCHER para referirse al término “fair” que, según él, no es equiparable a los términos justo o equitativo con que suele traducirse, ya que estos últimos ignoran esa referencia a las reglas del juego limpio que son las que caracterizan el modelo procesal americano. Cfr. FLETCHER, G.P., *Las Víctimas ante el Jurado*, op. cit., págs. 207-210.

⁹⁰ *Hannah vs. Larche*, 363 U.S. 420, 442 (1960).

⁹¹ *In re Oliver* (1948).

⁹² *Klopfers vs. North Carolina*, 386 U.S. (1967), incorporó el derecho a un juicio rápido al ámbito estatal de la Decimocuarta Enmienda.

⁹³ En *Duncan vs. Louisiana*, 391 U.S. (1968), el Tribunal estableció que el derecho a un juicio imparcial por Jurado en los casos penales estaba garantizado contra los Estados.

⁹⁴ El derecho a la asistencia letrada se extendió como garantía frente a los Estados en *Gideon vs. Wainwright* (1963) y la contradicción en *Pointer vs. Texas* (1965).

⁹⁵ *United States vs. Cohen Grocery Co.*, 255 U.S. (1921).

conformadores de su modelo de enjuiciamiento—, ha sido decisiva en la trayectoria de los ordenamientos europeos⁹⁶. Esta influencia se ejerce, principalmente por vía indirecta, esto es, por la recepción en el Derecho interno de cada país de las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades reconocidas en Convenios, Pactos y Declaraciones universales inspiradas, estas sí, directamente, en la Constitución norteamericana⁹⁷. Pero tampoco hay que desdeñar la importancia de la progresiva recepción inmediata en las legislaciones procesales europeas del modelo de proceso contradictorio norteamericano⁹⁸.

En el caso español, la influencia del modelo de enjuiciamiento norteamericano acaece por medio de esa doble vía, antes señalada. Por una parte, nuestra

⁹⁶ OLTRA PONS J., *La influencia norteamericana en la Constitución española de 1869*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, págs. 111 y ss.

⁹⁷ La Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 estuvo influenciada —sin perjuicio de las ideas racionalistas de Montesquieu, Locke y Rousseau— por las precedentes Declaraciones del Buen Pueblo de Virginia y de Independencia Americana (ambas de 1776). En el mismo sentido se pronuncia VERGER GRAU, J., “Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado”, *La Criminalidad organizada ante la Justicia*, (dir. Gutiérrez-Alviz Conradi), Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1996, pág. 193. Con ello no negamos el crédito que, a su vez, los ilustrados europeos tuvieron ante los norteamericanos. Como señalan acertadamente PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y otros, *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*, *op. cit.*, págs. 97, 101 y 112, Locke, Pufendorf y otros iusnaturalistas influyeron decisivamente en el pensamiento norteamericano y en la propia positivación de los textos americanos relativos a Derechos Humanos. Sin embargo, consideramos como genuino precedente de los sistemas procesales continentales a la Constitución americana porque, en puridad, la Declaración de Derechos llevó a cabo la constitucionalización de las garantías asociadas al derecho a un juicio justo como auténticos derechos fundamentales, con eficacia práctica, directamente vinculantes y no sólo —como hasta entonces— como valores preferentes formalizados en declaraciones de principios. *Vid.* al respecto CRUZ VILLALÓN, P., “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, *op. cit.*, *passim*.

⁹⁸ A este respecto cabe referirse al proyecto de *Corpus Juris* elaborado por una comisión de expertos a instancias del Consejo europeo, en dicho proyecto se establecen las bases para la defensa de los intereses financieros de la Comunidad Europea entre las que se incluyen no solo normas penales sustantivas sino también, en lo que nos interesa, normas procesales. La pretensión de unificar las legislaciones procesales de los Estados miembros se proyecta en torno a un modelo de “proceso contradictorio” similar al que se defiende en este trabajo. Expresamente se refiere a él una de las integrantes de la comisión como el único modelo posible ya que nos es exigido por el CEDH: “un ‘proceso contradictorio’ que permite salir de la antigua disputa casi teológica entre el proceso acusatorio y el inquisitivo. Efectivamente, lo que reúne a todos nuestros Estados, y que, además, no es impuesto por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, es la exigencia de un debate contradictorio: la verdad judicial será tanto más sólida cuanto la solución sea dilucidada por el intercambio de argumentos contradictorios ante un juez árbitro neutral”. DELMAS-MARTY, M., “Necesidad, legitimidad y factibilidad del *Corpus Iuris*”, *La Ley*, núm. 5.028, 2000.

Constitución reconoce la vigencia de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades (incluidas, por tanto, las de carácter jurisdiccional procesal) establecidas en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y los Tratados y acuerdos internacionales sobre los mismos ratificados por España (art.10.2). Entre estos últimos merece un lugar destacado, por el objeto que nos ocupa, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 (ambos incluyen principios inspirados directamente en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y en la Declaración de Derechos americana)⁹⁹. Por otro lado, también puede apreciarse una influencia del Derecho constitucional procesal norteamericano en nuestra legislación procesal y jurisdiccional histórica (en particular, cuando se comparan algunas previsiones de la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882 o de las equivalentes en la Constitución de 1869 y la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 con la Quinta y Sexta Enmiendas del “Bill of Rights”, entonces ya casi centenarias)¹⁰⁰.

Por último, existe otra fuente de influencia incuestionable en la interpretación constitucional de los principios y reglas básicas de nuestro modelo procedimental representada por la autoridad que a la doctrina del Tribunal Supremo Federal se reconoce tanto en el TEDH como en los Tribunales Constitucionales europeos —y el nuestro no es una excepción—¹⁰¹.

⁹⁹ La proclamación del derecho al juicio justo que contienen todos estos instrumentos permite hablar a la doctrina de una dimensión internacional del mismo. Vid. BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, op. cit., págs. 54-64.

¹⁰⁰ Vid. PEDRAZ PENALVA, E., *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Akal, Madrid, 1990, págs. 208 y 209 analiza la influencia del “Bill of Rights” sobre las Constituciones europeas y sobre nuestras Constituciones históricas.

¹⁰¹ Señala ESPÍN la influencia que en materia de principios y derechos fundamentales ha ejercido la jurisprudencia italiana, alemana y norteamericana sobre nuestro Tribunal Constitucional. ESPÍN TEMPLADO, E., “Libertad de información y publicidad de los juicios (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1982)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 67, 1982, pág. 109.

IV. La conformación del proceso penal en nuestro país: los precedentes inmediatos

Es evidente, a la vista de este breve excurso general sobre la cláusula norteamericana del debido proceso, y su concreción al ámbito de ejercicio jurisdiccional *del ius puniendi* mediante el concepto de “fair trial”, que los principios asociados al modelo de proceso contradictorio son una síntesis superante de las tradiciones acusatoria e inquisitiva características del Derecho continental europeo. Sin embargo, la desigual consolidación de este sistema ha sido el resultado de un largo proceso histórico marcado, al menos en el continente, por un hito fundamental: la Ilustración. Cuando estalla la Revolución Francesa y, con ella, el triunfo político del liberalismo, de la razón del ciudadano sobre el poder, las leyes que gobiernan el ejercicio del *ius puniendi* diseñan el ejercicio de la potestad jurisdiccional con base en dos exigencias: unos jueces, jurados o tribunales independientes y un proceso con garantías. Cualquier vestigio del antiguo proceso inquisitivo puro —al menos en la auténtica fase jurisdiccional, esto es, el juicio oral— desaparecerá progresivamente.

La opción por el modelo acusatorio se ha llegado a consolidar hoy como la única opción legítima. A este respecto resulta elocuente la afirmación de algunos autores como SERRA, para quien: “el proceso inquisitivo no es un proceso jurisdiccional, sino un simple proceso administrativo. Lo que significa que entre la autotutela penal del Estado y la autotutela civil del particular no existe otra diferencia que el carácter reglado de la primera, frente al carácter libre de la segunda. Hablando en términos jurisdiccionales, ni en uno ni en otro caso existe jurisdicción”¹⁰². En la misma línea se pronuncia MONTERO AROCA cuando dice que hablar de proceso inquisitivo es una auténtica *contradictio in terminis* porque por proceso hay que entender, exclusivamente, el que garantiza la separación entre acusación y fallo y la contradicción entre partes con posibilidades de defensa, es decir, el acusatorio. “(...) decir proceso acusatorio es un pleonasma, pues no puede existir verdadero proceso si

éste no es acusatorio.”¹⁰³ Sin llegar a conclusiones tan radicales, si cabe decir que el proceso inquisitivo, aun cuando sometía la actuación estatal a reglas, no podría ser considerado un juicio justo desde la perspectiva actual.

Los principios constitucionales procesales, inferidos de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 24 CE se identifican con los tradicionalmente vinculados al modelo acusatorio¹⁰⁴. Por ello es importante averiguar si, y hasta qué punto, la legislación procesal vigente consagra dicho modelo y qué trayectoria se ha seguido hasta llegar a su formulación.

En cualquier caso, como ya se ha advertido repetidamente, la determinación de las garantías implícitas del juicio justo no puede hacerse exclusivamente a través de un proceso de inferencia respecto del modelo procesal vigente en nuestro país o tomando como referencia la tradición legislativa procesal histórica. Lo que me interesa, más allá de los modelos concretos, es el análisis de aquellos principios que configuran en nuestro ordenamiento jurídico el juicio justo¹⁰⁵ y que han ido decantándose a lo largo de la historia¹⁰⁶.

En esa evolución histórica dejaré a un lado deliberadamente los sistemas de enjuiciamiento anteriores al Siglo XIX. La razón para ello es que excede de los propósitos de este trabajo llevar a cabo una investigación histórica de dichos

¹⁰² SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El imputado”, *Estudios de derecho procesal*, Ariel, Barcelona, 1969, pág. 757.

¹⁰³ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, *op. cit.*, págs. 29 y ss.

¹⁰⁴ De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la LECrim, así lo declara ALONSO MARTÍNEZ.

¹⁰⁵ Para MORENO CATENA, la cláusula del “due process of law” viene a coincidir en nuestro sistema jurídico con el derecho a “un proceso con todas las garantías” —recogido en el art. 24.2 CE—, pese a que el mismo ha quedado casi sin virtualidad práctica con razón de la extensión que el Tribunal Constitucional ha dado al contenido del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, Colex, Madrid, 1996, pág. 261-262.

antecedentes ya que, con propiedad, los principios procesales contenidos en el concepto de juicio justo y las garantías que a él asociamos, se consagran por vez primera en el sistema adversativo anglosajón y, parcialmente al menos, en lo que al juicio oral se refiere, en la Ilustración, llegando formalmente a nuestras leyes mucho después de la Revolución Francesa¹⁰⁷, precisamente con la Codificación.

¹⁰⁶ MONTERO AROCA, J., "El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual", *Justicia* 92, núm. IV, 1992, pág. 777, prefiere analizar el proceso español desde la perspectiva de los principios más que desde la de los modelos.

¹⁰⁷ No obstante, podemos referirnos, siquiera sucintamente a los precedentes históricos que en Europa determinaron la evolución hacia el sistema acusatorio tal y como hoy lo conocemos. En nuestra exposición hemos manejado una bibliografía muy básica, entre cuyos autores y obras más importantes no pueden eludirse los siguientes: BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, Alianza, Madrid, 1968; MOMMSEN, T., *Compendio del Derecho Público Romano*, (trad. Dorado, P.), La España Moderna, Madrid, s.d; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho Penal*, Tomo I, 4ª ed., Editorial Losada, Buenos Aires, 1977; FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1980; MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000; MONTESQUIEU, C., Barón de, *Del espíritu de las leyes*, (trad. Blázquez, M. y de Vega, P.), 1ª ed., reimp., Tecnos, Madrid, 1980; SCAPINI, N., *Diritto e procedura penale: ne ll esperienza giuridica romana*, Edizione Universitarie Casanova, Parma, 1992; TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1992; TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, Tomo I, Alianza, Madrid, 1993; VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, Bosch, Barcelona, 1994; APARICIO PÉREZ, M.A., *El status del Poder Judicial en el constitucionalismo español, (1808-1936)*, Universidad Autónoma de Barcelona - Ministerio de Justicia, Barcelona, 1995; FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La democracia y el lugar de la ley", GARCÍA DE ENTERRÍA, E y MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., *El derecho, la ley y el juez: dos estudios*, Cívitas, Madrid, 1997.

No obstante las reserva que cabe oponer al tratamiento de los procesos griego y romano como precedentes de un sistema acusatorio y con garantías —en este sentido, MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, *op. cit.*, págs. 162-163—, sí pueden incluirse como ejemplos de un procedimiento reglado de estructura tripartita. El proceso que conocemos en Grecia y en la Roma republicana tenía una estructura básicamente acusatoria. La acción acusatoria era exclusivamente privada y voluntaria para la parte perjudicada y su familia y de ahí se derivan las principales características de este modelo procesal: carga acusatoria de la prueba, discrecionalidad en el ejercicio de la acción, igualdad de las partes durante el proceso, disponibilidad de las pruebas, publicidad y oralidad del juicio, etc. El Juez se coloca como un árbitro imparcial, pasivo y sin protagonismo activo alguno; cabe añadir, además, su extracción popular —la *dikasteeria* griega o el *comitia centuriata* romano— y su carácter público. En un momento posterior, la titularidad de la acusación se extiende también a la sociedad —*provocatio ad populum*— y a cada ciudadano en particular —*quavis ex populo*— que podía ejercer la acusación popular con relación a las ofensas públicas o *crimina publica*.

Junto al Derecho privado nace un derecho de coacción y penal, en expresión de MOMMSEN, fruto del ejercicio del derecho de soberanía que tiene el pueblo romano; de ello deriva la obligación de respetar las leyes y la necesidad de que los representantes del pueblo persigan y castiguen con una pena a todo el que desobedezca las leyes y se alce contra ese poder. Inicialmente ese castigo se

determina por los magistrados mediante un proceso cuasi-privado, instruido por cuestores ante Magistrados supremos por cualquier ofensa o daño inferido inmediatamente a la comunidad y, posteriormente, ante Tribunales excepcionales para *quaestiones extraordinariae* —procedimiento que conservó, pese a todo, los caracteres de un proceso acusatorio—. En cualquier caso, es comúnmente aceptado que los procesos comiciales se pueden identificar en sus líneas generales con los principios inherentes al sistema acusatorio: la acusación la formulaba persona distinta del juzgador (un magistrado), el proceso no podía iniciarse sino por la existencia de una previa acusación, el proceso se desarrollaba según el principio de contradicción (paridad entre acusación y acusado) en un debate oral y público ante los comicios quienes, por último, no tenían libertad para buscar o seleccionar pruebas, sino que se limitaban a examinar aquellas que le proponía la acusación y, eventualmente el imputado

La gran conquista de la democracia ateniense que mantuvo la República romana fue, por una parte, el nacimiento mismo del derecho de juzgar que el pueblo se arrogó frente a quien le gobernaba, lo que llevó a la generalización de los jurados populares. Por otro lado, y en directa relación con lo anterior, esta revolución trae consigo, empleando las palabras de FOUCAULT, el reconocimiento del “derecho de dar testimonio, de oponer la verdad al poder” que, a su vez, dio lugar al nacimiento de “las formas racionales de la prueba y la demostración, (...) del arte de persuadir, de convencer sobre la verdad de lo que se dice y obtener así la victoria por la verdad, (...) de desarrollar un nuevo tipo de conocimiento basado en testimonios, recuerdos o indagación (...)” En definitiva, se elaboró una determinada forma de descubrimiento judicial de la verdad. *Cfr.* FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas, op. cit., passim.*

En la Roma imperial, sin embargo, este panorama va a sufrir importantes transformaciones debido, fundamentalmente, a la generalización de las delaciones, —que ya no son propiamente acusación popular— por los *delicta publica*. En estos delitos se considera perjudicado un interés directo del emperador y la parte ofendida se identifica con el Estado. El Juez no va a ser ya un Jurado de extracción popular sino un magistrado-delegado del príncipe dotado de un *imperium* casi ilimitado. El procedimiento se desarrollaba de forma bien distinta al juicio por comicios y puede afirmarse, sin duda, que hubo una fuerte regresión hacia las formas primitivas de la *coertio* de la época arcaica pre-republicana que representaban un genuino ejercicio de poder —ya no de búsqueda racional de la verdad—. El proceso, *cognitio extra ordinem*, responde a las formas características del proceso inquisitivo: ya no existe acusador o denunciante privado, sino que el denunciante-acusador es público a la vez que Juez de la causa, lo que determina una posición de superioridad frente al acusado; el Juez está investido de un poder permanente y procede con libertad en la búsqueda, selección y valoración de las pruebas con independencia de las partes, el proceso, por último, se tramita y decide en secreto y sobre documentos escritos. Con el tiempo —en la época postclásica y, en particular, con Justiniano—, este proceso se convirtió en el proceso criminal ordinario, aunque se introdujeron algunas previsiones propias del sistema acusatorio que suavizaron su exclusivo carácter inquisitivo inicial. Hay que recordar, sin embargo, que las ofensas privadas seguían el proceso civil o *iudicium privatum* presidido por el principio de oportunidad y sus derivados.

Paralelamente al Imperio, al menos desde el punto de vista cronológico, habría que situar al antiguo Derecho Germánico. Y decimos cronológico porque los modelos reglamentados por este Derecho, para resolver litigios se asemejaban substancialmente al Derecho griego arcaico. Como en éste, el litigio se resolvía por el juego de la prueba, la *disputatio*, no por la indagación de la verdad. De hecho, nada importaba descubrir de qué parte se hallaba la verdad, sino quién ganaba la lucha mediante una prueba —que, además, era de fuerza o resistencia física— y obtenía una compensación económica o una venganza.

Este modelo era bastante curioso en cuanto que no había acción pública, ni Juez, ni delito. Sólo existía un daño que daba lugar a una exigencia de venganza de la víctima frente a su agresor. El proceso era una continuación de la guerra. Desde esta consideración bélica del proceso la única diferencia notable es que la venganza debía ser reglada, sometida a unas formas o rituales y, en su caso, podía interrumpirse si entre ambas partes se llegaba a un pacto. Dicho pacto consistía en la “compra” por parte del agresor de sus derechos a la vida y la libertad (ya en manos de la víctima

vencedora) a cambio de una suma de dinero que ofrecía a ésta. En este escenario de guerra no había sitio para un tercero imparcial que buscara la verdad por medio de indagación o algo semejante. En esta estructura procesal bilateral no había más sitio al margen de los contendientes que el de los espectadores.

Tras la caída del Imperio, las relaciones del Derecho romano y germánico son estrechas, unas veces se disputan el área de influencia y otras la ejercen conjuntamente. En realidad, aunque se suceden uno a otro en distintos periodos, el Derecho feudal es básicamente germánico y hasta el siglo XII no cabe esperar el resurgimiento del Derecho romano, que a la postre se impuso de modo definitivo en casi toda Europa.

Así pues, en la Europa feudal continental el litigio se desarrolla en la forma de la *disputatio* y el proceso contradictorio basado en pruebas a la que ambos contendientes se someten. No se trataba de indagar la verdad sino de dar la razón a aquél que lograra imponer su mayor fuerza, poder y crédito en la comunidad mediante pruebas como, por ejemplo, el peso social del individuo, la agilidad verbal en un interrogatorio o la resistencia física (como en las pruebas llamadas ordalías o los juicios de Dios). Aquí tampoco cabe hablar de proceso de Derecho, pues no se obtenía sentencia alguna en la que se enunciara de qué parte estaba la verdad y la razón —que poco importaban—; aquí la autoridad solo intervenía como testigo de la regularidad del procedimiento cuasibélico.

Como ya se ha señalado, a fines del siglo XI y a lo largo del XII se produce en Europa una transformación total de estas prácticas producto, como casi siempre, de las nuevas formas de poder político y económico. La propiedad de la tierra y, con ella, la riqueza, representa la concentración en unas manos no solo de bienes y signos, sino, y fundamentalmente, de armas con las que ejercer poder y violencia sobre los súbditos. La acumulación de tierra se produce inicialmente por la conquista pero, secundariamente, exige consolidación jurídica, y ésta se obtiene definitivamente mediante la victoria en el litigio. El pleito representaba para el poderoso una forma de aseguramiento de la legitimidad de sus posesiones con lo que se hizo imprescindible controlar sus resultados favorables. Así se produjo una tendencial concentración de poder (el de las armas y el judicial) que perduraría durante algunos siglos.

Decimos que el litigio era necesario para resolver definitivamente la cuestión de a quién pertenecía la tierra. Pero si esa decisión era tomada por un tercero, por un Juez, hemos dado por hecho la previa existencia de un poder judicial. En realidad, la figura del Juez tiene su precedente en la figura del procurador de la Alta Edad Media. Cuando aparecen las primeras Monarquías en Europa, este representante del poder que es el procurador va a tener una intervención activa en los pleitos: cuando hay un crimen ya no existe sólo el daño irrogado a la víctima sino también un quebranto a la ley del soberano (con el tiempo, este quebranto a la ley será lo único relevante). Ya no habrá, pues, justicia privada entre partes sino sometimiento al poder soberano. En tanto que el objeto del litigio no es (sólo) el daño a la víctima sino la infracción de la ley, también el soberano exigirá una reparación que, habitualmente, vendrá impuesta en forma de multa.

La presencia del procurador hace inviable seguir con un modelo de litigio bélico al estilo del antiguo modelo procesal germánico basado en pruebas acerca del crédito o poder de las partes. La solución viene dada por la creación de un proceso inquisitivo, basado en la indagación o *inquisitio*. El representante del soberano interroga a los notables y les propone una solución que responda a la verdad, con lo que el abandono progresivo del modelo acusatorio por éste, estaba ya servido. *Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII), op. cit.,* pág. 155.

Al igual que la figura del juez-procurador hallaba su precedente en el derecho canónico, así también este procedimiento inquisitivo característico del periodo bajomedieval ya había sido empleado por la Iglesia desde bastantes siglos antes pero con relación a su “ámbito jurisdiccional” propio (pecados, faltas, crímenes y, en su caso, administración de los bienes de la Iglesia). El obispo visitaba su diócesis y tras efectuar las *inquisitio generalis* y *especialis*, indagación tanto a los hechos

como a las conciencias y las almas, u obtener la confesión del culpable, se pronunciaba sobre la comisión o no de la infracción y, en su caso, sus autores. También en Inglaterra, si bien como un caso aislado, se empleó un proceso similar de indagación sobre la propiedad, impuestos, etc. de las tierras de la antigua población anglosajona autóctona tras la conquista normanda en 1066.

A lo largo del siglo XIII se produce en la Europa continental la consolidación del modelo inquisitivo con unos caracteres mucho más radicales, incluso, que en el equivalente modelo de la Roma imperial, donde, al menos formalmente, no desapareció completamente el sistema acusatorio. Así, el proceso inquisitivo eclesiástico por los delitos de herejía y brujería consideraba a Dios el ofendido y, por ello, la acusación era obligatoria y pública, sin espacio para la contradicción, exigiendo la colaboración forzosa del acusado e institucionalizando la tortura como método de investigación. Lo que originalmente fue conocido como un proceso extraordinario y supletorio respecto de la jurisdicción ordinaria en ausencia de acusador o delator, se impuso con el tiempo para todos los delitos —excepto aquellos más leves— por toda la Europa continental durante casi cinco siglos.

La indagación se generalizó a todos los procesos de conocimiento, al margen del judicial, como eran la astronomía, la geografía, etc. al tiempo que la prueba sufrió un retroceso imparable.

Mientras tanto, en el mundo anglosajón y en Inglaterra, en particular, el proceso jurisdiccional seguía caminos bien diferentes. Alejados de la influencia del Derecho romano, el proceso se afianzó en las formas del “adversary system” ante Jurados de pares, ante los cuales se aportaban pruebas —“evidences”— en contra o en defensa del acusado. La vieja práctica de las ordalías, tradición heredada del mundo sajón tradición, dio pronto paso a un sistema contradictorio basado en pruebas practicadas en presencia del Jurado, que debía finalmente declararse en favor de una de las dos verdades aportadas por las partes (*vere dictum*). Resulta significativo señalar que el veredicto se circunscribía a la petición formulada por las partes, nunca más allá, y tomando en cuenta exclusivamente los hechos probados en su presencia. La decisión sobre los hechos, daba lugar a la declaración por parte del Juez del Derecho aplicable.

Hacia el siglo XIV el carácter jurisdiccional de la función del Jurado se había consolidado. Se prohibía toda comunicación con sus miembros desde que comenzado el juicio éstos habían prestado ya su juramento, excepto para ofrecer las pruebas pertinentes en la sala. Estaba totalmente prohibido, por ejemplo, que nadie les ofreciera directamente comida bajo amenaza de anular el veredicto. Hasta tal punto esto se convirtió en un principio general, que si el Tribunal observaba indicios de presión sobre el Jurado, mantenía confinados a sus doce integrantes, como si de prisioneros se tratara, hasta que llegaban a un acuerdo unánime sobre el veredicto.

Con carácter general puede afirmarse que el procedimiento jurisdiccional contradictorio en Inglaterra ya se había apuntalado con sus características actuales con la llegada del Renacimiento: juicio por Jurado, proceso público, contradictorio, basado en el principio acusatorio y con doble instancia. La inmunidad frente a la influencia del Derecho continental, y la separación de la Iglesia de Roma y su Derecho canónico, favoreció el fortalecimiento del “Common Law” tanto en el ámbito civil como penal.

Y mientras en la cultura anglosajona se había afianzado desde hacía mucho el modelo acusatorio, en el resto de Europa, en cambio, sólo podemos esperar hasta la llegada del movimiento ilustrado para aplacar la irracionalidad del modelo inquisitivo reinante, mas no para lograr la implantación del modelo acusatorio. Sin embargo, no conviene perder de vista que en el largo periodo de tiempo que transcurrió desde el Renacimiento hasta la Revolución francesa de 1789, la situación sociopolítica en Europa había sufrido cambios muy importantes que incidían progresivamente en la transformación de la justicia. Especialmente relevante a estos efectos es la irremediable pérdida de poder de la nobleza en favor de los Monarcas absolutos. Nos limitaremos a analizar el panorama en la Francia prerrevolucionaria por cuanto allí se consolidó precisamente, y un nuevo modelo de pensamiento con incidencia directa en la legislación del resto de Europa. La situación en España

durante la vigencia del fuero Real hasta la Recopilación no era diferente, como nos da cuenta TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, op. cit., págs. 157-161.

La nobleza —especialmente en Francia— había perdido en favor del monarca toda capacidad de intervención en la administración pública salvo en lo que se refería a la justicia, donde —cada vez con mayor dificultad— seguía conservando la facultad de nombrar Jueces que en su nombre resolvían ciertos procesos y continuaba dictando reglamentos de policía en los límites de su señorío. En cuanto a la justicia del reino, integrada en la administración, se observaba una completa confusión de atribuciones y poderes. Como describe DE TOCQUEVILLE: “Los Tribunales de justicia toman parte indirectamente en el poder legislativo, y tienen el derecho de hacer reglamentos administrativos obligatorios dentro de los límites de su competencia. Algunas veces hacen frente a la administración propiamente dicha, censuran ruidosamente sus medidas y procesan a sus agentes.” Cfr. TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, op. cit., pág. 78.

Junto a esta justicia administrativa, llamémosle ordinaria, se había formado, ya desde la Alta Edad Media, un órgano próximo al monarca que concentraba todos los poderes, aunque sin jurisdicción propia, que era el Consejo del rey. A él le estaban encomendadas la mayoría de funciones, véase el poder legislativo (discutía y proponía la mayoría de las leyes), la hacienda (fijaba y repartía los impuestos), el control administrativo sobre todos sus agentes, e incluso, el judicial, ejerciendo al modo de un tribunal supremo:

“(El Consejo del Rey) lo es todo a la vez: tribunal supremo de justicia, puesto que tiene el derecho de casar las sentencias de todos los Tribunales ordinarios; tribunal superior administrativo, porque de él derivan —en último término— todas las jurisdicciones especiales”. TOCQUEVILLE, A. DE, *El Antiguo Régimen y la Revolución*, op. cit. págs. 78-79.

Descendiendo en la escala de la interminable administración francesa del Antiguo Régimen, encontramos al representante provincial del Consejo del Rey, el comisario delegado, quien a su vez, y en nombre del Consejo, era administrador y Juez en primera instancia. En el ámbito criminal, las penas eran benignas, pero los procedimientos y formas eran muy duros; se manejaban los asuntos con inusitada rapidez, con afición a la sumariada. Como continua relatando DE TOCQUEVILLE: “cuanto más leve era la pena, más fácilmente se olvidaba la forma en que era pronunciada. La suavidad de la sentencia ocultaba el horror del procedimiento”. *Ibid.*, pág. 194.

Su autonomía para dictar reglamentos de policía, como ya hemos dicho anteriormente, añadía más confusión a la maraña de disposiciones legislativas emanadas de otros órganos. Si en algo se caracterizaba la época era, precisamente, por su inseguridad jurídica, problema que fue enfáticamente denunciado y combatido prioritariamente por los ilustrados.

La justicia en Francia, sin embargo, bien por su dependencia del Consejo, bien por su adscripción a los señoríos, era independiente del Rey, cuyos miembros no podía destituir, ni trasladar, ni ascender. De ahí que el recurso a los Tribunales excepcionales se generalizara para controlar las decisiones que afectaban directamente a la Corona. Bien se obligaba a someter los litigios que pudieran surgir de nuevas leyes a las resoluciones de los intendentes y, en última instancia, del Consejo, o bien se intervenía mediante una avocación, esto es, se retiraba el asunto de manos de los Jueces ordinarios alegando un interés directo, y se entregaba el asunto a aquéllos. Lo que comenzó siendo una excepción se generalizó con el tiempo a cualesquiera asuntos que no afectaran exclusivamente a particulares.

Fue precisamente en la denuncia de esta arbitrariedad judicial donde con mayor brillantez se exponen las nuevas teorías de VOLTAIRE (*Diccionario Filosófico*, ed. Martínez Arancón, A., Tomo I, Temas de Hoy, Madrid, 1995, “criminal (proceso)”, págs. 508-509), BECCARIA (*De los delitos y de las penas*, op. cit.), o MONTESQUIEU (*Del espíritu de las leyes*, op. cit.) en su descubrimiento del valor garantista de la tradición acusatoria inglesa. En esta breve experiencia que fue la Revolución francesa, se abolieron las justicias señoriales y los acusadores públicos designados gubernamentalmente, se

El modelo de proceso penal acusatorio se corresponde con el liberalismo político cuya tradición se inicia en nuestro país formalmente con la Constitución de las Cortes de Cádiz. En ella encuentran reflejo las ideas de los ilustrados españoles que testimonian la corriente de pensamiento imperante en Europa. La mayor creación del liberalismo político es, sin duda, el Estado de Derecho, el imperio de la ley. La ley es para los ilustrados la manifestación de la voluntad general¹⁰⁸. La predeterminación de lo punible genera certeza, previsibilidad en la aplicación del castigo tanto para los ciudadanos —que conocen así el alcance de sus actos—, como para los Jueces —que conocen los límites de su actuación—. El principio de legalidad fue inicialmente entendido como el imperio de la ley, aunque más adelante serviría sólo para declarar la supremacía de la ley¹⁰⁹.

Con la Ilustración, además, se situó al ciudadano¹¹⁰ en el centro de la reflexión y con ello, la defensa de sus derechos subjetivos frente al ejercicio de un poder del

sancionó la publicidad de los juicios y el derecho de defensa, se diseñó un proceso presidido por los principios de libre convicción, oralidad e inmediación del juicio y, finalmente, se institucionalizó el Jurado y la acusación pública electiva. Entretanto, el panorama de la justicia penal en España no era muy diferente al descrito en Francia.

¹⁰⁸ Así se consagra en el artículo 6º de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. La contemplación de la ley como el vínculo que une socialmente a los hombres con fuerza para gobernarles sin que éstos pierdan un ápice de libertad es, precisamente, debido al hecho de que condensa la voluntad general. La idea es de Rousseau, quien hace aun más explícitas las concepciones de John Locke acerca del pacto social libre. *Vid.* al respecto GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La democracia y el lugar de la ley”, *op. cit.*, págs. 27 a 31.

¹⁰⁹ En este contexto, surge un nuevo Derecho penal encarnado en diversos textos de vida efímera que pretende encarnar esa idea de la ley como premisa mayor de un silogismo perfecto en el que a cada supuesto de hecho (el delito), como premisa menor, corresponde una respuesta exacta, una pena absolutamente determinada, que no precisa de ulterior matización judicial. La explicación a esta pretensión que en breve se demostró insostenible —el propio “Code Pénal” de 1810 introduce un cierto margen de arbitrio judicial en la determinación de las penas— no es sino la desconfianza hacia un poder judicial que durante siglos había sido un instrumento más al servicio de la tiranía del monarca. Sin margen alguno para la interpretación, el Juez se limitaría a ser “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, y esto garantizaría la igualdad en su aplicación y la proscripción de toda arbitrariedad. De estas ideas sólo se podía llegar a lo que hoy llamamos positivismo jurídico o legalista, que imperó en toda la Europa continental hasta bien entrada la segunda mitad del Siglo XX. *Vid.* TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, *op. cit.*,

¹¹⁰ Ya no se refieren a él como un súbdito puesto que, como reconoce la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789: “todos los hombres nacen y son por naturaleza libres e iguales”.



Estado, sin duda el más temido: el *ius puniendi*. A partir de ahí, el proceso deja de ser considerado un simple instrumento particular para suministrar castigo y resarcimiento por una ofensa personal y pasa a convertirse en el instrumento garantista a través del cual se ejercita dicho poder estatal en defensa del ordenamiento jurídico cuya negación representan las infracciones, concretamente los delitos¹¹¹. El juicio justo en aplicación de esa ley es, ante todo, el proceso jurídico que se consagró con el primado del principio de legalidad en el ámbito de la función jurisdiccional. Es lógico que un movimiento dirigido a proscribir la arbitrariedad en el ejercicio del poder, sometiera cualesquiera actuaciones y potestades públicas al principio de legalidad¹¹².

El principio de legalidad procesal, además, va a representar una garantía de imparcialidad del Juez frente a las partes en la resolución de los conflictos¹¹³. Para los ilustrados no cabe hablar de decisión imparcial ni, por ello, justa, cuando el criterio para resolver es arbitrario, cuando no puede ser contrastado con parámetros objetivos, seguros, racionales, y esta seguridad la ofrece, precisamente, la ley¹¹⁴.

¹¹¹ “El proceso penal viene a ser el instrumento a través del cual se ejerce por el Estado el *ius puniendi*; pero es desde luego un instrumento necesario, al que se ve sometido tanto el Estado, que no puede imponer sanciones penales sino es mediante el proceso (y en ese sentido puede decirse que constituye un límite a su poder punitivo), como el ciudadano, a quien no le es dado renunciar a la jurisdicción penal para autoimponerse una sanción de esta naturaleza, sino que ha de pasar por un proceso penal”. MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *Poder Judicial*, núm. especial II, 1987, pág. 161.

¹¹² En este caso nos referimos al llamado contenido esencial del principio de legalidad, no a su tenor literal (reserva de ley), siguiendo la clásica distinción efectuada por BELING (es decir, a la exigencia de taxatividad, al mandato de determinación y a las correspondientes prohibiciones de creación judicial del Derecho, de deslegalización, de retroactividad de las normas desfavorables o de vinculación a la costumbre). BELING, E., “Il significato del principio: *nulla poena sine lege poenali* nella determinazione dei concetti fondamentali di diritto penale”, *Giustizia Penale*, Vol. XXXVII, Roma, 1931, pág. 319.

¹¹³ De ahí que como nos recuerda GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “La democracia y el lugar de la ley”, *op. cit.*, pág. 38, una de las primeras conquistas en el terreno del proceso va a ser, precisamente, la exigencia de motivación de las sentencias y la posibilidad, a renglón seguido, de articular un recurso de casación ante una instancia superior

¹¹⁴ Todas estas características determinan una nueva concepción acerca del proceso penal como cauce para el ejercicio del *ius puniendi* como actividad estatal o, mejor dicho, como poder del Estado que debe ser limitado y, sobre todo, respetuoso de los derechos individuales del sometido a proceso. Terminada la Revolución, muchas de las conquistas en el terreno de las libertades que creyeron

La recepción de estas ideas en nuestro país se inicia tempranamente, casi al mismo tiempo que en Francia, pero su consolidación no llevó una trayectoria uniforme. La inestabilidad política y los últimos coletazos del absolutismo retrasaron la plasmación legal de todas estas ideas hasta finales del siglo XIX. Como el propio ALONSO MARTÍNEZ reconoce en la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882, ni la Constitución de 1812 ni el Reglamento provisional para la Administración de Justicia de 1835 consiguieron resolver todos los problemas que afectaban al procedimiento criminal. Tampoco en los periodos marcadamente liberales, como es el caso del sexenio posterior a la Revolución de 1868, se logró desterrar completamente de nuestro procedimiento el principio inquisitivo o el carácter secreto¹¹⁵.

Así llegamos a 1882, con la vigencia de una Compilación general que data de 1879. Cuando se promulga la Ley de Enjuiciamiento Criminal en nuestro país se altera profundamente el panorama legislativo mediante la articulación de un nuevo sistema de enjuiciamiento que explícitamente se declara partidario de una firme tutela de la libertad¹¹⁶. Se pretendió una ruptura con los defectos crónicos del enjuiciamiento penal en nuestro país que, por lo demás, vienen ilustrados, con toda

consolidadas los franceses cayeron en el olvido, por no hablar de la anhelada división de poderes entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial. En el terreno procesal, la continuidad del modelo acusatorio inicialmente propuesto fue también escasa: el "Code d'instruction criminelle" de 1808 instauró en la jurisdicción penal lo que hoy se conoce como proceso mixto, es decir, un proceso con caracteres inquisitivos en la fase instructora y tendencialmente acusatorio durante el juicio oral.

¹¹⁵ Tal es el caso de la Ley de 22 de diciembre de 1872, la más liberal de nuestras leyes de enjuiciamiento hasta 1882, que proclamó la oralidad y la publicidad del plenario, hasta entonces rasgos desconocidos en nuestro procedimiento penal.

¹¹⁶ Este modelo de enjuiciamiento se identificó con los coetáneos en el resto de Europa cuyo precedente fue, como se sabe, el modelo acusatorio mixto o formal del Código de Instrucción criminal napoleónico de 1808. El diseño concreto del proceso que articula la ley y, sobre todo, la práctica forense no interpreta bien los propósitos declarados por Alonso Martínez. Así, por ejemplo, el excesivo peso de la instrucción sobre el juicio oral no logró eludir, antes al contrario, pese a que tal era la intención abiertamente declarada al denunciar "(...) el sacrificio de la segunda fase, que llega a convertirse en una mera repetición de la primera (...)". Vid. MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vols. I, *op. cit.*, págs. 171-181.

precisión, en la propia Exposición de Motivos¹¹⁷ de la Ley. Las garantías con las que se intentó¹¹⁸ revestir al proceso penal obedecían al doble propósito de lograr la efectiva persecución de los delitos respetando, al tiempo, los derechos del ciudadano sometido al mismo¹¹⁹. En tanto que la persecución penal a través procedimiento penal puede representar al sujeto una lesión efectiva de sus bienes, entre los que la libertad se sitúa en primer plano, —pero no el único, pues también su honor, intimidad, o patrimonio pueden verse gravemente restringidos—, se hace necesario “sustituir la marcha perezosa y lenta del actual procedimiento por un sistema que, dando amplitud a la defensa y garantía de acierto al fallo, asegure, sin embargo, la celeridad del juicio para la realización de dos fines a cuál más importante: uno, que la suerte del ciudadano no esté indefinidamente en lo incierto, ni se le causen más vejaciones que las absolutamente indispensables para la averiguación del delito y el descubrimiento del verdadero delincuente; y otro, que la pena siga de cerca a la culpa para su debida eficacia y ejemplaridad”¹²⁰.

Sin embargo, hay que reconocer que pese a lo atinado del diagnóstico efectuado por el autor de la Ley, y el no menor acierto del sistema de medidas diseñado para atajar los problemas, éstos no pudieron erradicarse completamente del panorama forense. El peso del sumario (secreto, escrito, sin contradicción) siguió

¹¹⁷ “Sumarios interminables en el tiempo durante los cuales no se daba intervención alguna al inculpado, prisiones preventivas igualmente extensas, absoluciones de instancia que no adquirirían firmeza, coincidencia en un mismo órgano de la instrucción y el fallo, ausencia del Juez en la práctica de diligencias, escaso o nulo valor del plenario frente al sumario, etc. En definitiva, una insuperable inferioridad del procesado frente a la acusación”. (Exposición de Motivos de la LECrim)

¹¹⁸ Reiteramos el uso de términos equivalentes como “intentó” o “pretendió” para poner de manifiesto el propósito declarado abiertamente por el legislador, que no siempre concuerda con el resultado final en aplicación de la ley. Recuérdese que la inestabilidad política de la época, unida a unas arcas estatales considerablemente deficitarias obstaculizó el desarrollo de la planta judicial con la extensión que requería la ley para hacer efectiva, entre otras, la separación entre órganos judiciales encargados de la instrucción y del fallo.

¹¹⁹ En este sentido VIVES ANTÓN, al abordar el concepto de tutela judicial efectiva, puntualiza que aun cuando la eficacia de la tutela depende de la eficacia del proceso, no debemos confundir la tutela de las garantías con la tutela de la eficacia. *Cfr.* VIVES ANTÓN, T.S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *La libertad como pretexto*, *op. cit.*, págs. 269-273.

¹²⁰ Párrafo 10º de la Exposición de Motivos de la LECrim de 1882.

siendo excesivo, con lo que la eficacia de las garantías de igualdad, publicidad y contradicción consagradas en el plenario se vieron en gran medida ensombrecidas. Sin duda, la presencia o, mejor dicho, el protagonismo del Juez en la investigación durante la formación del sumario provocaba, y sigue provocando, un desequilibrio desfavorable al imputado que trasciende hasta el juicio oral.

Otro ejemplo de esta divergencia entre los propósitos de la Ley y sus resultados prácticos lo hallamos con relación a la celeridad del procedimiento. Habrá que reconocer que las dilaciones del procedimiento —particularmente de la excesiva prolongación de los plazos para la conclusión del sumario— no pueden atribuirse a la imprevisión del legislador sino al incumplimiento sistemático en la práctica de los plazos legales, hecho sin duda favorecido por la ineficacia del sistema de control articulado para prevenirlo y por la propia configuración del proceso.

La LECrim, aun con sus defectos o problemas¹²¹, resulta inicialmente compatible con el modelo de justicia instaurado por nuestra Constitución, como ha sido declarado expresamente por el propio Tribunal Constitucional. No cabe decir lo mismo de algunas de las reformas posteriores efectuadas a su texto, cuyas disposiciones fueron desvirtuando las garantías del sistema acusatorio diseñado por ALONSO MARTÍNEZ hasta hacerlo irreconocible¹²². Particularmente ilustrativa es, a estos efectos, la reforma operada en 1967, o las posteriores reformas que, con el propósito de acelerar los procesos, llevaron a la implantación de procedimientos sumarios, instruidos y juzgados por un mismo órgano jurisdiccional.¹²³

¹²¹ Singularmente los que se refieren a la iniciativa probatoria en la fase de juicio oral (art. 729.2ª), o la ausencia de vinculación del Juez a la calificación de las partes (741, párrafo segundo con relación al art. 733), cuya compatibilidad con las exigencias de imparcialidad del sistema acusatorio ha sido cuestionada en ocasiones por el Tribunal Supremo (SSTS 1 de diciembre de 1987 y 3 de noviembre de 1988).

¹²² Para obtener una visión de conjunto de las líneas generales de las reformas operadas en materia procesal penal en nuestro país puede leerse a CALVO SÁNCHEZ, C., "La reforma del proceso penal", *Poder Judicial*, núm. 17, 1990, págs. 9 a 35.

¹²³ Resulta significativo, no obstante, que hasta la declaración de inconstitucionalidad de las reglas del procedimiento que atribuían la instrucción y el fallo a un mismo órgano, este procedimiento no había sido cuestionado. Antes al contrario, en la práctica forense el llamado procedimiento

En el camino recorrido hasta la actualidad, el ordenamiento procesal penal español se ha visto sacudido de innumerables reformas, particularmente importantes las operadas tras la promulgación de la Constitución de 1978 que “impuso una nueva lectura de las normas procesales hasta entonces vigentes empezando por la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal”¹²⁴.

En efecto, la doctrina coincide en señalar que los rasgos inquisitivos del sumario se han ido suavizando a través de las sucesivas reformas ¹²⁵ y, en especial, la operada por la Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que en conjunto han extendido la contradicción y el derecho de defensa a la fase de instrucción¹²⁶. En efecto, el instructor debe afrontar la recogida del material fáctico con mejor disposición (tanto para preparar la acusación como, en su caso, el sobreseimiento), y el sumario se desarrolla con publicidad, confrontación, delimitación legal de las medidas cautelares y estrictas exigencias para su adopción. En todo caso, conviene tener presente que ni todo el sumario exige contradicción ni cabe tampoco pensar en un sumario en ausencia total del investigado.

En la fase intermedia y en el juicio oral la vigencia del principio acusatorio parece fuera de toda duda, en especial tras las reformas operadas por el legislador, unas veces por propia iniciativa y, otras, forzado por la declaración de inconstitucionalidad de algunas disposiciones legales¹²⁷.

ordinario se había convertido en extraordinario, al haber cedido el terreno al denominado “de urgencia”.

¹²⁴ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *La reforma del Proceso Penal*, Tecnos, Madrid, 1990, pág. 17.

¹²⁵ Así, VERGER GRAU, J., *La defensa del imputado y el principio acusatorio*, op. cit., pág. 41; MONTERO AROCA, J., ORTELLS RAMOS, M. y GÓMEZ COLOMER, J.L., *Derecho Jurisdiccional*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1991, pág.19.

¹²⁶ En algunos casos la extensión de las garantías se ha hecho a costa de la eficacia de la investigación, y se ha llegado a afirmar que en nuestro país el sumario comienza demasiado pronto.

¹²⁷ Como ocurrió con la STC 66/1989, de 17 de abril, que supuso la consagración del contradictorio en la fase intermedia del sumario ordinario, o la STC 145/1988, de 12 de julio, que forzó la reforma operada por Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, al declarar inconstitucional la acumulación en un mismo órgano de las funciones instructoras y enjuiciadoras. Esta última reforma, unida a la re-lectura hecha por el Tribunal Constitucional del juicio de faltas, terminaron decisivamente con los vestigios más genuinos del sistema inquisitivo (inicio de la acción de oficio por

Si el Tribunal Constitucional ha forzado a interpretar y hasta reformar la legislación procesal para adaptarla a los principios constitucionales vigentes, tampoco desmerecen en importancia las modificaciones indirectamente operadas por las previsiones de los Convenios, Declaraciones y Pactos universales vinculantes en nuestro país, que para unos han pasado a integrarse en nuestro Ordenamiento interno por mandato del artículo 96.1 CE y, para otros, se han limitado a servir de criterio en la labor de nuestro Tribunal Constitucional a la hora de interpretar nuestras leyes procesales conforme a los principios, derechos fundamentales y libertades en ellos reconocidos¹²⁸.

Sin embargo, no cabe pensar que el camino ha concluido o que es irreversible; antes al contrario, ante los clásicos principios y garantías casi universalmente reconocidos surgen nuevas áreas de conflicto que resolver¹²⁹, con lo que el alcance o la redefinición del contenido de aquellos derechos que parecían tener límites inmutables, se convierte en un proceso dinámico.

Lo que parece fuera de duda es que las recientes reformas de la LECrim obedecen a una concepción del proceso como proceso imparcial o, al menos, hacia un refuerzo de la posición del Juez como un tercero frente a los genuinos adversarios, las partes, que es una concepción característica del modelo de proceso

el Juez, acumulación de actuaciones de acusación y fallo, falta de contradicción, posibilidad de *reformatio in peius*, etc.)

¹²⁸ Esta integración de los criterios y garantías propias del proceso contradictorio o adversativo ha venido propiciada, en gran medida, por la tarea del TEDH. De hecho, es un fenómeno que no sólo se ha producido en nuestro país, sino que también en Francia, por ejemplo, se ha reformado considerablemente la legislación procesal penal en este sentido, favoreciendo la posición del juez como juez de garantías incluso durante la instrucción. *Vid.*, Ley 2000-516 de 15 de junio de reforzamiento de la protección de la presunción de inocencia y los derechos de las víctimas.

¹²⁹ El objeto final del que este trabajo es parte es un ejemplo de esta aseveración: la incidencia de la libertad de expresión en los derechos del acusado, y, en concreto, en el derecho a un Juez imparcial, sólo ha podido abordarse cuando los medios de comunicación han alcanzado un nivel de trascendencia y poder como el que actualmente disfrutan. Tradicionalmente el acceso del público a las vistas fue clásica y exclusivamente entendido como una garantía para el acusado; hoy, sin embargo, la información y opinión acerca del proceso y su desarrollo, amplificada por los medios de comunicación, puede representar una amenaza para los derechos del enjuiciado.

contradictorio¹³⁰. En esa misma línea la Ley del Tribunal del Jurado acentúa la posición imparcial del Juez, tanto en la fase de instrucción como en la de juicio oral en la que, esta vez sin concesiones de ningún tipo, el jurado actúa como un árbitro imparcial que decide con arreglo a ley sobre la pretensión acusatoria exclusivamente respecto de las pruebas y los testimonios presentados en el debate contradictorio del juicio oral.

V. El juicio justo respecto al proceso penal desde la perspectiva de los principios constitucionales vigentes

1. Punto de partida previo

El control de validez de las leyes a cargo de los Tribunales Constitucionales ha puesto de relieve la superación definitiva e insoslayable del sistema del positivismo jurídico estricto que pretendía reducir la Ciencia del Derecho y la correlativa técnica de aplicación de sus normas a la más simple hermenéutica del texto de las leyes¹³¹. Poco sentido cabe atribuir a cualquier otra técnica de construcción del contenido y alcance del juicio justo que no sea, precisamente, la de atender a principios generales y, especialmente, constitucionales¹³².

La conformación del sistema político y, paradigmáticamente, del modelo de poder está basada en principios arraigados históricamente que comienzan a tener una eficacia operativa directa cuando se consagran en las Constituciones. El modelo de

¹³⁰ Véase al respecto un análisis de la capacidad de impulso judicial en el proceso penal en el volumen monográfico de Cuadernos de Derecho Judicial, Vol. XXVIII, titulado *Proceso penal y actuación de oficio de Jueces y Magistrados*, 1995,

¹³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., "La democracia y el lugar de la ley", *op. cit.*, págs. 46 y 47. Sobre el concreto valor y significado de las normas, los principios generales y los principios constitucionales, puede verse BELADÍEZ ROJO, M., *Los principios jurídicos*, Tecnos, Madrid, 1994.

¹³² Ya hemos visto en el apartado anterior que si nos atenemos a la legalidad, resulta preferible desde la perspectiva constitucional atender a la Exposición de Motivos de la LECrim que a algunas disposiciones de su propio articulado y, desde luego, a la práctica forense o algunas de sus reformas posteriores.

justicia forma parte de ese sistema de poder y resulta determinante en la conformación de uno u otro modelo de proceso¹³³.

Cada sistema de poder, y el de castigar lo es, crea un modelo de verdad¹³⁴. La alteración de los términos de esta proposición, por habitual que se haya convertido, es una falacia. Quienes justifican hoy en día la pervivencia¹³⁵ de elementos inquisitivos en el proceso penal dicen realizar tal afirmación como la única vía compatible con el descubrimiento de la denominada *verdad material*. La defensa de tal modelo de verdad procesal, a cuya indagación o, mejor, obtención eficaz se deben supeditar necesariamente algunas garantías y derechos de los acusados, lleva aparejada, en definitiva, la propia conformación del proceso y de los poderes del Estado que en él intervienen en una determinada dirección. El Juez y el Ministerio público están llamados en la práctica a un mismo objetivo: indagar sobre lo ocurrido (de toda infracción legal cometida) y, en consecuencia, una vez establecido en el proceso el resultado de tal indagación como autenticación de la verdad, se deben exigir responsabilidades, si procede, al acusado. Parecería que la verdad es la que determina el sistema de poder, pues con dicho objetivo “no queda más remedio” que dotar al Juez de funciones y facultades investigadoras, de ordenar de oficio la práctica de cuantas pruebas estime oportunas, de no quedar vinculado por lo pedido por las partes, de considerar que para destruir la garantía de la presunción de inocencia basta con la existencia de cierta actividad probatoria de cargo, y, subsidiariamente, afirmando el *in dubio pro reo*, etc.¹³⁶.

¹³³ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “La función de las garantías en la actividad probatoria”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXIX, 1993, págs. 218-220.

¹³⁴ Así lo argumenta FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, *op. cit.*, págs. 13-33.

¹³⁵ Verdaderamente ya nadie defiende la bondad del sistema inquisitivo históricamente puro, pero sí, desde luego, la admisibilidad de algunas de sus características, como ocurre con relación a la dual posición del Juez en el proceso, de una parte actuando de oficio en la tarea de determinación de la responsabilidad penal y, de otra, como garante de los derechos del acusado.

¹³⁶ ANDRÉS IBÁÑEZ, P., “La función de las garantías en la actividad probatoria”, *op. cit.*, págs. 218-219.

La indagación es una forma de saber (no un contenido) y también una forma de poder por la que si se toma partido se llega a la construcción de un concreto modelo de proceso. No cabe identificar indagación con verdad, o mejor dicho, la verdad que se obtiene con la indagación es una determinada forma de verdad, pero no la única y, desde luego, no está exenta de graves problemas.

En cambio, quienes declaramos nuestra preferencia por la construcción del concepto del juicio justo tomando por referencia el sistema acusatorio lo hacemos desde una concepción distinta del papel de la justicia, del Derecho y del Estado. La función de administrar justicia se reduce, simplemente, a la resolución de determinados conflictos sociales¹³⁷, los que se producen cuando se quebranta el Ordenamiento jurídico penal —que resultan ser los más graves— y, en consecuencia, el poder que atribuimos a uno de los poderes del Estado para la realización de tal función parece que debe ser otro, mucho más modesto. No situamos al Juez como responsable de guardar el orden jurídico y, por tanto, no le atribuimos ningún protagonismo ni interés en averiguar quién, cuándo y cómo se quebranta¹³⁸. En nuestro caso se parte de una concepción contradictoria del proceso, de la constatación en la raíz de las cosas de un conflicto entre partes, sólo que en el proceso penal una de esas partes es, precisamente, el Estado que ejerce el *ius puniendi*.

¹³⁷ Concepción que para ser válida, debe apoyarse —y está apoyada, a nuestro entender—, en los principios constitucionales y no en simples opciones personales, tan respetables como sus contrarias, y aun cuando se adecuen menos a ciertos aspectos de la legalidad ordinaria vigente, al menos en este punto entendemos que la LECrim tropieza al adaptarse al sistema de garantías constitucionales porque resulta infra o subconstitucional

¹³⁸ De hecho, se puede dudar legítimamente que exista un interés social en la averiguación y castigo de toda infracción. Resulta mucho más favorecedor de la convivencia pacífica que sólo aquellas transgresiones más evidentes e intolerables sean perseguidas o lo sean con preferencia a cualquier acción delictiva, es decir, que exista una política criminal que valore la conveniencia o necesidad de hacer más o menos incidencia en la persecución de determinadas conductas —sin que ello necesariamente suponga, en modo alguno, un relajamiento del principio de legalidad en la actuación del Ministerio Público— cuando los medios de que se dispone para atajar la criminalidad son, naturalmente, siempre limitados.

De modo que, como magistralmente ilustrara BECCARIA, la ecuación representada por el proceso, en el que la nación se encuentra dividida en dos partes, la que afirma la violación de las leyes y la que la niega, sólo puede resolverse por un tercero —el Juez—¹³⁹. Por un tercero imparcial a quien no le compete sino dirimir el conflicto que se le presenta —y no otro pues eso sería tomar partido—, con los argumentos y pruebas que se le someten a consideración —y no con otros que sólo él estime convenientes para averiguar una verdad distinta a la que resulta del proceso, a la que se le plantea por las partes y convirtiéndose así, a su vez, en parte interesada—, reputando en todo caso inocente a quien es acusado salvo que se pueda destruir más allá de toda duda razonable esa inocencia¹⁴⁰ —pues de lo contrario está identificándose con la parte representada por el Estado—, con publicidad y celeridad —pues así se garantiza la efectividad y el control objetivo de su actuación—, junto a otras reglas, derechos y principios elementales de justicia.

En definitiva, la función del Juez en el proceso que se desprende de la lectura de la Constitución no se identifica con interés público alguno distinto de declarar lo que es el Derecho, ni consiste en buscar la verdad a toda costa allí donde se encuentre, porque él no representa al Estado que ejerce la pretensión de castigo. Sólo a éste —representado por el Ministerio Público— que afirma la vulneración del Derecho le compete demostrar la verdad de su afirmación, y hacerlo dentro del marco del proceso con pruebas inequívocas; es el Ministerio Público, en definitiva, quien valora la oportunidad y necesidad del castigo ejerciendo su pretensión como parte¹⁴¹. Y de lo que al proceso aporte, y de lo que el acusado pueda refutar se

¹³⁹ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, op. cit., pág. 30.

¹⁴⁰ Ese es el estándar exigible en el Derecho norteamericano para destruir la presunción de inocencia que, sin embargo, no se ha impuesto todavía de forma generalizada en nuestro país. Pese a que ni la Constitución ni ningún texto internacional vinculante explícitamente requiera que la culpabilidad se pruebe “más allá de toda duda razonable”, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha interpretado que el artículo 14 del PIDCP exige, precisamente, ese estándar. Cfr. HUMAN RIGHTS COMMITTEE, General Comment 13 (21), *Report of the Human Rights Committee*, 41 UN GAOR, suplemento núm. 40, 1984, págs. 143 y 144.

¹⁴¹ Y como representante del Estado, puede y debe valorar la necesidad de ejercer tal pretensión, pues el Derecho —también el Penal— está llamado a ordenar la convivencia, y ello

obtendrán los elementos de juicio sobre los que declarar la única verdad para la que está llamado el proceso, una verdad consensual¹⁴², la declarada por el Juez a la vista de lo que se le pida y se le pruebe por las partes. En un modelo de poder así establecido es claro que al Juez sólo se le puede pedir que declare esa modesta verdad para la que está llamado el proceso.

En ese modelo acusatorio, arraigado en la presunción de inocencia como garantía indiscutible para la defensa de los derechos individuales frente al poder del Estado, resulta definitivamente imprescindible contar con un Juez imparcial. Sólo así se garantiza la efectividad de las demás garantías procesales, propias de un sistema de libertades. De esta forma, el resultado del proceso puede ser considerado como auténticamente justo¹⁴³, y la única verdad que legítimamente se aspira a alcanzar es la verdad que el Juez puede declarar de las pruebas que, legítimamente obtenidas, se le presenten —y para ello su papel en defensa del acusado es fundamental—. He aquí el ejemplo de la aseveración hecha anteriormente: el sistema de poder crea una determinada forma de verdad¹⁴⁴. Al proceso, al Juez que lo preside, se le exige que declare como verdad sólo aquello que racionalmente pueda fundamentarse con las

significa, precisamente, que allí donde no existe conflicto —porque la infracción de las normas no es nociva o lo es escasamente— el castigo no debe imponerse, la justicia no tiene nada que resolver, ninguna norma que aplicar. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 61, rechazan la interpretación invertida que se hace del principio de legalidad no como límite al castigo, sino como exigencia del mismo. Esa interpretación invertida es propia no sólo de regímenes totalitarios, como ellos mencionan, sino de una muy generalizada concepción del principio de legalidad en la doctrina como principio que exige la persecución necesaria de todos los delitos, por oposición al principio dispositivo que caracteriza al proceso civil. Entre los partidarios de esta segunda interpretación *vid.*, entre otros, FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*; OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, PPU, Barcelona, 1988.

¹⁴² VIVES ANTÓN, T.S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *op. cit.*, págs. 281-282.

¹⁴³ Se trata de hacer posible una racionalidad procedimental de tipo ético también en la función judicial, para lo que resulta imprescindible garantizar la formación imparcial del juicio y de la voluntad común de forma adecuada. Pero esa racionalidad no apela a qué hubiera hecho la mayoría —como en la decisión política—, sino al criterio que resulta de observar las reglas existentes —los derechos fundamentales—. HABERMAS, J., *Escritos sobre moralidad y eticidad*, *op. cit.*, págs. 153-154 y 158-159. En el mismo sentido, *vid.* VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, págs. 483 y ss.

pruebas que aporten en su estrategia las partes, que es tanto como decir que resuelva sobre lo que se le pide, que su función se limite a eso, garantizando los legítimos derechos de las partes¹⁴⁵ entre los que la presunción de inocencia se alza como garantía preferente.

Volvamos por un momento al otro modelo procesal clásico: el modelo inquisitivo. En él se afirma como objetivo de justicia la averiguación de una determinada verdad material¹⁴⁶, el quebranto de la ley que representa el delito, para lo cual, se reputa necesario dotar de decisivas facultades y poderes a los Jueces del proceso (primero en la instrucción, después en el juicio oral). Al sistema de poder, al Estado al que sirve el modelo inquisitivo, lo que le interesa es la afirmación de su autoridad frente a todo aquel que supuestamente la ha vulnerado mediante el quebrantamiento de sus normas. Su concepción de las leyes penales es la de que ante todo, son normas que fijan obligaciones o prestaciones y quienes las quebrantan ocasionan, en todo caso, un perjuicio, el que representa el desafío a la autoridad del Estado y también a toda la colectividad. La pretensión de tal sistema penal es la represión de todas las posibles conductas ilícitas que se hayan cometido¹⁴⁷. Es claro

¹⁴⁴ FOUCAULT, M., *La verdad y las formas jurídicas*, op. cit., pág. 59, lo expresa de la siguiente forma: “detrás de todo saber o conocimiento lo que está en juego es una lucha de poder”

¹⁴⁵ A esta concepción del proceso obedece el sistema de enjuiciamiento norteamericano al que se remiten constantemente los autores de la reforma del proceso penal en Italia como precedente y fuente de influencia. Es particularmente interesante analizar, en este punto, la obra de AMODIO y BASSIUNI sobre el proceso penal en los Estados Unidos, quienes establecen el paralelismo entre los principios sobre los que descansan ambas legislaciones destacando, al tiempo, las diferencias que las separan y, en particular, las modulaciones introducidas en Italia para mitigar esta denostada concepción deportiva (“sporting theory”) del proceso americano, basada en una extendida y nada recomendable praxis. AMODIO, E. y BASSIUNI, M.C., *Il processo penale negli Stati Uniti d’America*, op. cit. Para una aguda crítica de las desvirtuaciones del sistema procesal americano en la práctica, y una reinterpretación de sus disposiciones a la luz de la Constitución, puede consultarse la obra de AMAR, A.R., *The Constitution and Criminal Procedure: First Principles*, Yale University Press, New Haven, 1997.

¹⁴⁶ Vid. GÓMEZ ORBANEJA, E., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal*, op. cit., pág. 112, que defiende que el fin del proceso penal es la búsqueda de la verdad material.

¹⁴⁷ Esta idea se basa según sus defensores en la estricta observancia del principio de legalidad penal. Nosotros creemos que se trata, como con razón denuncia el propio Tribunal Constitucional, de una errónea concepción del significado de dicho principio: una cosa es castigar sólo aquello que dice

que ese ejercicio de autoafirmación que representa el castigo¹⁴⁸ precisa de una serie de instrumentos eficaces que lo hagan posible y, sobre todo, de un deseo irrefrenable de conocer el hecho delictivo tal y como aconteció. Aquí no se pretende que el Juez resuelva un conflicto concreto sino que dirija un proceso en el que sea posible averiguar si, y hasta qué punto, se quebrantó el ordenamiento, que se encuentren todas las pruebas posibles en contra del acusado y si las solas partes no son capaces de aportar el material probatorio adecuado, él se lo ofrezca. Por supuesto, en caso de duda se fallará a favor del reo, pero la duda se puede descartar aun cuando la íntima convicción del juzgador esté basada en pocas o escasas pruebas de cargo¹⁴⁹; la petición de la parte tampoco es vinculante, pues lo que se pretende es sancionar aquello que realmente ocurrió, y hacerlo eficazmente, para lo cual la ventaja inicial del delincuente debe mitigarse en lo posible¹⁵⁰ “para que se pueda hacer justicia”. Lo más difícil, en esta tesis, es fundamentar la exclusión del valor probatorio de la prueba ilícitamente obtenida, pues aun cuando resulte lesionado un derecho fundamental en su obtención, su fuerza de convicción para fundamentar la condena permanece intacta.

la ley y otra, diferente, que exista un derecho o un deber constitucional de castigar toda conducta ilícita —principio de legalidad invertido— (STC 41/1997).

¹⁴⁸ Aquí no se trata de una autoafirmación del Derecho —cual la que representa el proceso, el cauce jurídicamente regulado y aceptado por encima de la venganza particular— sino de la autoafirmación de la autoridad del Estado mediante el castigo al delincuente.

¹⁴⁹ Sobre la subsidiariedad de la regla *in dubio pro reo* frente al derecho a la presunción de inocencia con relación a la exigencia de pruebas de cargo suficientes puede verse VARELA CASTRO, L., “Fundamentos político-constitucionales y procesales”, *El Tribunal del Jurado*, Consejo General del Poder Judicial - Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1996, págs. 93-99, y, en especial, pág. 98.

¹⁵⁰ Recuérdese que esta afirmación reproduce lo dicho en la Exposición de Motivos de la LECrim, aunque con un sentido bien distinto: es cierto que para garantizar el éxito de la investigación, dada la ventaja inicial del delincuente, el investigador debe actuar rápida y discretamente. Ello significa que no puede exigirse razonablemente la presencia del presunto delincuente en todas y cada una de las iniciativas emprendidas, sino sólo de aquellas en que la presencia del reo resulte necesaria (por ejemplo, en una diligencia encaminada a reconstruir los hechos). Sin embargo, contrarrestar la ventaja inicial del delincuente no implica necesariamente que el Juez de instrucción se coloque del lado de la acusación, sino que esta actúe eficazmente ante la atenta mirada del Juez garante de los derechos del investigado (incluida la contradicción, el derecho de defensa, etc.)

En definitiva, en este otro modelo, la verdad que se pretende obtener es otra y es el objetivo que estructura el proceso, y, en consecuencia, son distintas las facultades del Estado, que actúa representado por el acusador público y, en parte, por el propio Juez en su papel de promotor de la tutela del ordenamiento. Por ello rechazaba la comúnmente aceptada inversión para sus defensores de los términos entre poder y verdad, afirmando que es la búsqueda de una determinada verdad la que determina el poder del Juez. Así, las amplias facultades judiciales indagadoras se legitiman como si de una garantía se tratara. Es una determinada concepción del Estado la que determina que se haya optado por este modelo de justicia intervencionista¹⁵¹ y poco garantista.

La imparcialidad judicial que se precisa en este modelo intervencionista de la justicia, no es la *alienità*, la ubicación suprapartes característica del sistema acusatorio, porque el Juez tiene un objetivo en parte coincidente con el del Ministerio Público: descubrir y castigar la posible infracción de la ley. Para ello le basta con mantener una actitud interna y externa de objetividad, una garantía de que la actuación sólo estará presidida por criterios jurídicos, sometida al derecho, reglada, sin interferencia de intereses particulares —puesto que el *interés* en averiguar la verdad es un interés público—, sin prejuicios internos hacia las partes en conflicto ni hacia el objeto de la controversia en sí —imparcialidad subjetiva— dando garantías externas de tal imparcialidad —imparcialidad objetiva—¹⁵². La imparcialidad representa aquí otro papel, necesario, sí, pero no el de piedra angular del sistema de garantías del imputado en tanto que de su afirmación no depende la eficacia de las demás, sino, en su caso, la corrección material de la sentencia impuesta. Esta

¹⁵¹ Véase explícitamente a favor de la justicia intervencionista y en contra del modelo liberal-contradictorio de justicia DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, Comares, Granada, 1996, págs. 416-421.

¹⁵² Nótese que autores como DÍAZ CABIALE, J.A., rechazan esta concepción objetiva y subjetiva de la imparcialidad del Juez penal. Para él no tiene sentido hablar de imparcialidad objetiva, pues la imparcialidad siempre deviene en algo subjetivo por referirse al Juez y a las partes, porque en el proceso es evidente que el Juez toma parte siempre, no le es indiferente el objeto de litigio. Nosotros también rechazamos esta clasificación de la imparcialidad en objetiva y subjetiva, pero con base en distintos motivos que analizaremos *supra* en el epígrafe 6.6, c). *Ibidem*.

imparcialidad se asemeja más a la imparcialidad personal predicada de la función del Ministerio Fiscal, es decir, el exclusivo sometimiento de sus actuaciones a la legalidad, sin odio ni pasión.

El derecho a ser juzgado con imparcialidad, mencionado expresamente en el CEDH y en el PIDCP pero no en la CE, constituye, como ya se avanzó, la esencia del proceso acusatorio. Los siguientes epígrafes abordan su contenido y demás aspectos; ahora bien, como adelanto de algunas cuestiones que serán allí tratadas, conviene reconocer que la imparcialidad se predica tanto del procedimiento en sí como del órgano encargado de llevarlo a término, del juzgador; de ahí que se pueda relacionar casi todas las garantías expresamente consagradas en la Constitución o las leyes como expresión de la exigencia de imparcialidad —algo mucho más amplio que la falta de prejuicios personales del Juez hacia alguna de las partes o sus intereses en el proceso—.

La exposición de estos rasgos generales característicos de los dos sistemas procesales clásicos viene a colación para poner una vez más de manifiesto la dificultad de compenetrar los postulados de *lege ferenda* y de *lege data* de nuestro ordenamiento procesal penal. De una parte tenemos una LECrim que obedece a un sistema mixto y, de otro, una Constitución y unos Tratados internacionales vinculantes, decantados hacia un sistema de garantías más vasto, propio del llamado modelo acusatorio. El alcance de las garantías establecidas para la obtención de un juicio justo es considerablemente diferente en uno u otro sistema porque distinto es el objeto que persigue la Administración de Justicia.

Así las cosas llegamos a la situación actual en que la regulación procesal penal en nuestro país sigue adoleciendo de una serie de defectos estructurales identificables con la tradición heredada de antaño pero, al mismo tiempo, con una progresiva tendencia hacia la homologación con los modelos comparados como consecuencia del inevitable desgaste que sufren sus disposiciones al ser releídas conforme al modelo procesal garantista, liberal de nuestra tradición constitucional y a la luz de las

disposiciones vinculantes del CEDH, en particular, de su artículo 6 y del artículo 14 del PIDCP.

La incompatibilidad entre el modelo acusatorio puro y el denominado mixto o “acusatorio formal” no ha lugar a dudas. De hecho, son aquellas disposiciones propiamente inquisitivas de nuestra ley procesal vigente las que caracterizan el llamado sistema mixto¹⁵³ y las responsables de los mayores problemas planteados a la jurisdicción penal en la actualidad (dilaciones, falta de garantías, de eficacia, etc.). En este punto, el tratamiento de la imparcialidad del Juez es paradigmático de cuanto aquí se afirma. El valor que dicha garantía representa en un modelo procesal acusatorio poco o nada tiene que ver con la imparcialidad que se predica del Juez en uno inquisitivo. Y ello es así porque, según se ha visto, el objetivo de la justicia y del proceso como medio para administrarla es, en cada caso, distinta, distinto el rol asignado al Juez en dicho proceso, y distintas, al fin, las garantías necesarias para cumplir con esta función¹⁵⁴.

Si examinamos las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales y garantías en el seno del proceso penal podemos convenir en que se ha producido una ampliación considerable de los ámbitos de libertad y defensa del acusado; frente a las anquilosadas disposiciones restrictivas de la LECrim y, sobre todo, de algunas modificaciones a su articulado introducidas posteriormente, puede decirse que el proceso penal actual resiste sin graves problemas un control de constitucionalidad. Y ello es así porque los principios sobre los que basa su decisión el Tribunal no se infieren de la ley ordinaria sino,

¹⁵³ Se puede identificar la disfunción básica de nuestro sistema diciendo que existe una hipertrofia del papel del Juez en el proceso, particularmente evidente durante la fase previa al juicio oral —de hecho, es su presencia en la conformación del sumario la que altera todo el sistema—, pero también presente en algún momento del plenario, como ocurre con la posibilidad de proponer prueba —art. 729.2 LECrim—.

¹⁵⁴ Como agudamente RADBRUCH señalaba, al proceso inquisitivo se le podía aplicar el refrán “El que tiene por Juez a un acusador, necesita a Dios por abogado”, *cfr.* RADBRUCH, G., *Introducción a la ciencia del Derecho*, (trad. Recasens Siches, L.), Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, 1930, pág. 177.

lógicamente, de la Constitución y del liberalismo en el que se inspira el modelo procesal por el cual optó el legislador del siglo XIX, además de aquellos principios y reglas establecidos, sobre todo, en el CEDH¹⁵⁵ y el PIDCP.

Este estudio viene referido al modelo procesal acusatorio, liberal y garantista que toma los derechos fundamentales como principios que determinan el modo de enjuiciamiento y, no sólo, los límites del Estado en el ejercicio del *ius puniendi*. Ése es el modelo que cuenta con un indiscutible apoyo en nuestro texto constitucional¹⁵⁶.

2. Las garantías constitucionales del juicio justo

El punto de partida para la ordenación sistemática de los principios y garantías constitucionales que rigen el proceso penal se encuentra, en palabras de MONTERO AROCA¹⁵⁷, en la llamada “garantía jurisdiccional en la actuación del Derecho penal”, esto es, el Derecho penal sólo puede actuarse por los Tribunales y, precisamente, a través del proceso¹⁵⁸. Para ahondar en el alcance de esta afirmación debe partirse de dos premisas.

¹⁵⁵ En esta misma línea cabe situar la doctrina del TEDH acerca del derecho al juicio justo consagrado en el artículo 6 del CEDH. En efecto, el TEDH considera que el juicio justo materializa el principio fundamental de la “preeminencia del Derecho” expresamente proclamado en el preámbulo del CEDH y, —añade— “por el relevante papel que este derecho representa en toda sociedad democrática, el citado artículo 6 debe ser interpretado expansivamente”; *vid.* STEDH caso Delcourt c. Bélgica, de 17 de enero de 1970 y de Cubber c. Bélgica, de 26 de octubre de 1984.

¹⁵⁶ En el mismo sentido, MORENO CATENA, V. (Dir.), COQUILLAT VICENTE, A., FLORES PRADA, I. (Coord.), *El proceso penal: doctrina, jurisprudencia y formularios*, Vol. I, *op. cit.*, págs. 184 y ss.

¹⁵⁷ MONTERO AROCA, J., “El principio acusatorio. Un intento de aclaración conceptual”, *op. cit.* En el mismo sentido FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El ámbito procesal del derecho a un juicio equitativo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Derecho Procesal*, núm. 1, 1992, págs. 33-81.

¹⁵⁸ En la doctrina penal suele emplearse como expresión equivalente a la garantía jurisdiccional el llamado principio de legalidad procesal, esto es, “nadie puede ser castigado sino en virtud de un juicio formal ante sus Jueces naturales, en el que se respeten las garantías establecidas por la ley (*nemo damnatur nisi per legale iudicium*)”. Por todos, *vid.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, pág. 62.

La primera supone la exclusiva naturaleza pública del *ius puniendi* cuya titularidad corresponde al Estado (lo que conlleva la indisponibilidad del Derecho penal por los particulares dado que no son titulares de ninguna suerte de derecho subjetivo a que se impongan penas)¹⁵⁹ y, dentro de la estructura del Estado, la exclusividad del poder judicial en la aplicación de las penas: la acción penal se entabla para que el Estado, a través de la jurisdicción, ejerza la potestad punitiva.

La segunda consiste, como ya se ha dicho, en que la actuación del Derecho penal debe hacerse exclusivamente mediante un proceso delimitado por el contenido de los derechos fundamentales, que, conforme al esquema del *actus trium personarum*¹⁶⁰ puede ser inicialmente descrito, atendiendo a la naturaleza de la pretensión que se ejercita, a su titularidad y al núcleo de derechos e intereses que pueden verse afectados, con las siguientes notas:

a) En cuanto que el proceso es un debate que ha de ser resuelto conforme a la ley por un tercero ajeno a los intereses de las partes, se exige la imparcialidad del órgano judicial que dirige y dirige el juicio penal;

b) A fin de garantizar que nadie puede sufrir en el seno de un proceso una privación o limitación de las posibilidades esenciales de defensa¹⁶¹ —alegación y/o

¹⁵⁹ Así la STC 41/1997 recuerda en su F.J. 3 que: "(...) no existe un 'principio de legalidad invertido', esto es, un derecho fundamental de la víctima a obtener la condena penal de otro, haya o no vulnerado sus derechos fundamentales, pues éstos son derechos de libertad, e introducir entre ellos la pretensión punitiva supondría alterar radicalmente su sentido". En el mismo sentido la STC 199/1996, recogiendo anterior doctrina del Tribunal, ha venido en señalar que: "La Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que prevén el castigo de quienes vulneran sus disposiciones (art. 25.1 CE). Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 3., 83/1989, fundamento jurídico 2., 128/1995, fundamento jurídico 4., y 31/1996, fundamento jurídico 10). Por ende, la función de este Tribunal en el cauce constitucional de amparo se limita a enjuiciar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el *ius ut procedatur* del ciudadano que ha solicitado protección penal de sus derechos e intereses legítimos".

¹⁶⁰ En el sistema acusatorio rige la máxima "allí, donde no hay acusador o demandante, no puede actuar el Juez".

¹⁶¹ "Pero, además, la defensa en el ámbito del proceso penal no puede ser concebida sólo como un derecho que asiste al inculcado para hacer valer por sí, o con la asistencia de un abogado, sus argumentos defensivos y promover todos los resortes permitidos por la ley para intentar su

prueba— es preciso respetar la igualdad de armas y contradicción de los intervinientes¹⁶²;

c) La presunción de inocencia es la regla de tratamiento y de juicio que impregna todo el proceso penal, prohíbe el trato como culpable de quien se haya sometido a juicio y determina la imposibilidad de condena sino en base a pruebas obtenidas con todas las garantías que puedan considerarse de cargo.¹⁶³

d) La garantía en que consiste la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 y 24.2 CE), está dirigida a asegurar su corrección, pues ésta diseña el contenido esencial del derecho a un proceso público como instrumento para fortalecer la confianza de la sociedad en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales¹⁶⁴ (SSTC 30/1982 y 13/1985).

absolución; trascendiendo de la simple esfera individual, atañe al interés general el que el proceso sea decidido rectamente y, desde ese punto de vista, la defensa opera como factor de legitimidad de la pretensión punitiva y de la sanción penal. Con tal perspectiva, el ordenamiento jurídico ordena determinadas garantías para la tramitación del proceso —garantías del ‘fair trial’, como la imparcialidad del juzgador—, que se convierten también en garantías de una recta administración de justicia para el inculpado y para el perjudicado”. MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *op. cit.*, pág. 163.

¹⁶² STC 186/1990, FJº 5: “Entre las garantías que incluye el art. 24 de la Constitución para todo proceso penal destacan, por ser principios consustanciales al proceso, los principios de contradicción y de igualdad. Según constante y reiterada doctrina de este Tribunal —entre otras muchas, SSTC 76/1982, 118/1984, 27/1985, 109/1985, 47/1987, 155/1988 y 66/1989—, el art. 24 de la Constitución, en cuanto reconoce los derechos a la tutela judicial efectiva con interdicción de la indefensión, a un proceso con todas las garantías y a la defensa, ha consagrado, entre otros, los citados principios de contradicción e igualdad, garantizando el libre acceso de las partes al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos.”

¹⁶³ Según la STC 109/1986, FJ.1º: “El derecho a ser presumido inocente, que sanciona y consagra el apartado 2. del art. 24 de la Constitución, además de su obvia proyección como límite de potestad legislativa y como criterio condicionador de las interpretaciones de las normas vigentes, es un derecho subjetivo público que posee su eficacia en un doble plano. Por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye 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. Opera, el referido derecho, además y fundamentalmente en el campo procesal, en el cual el derecho, y la norma que lo consagra, determinan una presunción, la denominada ‘presunción de inocencia’, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba.”

¹⁶⁴ Para una concepción de la publicidad de las actuaciones judiciales al servicio de la idea de imparcialidad judicial, puede verse MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.* Según este autor, “el principio de publicidad de las actuaciones es un principio típico del proceso liberal del siglo XIX, que se estableció en razón de dos

e) Por fin, el derecho a que la causa sea oída en un plazo razonable, constituye una exigencia ineludible de toda pretensión de justicia, especialmente relevante en el proceso penal, dada la incidencia que el paso del tiempo tiene sobre los restantes derechos procesales y con ella la eventual alteración de las exigencias materiales del juicio justo¹⁶⁵.

La Constitución se refiere a los derechos fundamentales del acusado sobre los que se ha de construir el modelo de procedimiento en su artículo 24. La doctrina científica ofrece distintas clasificaciones sobre estos derechos y garantías de la actuación jurisdiccional con un mismo y limitado alcance¹⁶⁶: facilitar su comprensión¹⁶⁷.

tipos de consideraciones: por una parte, para proteger al inculgado contra la arbitrariedad de una justicia secreta, sustraída al control público (...) permitiendo el conocimiento general de las actuaciones, lo que es cabalmente distinto del derecho a tomar conocimiento de ellas. Pero, por otra parte, el principio de publicidad del procedimiento asumía una trascendental función como instrumento de control de la efectiva sumisión del Juez a la Ley, ya que la presencia de público, de personas ajenas al rito jurisdiccional, servía desde luego para reforzar el control por el pueblo de la correcta interpretación y aplicación de la ley por parte de los Jueces. El Juez ha de ser independiente, inamovible, responsable y sometido al imperio de la ley (art. 117.7 CE); y la exigencia de un enjuiciamiento de acuerdo con la ley requiere, entre otras cosas, que las actuaciones judiciales se realicen de cara al público y a la opinión pública". (pág. 288). Más adelante añade: "(...) parece claro que la publicidad de las actuaciones judiciales, al propio tiempo que una garantía para el justiciable, sustenta otra garantía ajena e independiente de la esfera de intereses que pueden mantener las partes procesales: la garantía de un juicio imparcial" (pág. 291).

¹⁶⁵ Esta idea preside el razonamiento del Tribunal Constitucional cuando conecta el derecho a que la prisión provisional no se extienda más allá del plazo debido con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STC 206/1991, fundamento jurídico 4º): "Pese a la redacción del precepto, que pudiera inducir a pensar que se trata de una norma en blanco, este Tribunal ha tenido ya ocasión de declarar que (el art. 17.4 CE) encierra un auténtico derecho fundamental que asiste a todo preso preventivo a no permanecer en prisión provisional más allá de un 'plazo razonable' (SSTC 41/1982, 108/1984, 40/1987 y 8/1990); en este sentido, y puesto que la mejor manera de cumplir con dicho plazo es que el juicio oral se realice lo más inmediatamente posible en el tiempo, el referido derecho fundamental guarda una estrecha conexión con el derecho a un proceso 'sin dilaciones indebidas' del art. 24.2 CE. Pero, como la lentitud de la justicia causa mayores males en el proceso penal, la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento (art. 1.1 CE) y la prisión provisional no debe sacrificar el derecho a la libertad más allá de lo indispensable, nuestra Constitución ha querido reforzar las exigencias de celeridad en la justicia penal estableciendo la necesidad de que se determine legislativamente el plazo máximo de duración de la prisión provisional."

¹⁶⁶ Entre las clasificaciones propuestas al margen de los tratados y manuales clásicos sobre proceso penal podemos citar, por ejemplo, la que BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, op. cit., pág. 101.

¹⁶⁷ Tampoco el Tribunal Constitucional ha efectuado ninguna suerte de ordenación o enumeración de las mismas —ni podría hacerlo—, por lo que tampoco vamos a darle a la clasificación



El contenido del derecho a ser juzgado con imparcialidad se tratará detenidamente en el apartado siguiente. No obstante, en la medida en que la imparcialidad es, según nuestra opinión, la esencia del juicio justo, las referencias a la imparcialidad del Juez se deben entender en un sentido amplio, por constituir exigencia necesaria —aunque no suficiente— para que de todo el sistema de garantías procesales resulte realmente efectivo. En efecto, no cabe pensar que el proceso es justo e imparcial si el órgano encargado de resolverlo ha sido nombrado con carácter excepcional, si el proceso favorece a la acusación por otorgarle prerrogativas de las que no goza la defensa o si el Juez del caso tiene interés personal en la resolución del objeto del proceso. En esas condiciones, el proceso condiciona de forma decisiva las posibilidades de defensa y en tal medida predetermina su propio resultado, que aunque resulte materialmente correcto desde el punto de vista de su conformidad con la ley aplicada, no puede considerarse —y no sólo por el acusado— sino como un juicio injusto.

Si la idea de imparcialidad se entiende en este sentido amplio, cabe referirse a otras garantías como la independencia del poder judicial, la predeterminación de la jurisdicción y la competencia del órgano judicial e, incluso, la vigencia del principio acusatorio o la publicidad del proceso¹⁶⁸ como garantías a su servicio.

La presunción de inocencia¹⁶⁹ —al margen de su consideración como un principio que opera como límite a la potestad legislativa y de servir como criterio de interpretación de las normas vigentes— es un derecho subjetivo público que opera con relación al proceso, fundamentalmente, en el régimen de la prueba desplazando su

ofrecida en el texto mayor valor que a las demás. Lo que sí parece aceptado por todos es que el propio derecho fundamental al juicio justo acoge un conjunto de garantías algunas de las cuales son, a su vez, derechos fundamentales —las proclamadas en el artículo 24—, mientras que otras integran su contenido pero sin semejante categoría —como la publicidad de actuaciones, la gratuidad de la justicia o la doble instancia—.

¹⁶⁸ La publicidad del juicio se reconoce como derecho fundamental de todo litigante o parte en el artículo 6.1 del CEDH, 14.1 PIDCP y 24.2 de la CE Asimismo se recoge la publicidad de las actuaciones como principio informador de la actuación jurisdiccional en el art. 120.1 de la CE.

¹⁶⁹ Proclamada como principio en los artículos 6.2 del CEDH, 14.2 PIDCP y reconocido como derecho fundamental en el 24.2 de la CE.

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 acusado.

La exigencia de contradicción, que está en la base de la propia naturaleza del proceso, comporta la igualdad de armas entre la acusación y el acusado, e incluye garantías referidas tanto al derecho de defensa (derecho a la asistencia letrada, a conocer la acusación, a utilizar todos los medios de prueba pertinentes)¹⁷⁰, como a la autotutela o autodefensa (derecho a no confesarse culpable y a no declarar contra sí mismo)¹⁷¹.

En fin, confirmando la idea anteriormente defendida de que la configuración de las garantías que rodean al juicio justo es un camino en constante evolución, la Constitución Española reconoce el derecho a un proceso “con todas las garantías” estableciendo así una cláusula abierta que permite la ampliación del listado hoy vigente. Su observancia es ineludible en tanto que estén legalmente establecidas y, junto a las ya referidas *infra*, conforman el “juicio justo”. En nuestro país el Tribunal Constitucional ha llevado al ámbito de este derecho fundamental garantías tales como la necesidad de someter las condenas penales a un doble grado de jurisdicción¹⁷², la

¹⁷⁰ “El derecho de defensa es un derecho marco que tiene un conjunto de presupuestos para su realización y se vale de una serie de instrumentos para su ejercicio, todos ellos reconocidos también constitucionalmente. Como presupuestos del derecho de defensa debemos referirnos tanto al derecho de audiencia bilateral, o principio de contradicción, como al derecho a ser informado de la acusación, sin los cuales no sería posible, obviamente, ejercitar aquel. Como instrumentos del derecho fundamental a la defensa aparecen el de asistencia de abogado, el derecho a la prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.” MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Cívitas, Madrid, 1982, pág. 562.

¹⁷¹ En general, a las garantías asociadas al principio de igualdad de armas y de contradicción, se refieren los artículos 24.2 CE, 6.3 CEDH y 14.3 PIDCP.

¹⁷² Obligación recogida en el artículo 14.5 del PIDCP y trasladada a nuestro Derecho por las SSTC 42/1982, 76/1982, y 60/1985. Conforme a esta última: “Las especialidades del recurso de casación penal en nuestro ordenamiento no oscurecen el hecho de que este instrumento procesal ocupa hoy una posición esencial en el sistema de garantías jurisdiccionales consagradas por el art. 24 de la Norma Fundamental. La casación penal, por ello, no está sólo al servicio de los intereses objetivos ligados a la necesaria depuración en Derecho del obrar judicial, sino que, al desenvolver esta función, protege también al justiciable, que contará, a su través, con la posibilidad de someter el fallo en el que resultó condenado a un ‘Tribunal superior’, como quiere el art. 14.5 del Pacto Internacional de

inadmisibilidad procesal de la prueba obtenida mediante la lesión de derechos fundamentales¹⁷³, o la propia garantía procedimental¹⁷⁴.

Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, que forma parte de nuestro ordenamiento, y que ha de tenerse en cuenta para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales que la Constitución reconoce, de acuerdo con su art. 10.2. Aquel precepto del Pacto Internacional, como se dijo en las Sentencias 42/1982, de 5 de julio (fundamento jurídico 3º) y 76/1982, de 14 de diciembre (fundamento jurídico 5º) no es bastante para crear, por sí mismo, recursos inexistentes, pero sí obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su artículo 24.2 se encuentra la del recurso ante un Tribunal superior —el Tribunal Supremo, en este caso, juzgando en casación—; recurso al que, si previsto en la ley y con las condiciones por ella requerida, tendrá derecho aquel contra quien se hubiere dictado Sentencia condenatoria.” (fundamento jurídico 2º).

¹⁷³ Conforme a la STC 114/1984: “En el caso aquí planteado, lo que en realidad reprocha el actor a las actuaciones judiciales es haber decidido a partir de una prueba ilícitamente obtenida. Haya ocurrido así o no, lo cierto es que no existe un derecho fundamental autónomo a la no recepción jurisdiccional de las pruebas de posible origen antijurídico. La imposibilidad de estimación procesal puede existir en algunos casos, pero no en virtud de un derecho fundamental que pueda considerarse originariamente afectado, sino como expresión de una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente en el ordenamiento puede requerir desestimar toda prueba obtenida con lesión de los mismos. Conviene por ello dejar en claro que la hipotética recepción de una prueba antijurídicamente lograda, no implica necesariamente lesión de un derecho fundamental. Con ello no quiere decirse que la admisión de la prueba ilícitamente obtenida — y la decisión en ella fundamentada— hayan de resultar siempre indiferentes al ámbito de los derechos fundamentales garantizados por el recurso de amparo constitucional. Tal afectación —y la consiguiente posible lesión— no pueden en abstracto descartarse, pero se producirán sólo por referencia a los derechos que cobran existencia en el ámbito del proceso (art. 24.2 de la Constitución).”

También en la más reciente STC 81/1998, FJº 2, después de recordar que al proceso penal se acude postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más “sagrado” de sus derechos fundamentales, se señala: ‘Por eso, hemos podido afirmar que, aunque la prohibición de valorar en juicio pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales sustantivos no se halla proclamada en un precepto constitucional que explícitamente la imponga, ni tiene lugar inmediatamente en virtud del derecho sustantivo originariamente afectado, expresa una garantía objetiva e implícita en el sistema de los derechos fundamentales, cuya vigencia y posición preferente, en el Estado de Derecho que la Constitución instaaura, exige que los actos que los vulneren carezcan de eficacia probatoria en el proceso. La valoración procesal de las pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales “implica una ignorancia de las ‘garantías’ propias del proceso (art. 24.2 de la Constitución)’ (SSTC 114/1984, fundamento jurídico 5º y 107/1985, fundamento jurídico 2º) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de ‘juicio justo’ (TEDH, caso Schenk contra Suiza, Sentencia de 12 de julio de 1988, fundamento de derecho I, A) debe considerarse prohibida por la Constitución.’

¹⁷⁴ Ya en la STC 16/1981, FJº 5 se dijo: “No hay duda de que el art. 24.2 de la Constitución reconoce el viejo principio que prohíbe imponer una pena sin un juicio previo con todas las garantías. Este principio, que se suele expresar con el aforismo *nulla poena sine iudicio o sine previo legali iudicio*, junto con los bien conocidos que proclaman *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*, constituyen el triple fundamento de la legalidad penal en todo Estado de Derecho. El principio ya estaba recogido en nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal y en la jurisprudencia. También lo consagran los pactos internacionales que por haber sido ratificados por España sirven de medio de

VI. La imparcialidad como nota esencial del juicio justo

1. Las bases del sistema penal constitucional: la Ley, el juez y el proceso

Como se ha apuntado ya, corresponde al pensamiento ilustrado el mérito de haber intentado globalmente elaborar un modelo de configuración política en cuyo funcionamiento la seguridad de los ciudadanos quedase convenientemente salvaguardada. Ese modelo representa una respuesta frente los abusos del poder en el pasado e intenta someter su ejercicio a la fuerza de la razón. La primacía de la ley — expresión de la soberanía popular a través de la que se manifiesta la voluntad general— como criterio de resolución de los conflictos y como regla de encauzar la actuación de los poderes del Estado, el reconocimiento de los derechos individuales y libertades políticas como medios de resistencia frente al poder estatal y la toma de conciencia acerca de la potencialidad lesiva del *ius puniendi* estatal y del procedimiento seguido para su actuación, son los ejes sobre los que gira el nuevo sistema penal, que afectan tanto a la determinación de lo punible, es decir al criterio para decidir si una conducta ha de ser penada, como al proceso a través del cual se

interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas proclamadas por la Constitución, según el art. 10.2 de la misma. Tales son en este caso el Pacto de Nueva York de 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en su art. 14, y el Convenio de Roma (Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales), en su art. 5. Resulta innecesario extenderse más en la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de esta garantía constitucional.”.

aplica el Derecho penal, como, finalmente, a las características de quien ha de dirimir el conflicto¹⁷⁵

Con razón se ha dicho que si la historia de las penas es una historia de horrores, la de los procesos es una historia de errores. Someter la definición de aquellas y la configuración de éstos a la razón exigía un profundo cambio en el sistema de enjuiciar, que lleva aparejado un nuevo modelo de Juez¹⁷⁶.

Cabe decir por ello que los principios que definen el sistema penal de los Estados democráticos de Derecho de nuestro entorno cultural ponen de manifiesto la toma de conciencia sobre la gravedad de los valores e intereses en juego en la aplicación del Derecho penal. Suponen, en síntesis, una apuesta por la razón que se basa en tres pilares: la ley como criterio de juicio, el Juez como protagonista de la decisión, y el proceso debido como cauce a través del cual discutir la fuerza de convicción de la pretensión acusatoria. Es lo que ha sido denominado “garantía jurisdiccional de la aplicación del Derecho penal”, que se manifiesta en tres monopolios básicos, como acertadamente expone MONTERO AROCA¹⁷⁷: exclusividad estatal en la aplicación del *ius puniendi*, exclusividad jurisdiccional en el

¹⁷⁵ En muy pocas líneas, GARCÍA DE ENTERRÍA ha resumido el estado de cosas frente al que luchó el espíritu de la Ilustración: “En el Antiguo Régimen el *ius puniendi* era una facultad personal del monarca, deducida del encargo divino de regir a los hombres. Como tal facultad personal, era indeterminada y los principios de su actuación se reconducían a la filosofía del orden y del pecado. Como en ningún otro campo se actualizaba aquí la justificación moral y teológica (conducir a los hombres hacia el bien) de la potestad regia. La pena se concebía como expiación de un pecado, un anticipo del juicio y del castigo divinos. En la práctica, todo eso concluía en la arbitrariedad absoluta de la justicia penal, en la completa indeterminación de los ilícitos, precisados en cada caso mediante simples juicios morales ad hoc, o por simples oportunismos políticos, en el predominio dado al más simple pragmatismo represivo, y, finalmente, a la consideración del proceso penal, regido por el sólo principio inquisitivo, como un simple modo eficaz de averiguar la comisión de los delitos y de arrancar, mediante el tormento como instrumento normal, la que se consideraba prueba plena, la confesión del reo”. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa*, Real Academia Española, Madrid, 1994, pág. 174-175.

¹⁷⁶ TOMÁS Y VALIENTE, F., *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, op. cit., págs. 153 y ss.

¹⁷⁷ MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op. cit., págs. 16-17.

protagonismo de decir el Derecho, y exclusividad procesal como cauce a través del cual actuar el Derecho penal en el caso concreto.

Cualquier pretensión de condena por la comisión de un acto ilícito ha de ser actuada a través de los Tribunales conforme a las reglas del juicio justo. El criterio material de decisión es la ley que determina el ámbito de lo punible. Pero tan importante como sus contenidos sustantivos es el procedimiento para dirimir si el hecho imputado ha acaecido o no y si el mismo puede ser considerado delictivo. Decir el Derecho penal no es sino afirmar si un hecho es o no imputable a una persona y si el hecho está previsto en la ley como delito. Este doble juicio, fáctico y jurídico, conformado a partir de las pruebas y delimitado por la interpretación de la norma, habrá de ser resuelto por un Juez personal e institucionalmente imparcial tras un debate equilibrado.

2. Estructura del proceso y teorías de la verdad

Frente al principio inquisitivo, en el que una irrazonable confianza en la posibilidad de aprehender la *verdad material* —que se correspondería con una verdad histórica acaecida con anterioridad— lleva a estructurar el proceso en torno a ese inalcanzable objetivo, el juicio justo que configura nuestra Constitución, se estructura a través de una serie de principios previos que, con diverso fundamento, tratan de configurarlo como una actuación controlada y controlable que adopta la forma de debate acerca de pretensiones opuestas, y que es finalmente resuelto por un tercero ajeno a las mismas y a quienes las sostienen. La conclusión del debate arrojará como resultado una afirmación de hechos que se tiene por verdadera, pues supone la determinación irrevocable del Derecho. Se trata de una *verdad procesal*, en el sentido de que se dice tras el proceso y a la vista de lo que en él se argumenta. No es una verdad que se busca sino la que se obtiene, no es una verdad previamente definida como objetivo, pues esa es una tarea propia de la investigación, sino una verdad-resultado.

La sentencia penal sólo afirma la verdad o falsedad procesal de la pretensión acusatoria. Esta forma de concebir el juicio penal no supone una renuncia al hallazgo o la declaración de una forma de verdad más sustancial, sino la toma de conciencia acerca de que sólo es válida la verdad que puede ser alcanzada con pleno respeto a los derechos fundamentales del acusado.

El juicio justo no está al servicio de la búsqueda de una verdad preexistente sino al servicio de la jurisdicción, concebida como actividad estatal que determina el Derecho en el caso concreto. Es, en suma, el instrumento de la actividad jurisdiccional dirigida a dirimir los conflictos conforme a ley. No cabe duda de que las notas que definen el Derecho penal material van a estar aquí presentes, por ello, actuar o decir el Derecho penal es básicamente una actividad de conocimiento de hechos, y de reconocimiento del Derecho: aplicar la ley penal pasa por afirmar que un hecho se ha producido, que de él es responsable el acusado y que tal hecho está previsto en la norma como delito. El proceso, las reglas que lo caracterizan y modulan, pretenden hacer controlada y controlable esta actividad de enjuiciamiento a fin de que la conclusión que tras el mismo se alcance pueda ser considerada verdadera en la medida en que es válida, es decir, adoptada a través del procedimiento correcto.

Siguiendo en este punto a VIVES ANTÓN¹⁷⁸ cabe resaltar que la corrección de la resolución que ponga fin a un proceso penal, sea mediante la absolución o la condena del acusado, exige que la misma esté bien fundada fáctica y jurídicamente. El debate que en el proceso penal se dirime se refiere inicialmente a hechos, para, una vez determinados, calificarlos jurídicamente en aplicación de la ley penal.¹⁷⁹ Ese “buen

¹⁷⁸ VIVES ANTÓN, T.S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *op. cit.*, págs. 280 y ss.

¹⁷⁹ En la STC 17/1988 (fundamento jurídico 5º) el Tribunal Constitucional, al pronunciarse sobre una alegación de indefensión que se habría producido por un desajuste entre el fallo condenatorio y el debate procesal que le precedió, señaló: “Como este Tribunal ya ha señalado, la acusación y el debate procesal ha de versar sobre los hechos considerados punibles que se imputan al acusado, que se configuran así como el objeto del proceso penal. De la misma forma, el debate contradictorio debe recaer asimismo sobre la calificación jurídica de esos hechos (STC 12/1981, de 10

fundamento” desde el punto de vista fáctico —que es el que ahora básicamente interesa— no puede entenderse como una correspondencia con una verdad puramente objetiva tal y como propugna el modelo inquisitivo, por las contundentes razones que el citado autor expone¹⁸⁰.

Se afirma jurisprudencial y doctrinalmente que el objeto del proceso penal es la búsqueda de la *verdad material*, más tal afirmación no es cierta si tal indagación se entiende conforme al modelo de investigación científica¹⁸¹. En el juicio que se expresa en la sentencia penal, lo que se hace es interpretar y valorar una serie de elementos de prueba (documentos, declaraciones, informes periciales, etc.), distintos del hecho mismo que se quiere probar o que se propugna que se declare probado, y a partir de ellos se ha de inferir una conclusión adecuada sobre los hechos. Tal conclusión, expresada en una afirmación de hechos pasados, llevará a la condena del acusado si, además, se considera acreditada su participación en los mismos y si esos hechos están previstos en la norma penal como constitutivos de delito. El juicio penal no reconstruye la realidad objetiva, sino que dirime una serie de argumentaciones y contrargumentaciones basadas en datos que se aportan al debate, pronunciándose sobre el significado que a ellos puede atribuirse. No se trata, por tanto, de reproducir algo que ocurrió y evaluarlo jurídicamente, sino de analizar las diversas hipótesis acerca de lo que ocurrió aportando datos sobre las mismas, o refutándolas, y extrayendo de ellos su significado.

El juicio penal, tal y como hoy lo conocemos, es esencialmente un debate acerca de una pretensión acusatoria sustentada en una previa investigación: este es un dato fáctico que nadie podrá rebatir, cualquiera que sean los objetivos que se le

de abril, fundamento jurídico 4.º), de manera que el acusado tenga la oportunidad de defenderse, pronunciándose, no sólo sobre la realidad de los hechos aducidos por la acusación, sino también sobre su ilicitud y punibilidad.”

¹⁸⁰ La reflexión apuntada ha sido desarrollada por VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 245 y ss.

¹⁸¹ Sobre la verdad en la Ciencia del Derecho, *vid.*, CANARIS, C.W., *Función, estructura y falsación de las teorías jurídicas* (Trad. Brückner, D. y Castro, J.L. de), Cívitas, Madrid, 1995.

asignen. Y la resolución que le pone fin, y, por tanto, el contenido objetivo que podemos a través de él alcanzar, no es sino solventar razonablemente tal controversia mediante aquella resolución que escogiendo las líneas de argumentación que lo merezcan llega a un resultado conforme con su fuerza de convicción y capaz de producir el consenso de los intervinientes en el mismo¹⁸².

La esencia misma del juicio es el debate acerca de lo que se dice que acaeció y de las razones que se aportan para justificarlo, y en tal debate al Juez le corresponde hacer que se respeten sus reglas y finalmente dirimirlo.

Toda la arquitectura del proceso, y, por tanto, del debate, está al servicio de la idea de imparcialidad: el criterio material de resolución es previo al conflicto y está configurado por una ley que es expresión de los valores mayoritarios; el protagonista de la decisión es un tercero predeterminado y ajeno al conflicto y a los intereses de las partes; y por último, la regulación del proceso procura situar a las partes en litigio en posición de igualdad y facilitarles los medios para que puedan defender adecuadamente sus posiciones, sin inclinarse previamente, al definir sus facultades, por ninguna de ellas.

Concluyo, por ello, que la imparcialidad es la nota esencial del juicio justo pues el método de debate, el criterio de decisión y el titular de ésta no deben tener más interés que la aplicación de la ley.

Es una idea de imparcialidad que va mucho más allá de la simple exigencia de un Juez personalmente imparcial como protagonista de su decisión final; se trata, como veremos, de una idea que impregna toda la actividad jurisdiccional, la dota de contenido y prefigura los rasgos que han de estar presentes en el proceso para poder afirmar que el mismo es ejercicio de una justicia imparcial.

¹⁸² VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", *op. cit.*, pág. 282. Debe aclararse que el concepto *consenso* se utiliza aquí en el sentido de "capacidad de lograr su aceptación como solución válida", nunca como el fruto de un previo acuerdo entre partes.

3. El proceso como cauce de ejercicio y control del *ius puniendi* estatal. El juez como titular de la jurisdicción

En la STC 41/1997 el Tribunal Constitucional recordaba que en el proceso penal el Estado, a través de la Jurisdicción, ejerce la potestad punitiva, pues al proceso penal se acude —a través del ejercicio de la acción penal— “postulando la actuación del poder del Estado en su forma más extrema —la pena criminal—, actuación que implica una profunda injerencia en la libertad del imputado y en el núcleo más ‘sagrado’ de sus derechos fundamentales.”¹⁸³

El proceso penal es el cauce a través del que se ejerce, y a la vez se controla, el *ius puniendi* del Estado. A través de él se trata de decir el Derecho respecto a una posible infracción del ordenamiento jurídico penal. Frente a quien pretende tal actuación de la facultad estatal de penar, sea un actor público o privado, el ciudadano que se ve sometido a proceso penal tiene también derecho a obtener la tutela judicial efectiva de sus intereses en el ejercicio de esta actuación estatal (art. 24.1 CE), que, desde luego, pasa en sentido amplio por el pleno respeto a las reglas conformadoras del proceso constitucionalmente consagradas¹⁸⁴.

Desde la perspectiva de quien es objeto de una pretensión de condena, este derecho significa, en palabras del tan citado art. 6.1 CEDH, que el debate sobre dicha pretensión y lo que frente a ella quepa oponer ha de ser oído “equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e

¹⁸³ La sentencia citada continuaba señalando que dada la pretensión que se ejerce en el proceso penal “(...) cada una de sus fases —iniciación (STC 111/1995, fundamento jurídico 3.); imputación judicial (STC 153/1989, fundamento jurídico 6.); adopción de medidas cautelares (STC 108/1994, fundamento jurídico 3.); sentencia condenatoria (SSTC 31/1981, 229/1991 y 259/1994) derecho al recurso (STC 190/1994, fundamento jurídico 2.), etc.—, se halla sometida a exigencias específicas que garantizan en cada estadio de desarrollo de la pretensión punitiva, e incluso antes de que el mismo proceso penal empiece (STC 109/1986, fundamento jurídico 1.), la presunción de inocencia y las demás garantías constitucionales del imputado.” (FJ° 5°).

¹⁸⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela judicial*, Cívitas, Madrid, 1984, pág. 40 y ss. aborda la garantía o derecho al proceso debido como uno de los contenidos del derecho a la tutela judicial efectiva (junto al acceso a la justicia y la efectividad de sus pronunciamientos). En el mismo

imparcial”, cuya misión es tanto garantizar que en el debate se respeten las reglas que el mismo precepto establece, como dirimirlo pronunciándose “sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal” que se dirija contra el ciudadano.

Método imparcial de debate y órgano imparcial que lo dirima aparecen lógicamente como las dos exigencias del proceso penal¹⁸⁵.

La toma de conciencia acerca de lo que el proceso penal es y significa permitirá abordar el resto de cuestiones que antes se han enunciado. Si estamos ante una potestad estatal, potencialmente la más lesiva de cuantas existan por sus posibilidades de actuación y por las consecuencias anudadas a su aplicación, que se ejerce a través de la jurisdicción mediante un debate contradictorio, parece imprescindible ser conscientes de la importancia que el método de debate tiene y sobre las características que deben cualificar a quien haya de dirimirlo.

Pues en efecto, los derechos e intereses legítimos que una y otra parte llevan al proceso penal son de diferente signo, mas cualquiera que sea el sentido de la resolución que al mismo le ponga fin, ésta sólo será correcta, y jurídicamente válida, si se adecua razonablemente a los términos de un debate desarrollado conforme a las exigencias del juicio justo.

Esencial para el correcto desarrollo del debate, y para poder alcanzar el objetivo que a través de él queremos obtener —un pronunciamiento fundado sobre la pretensión de condena—, es definir las características que el Juez del caso debe reunir y las funciones que le corresponden en el proceso: unas tendrán que ver con su desarrollo, otras con su resolución, unas se referirán a él personalmente, otras a las funciones que le sean atribuidas. Las clasificaciones aquí no tienen más objeto que clarificar el conjunto de exigencias puestas al servicio de esta idea de imparcialidad,

sentido BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J.M., *Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional*, op. cit., passim.

¹⁸⁵ En el mismo sentido puede leerse la opinión de DE SALVIA, M., “El derecho a un proceso equitativo, o cómo salvaguardar concretamente la preeminencia del Derecho”, op. cit., págs. 144-147.

que como se ha expuesto, tiene que ver tanto con el desarrollo del proceso como sobre el órgano que ha de dirigirlo y dirimirlo.

La concepción que ha sido expuesta y que se identifica como proceso contradictorio, exige que el Juez no pueda tener en el proceso, en principio, más funciones que las de hacer que se respeten las reglas del debate (las garantías del juicio justo) y finalmente dirimirlo razonablemente conforme a Derecho. Para poder hacerlo, al Juez no corresponde sino promover la defensa¹⁸⁶, facilitándoles los medios precisos para que las partes puedan defender adecuadamente sus legítimas pretensiones, y resolver el litigio motivadamente en un plazo razonable.

De forma circular, una de las garantías del juicio justo es precisamente que el Juez que debe velar por su debido respeto y que está llamado a dirimir el debate, tenga tal calidad de Juez, es decir, sea un “tercero entre partes”, pues esta es la esencia de la función judicial: ajenación y equidistancia¹⁸⁷. Sobre esta sencilla idea de Juez tercero y árbitro, que no es sino rasgo y consecuencia de aquello en lo que el juicio penal consiste, construiré la reflexión que sigue acerca de la imparcialidad judicial. Desde ella se podrán definir las causas por las que el Juez puede perder su imparcialidad, y frente a ellas, establecer los mecanismos de tutela que eviten que el Juez devenga parcial, y con ello el proceso deje de ser justo o debido, pues ninguna resolución puede poner fin al proceso penal de forma justa, o, dicho de otro modo, de forma válida, si ha sido dictada por un Juez parcial.

¹⁸⁶ Las SSTC 102/1983, 115/1983 ó 37/1984 (entre otras) han recordado la obligación que al Juez corresponde de promover la defensa garantizando un debate equilibrado entre las partes.

¹⁸⁷ En la STC 60/1995, FJº 3º, al analizar las exigencias de imparcialidad del Juez de menores, el Tribunal Constitucional estableció que “(...)la imparcialidad del juzgador encuentra su protección constitucional en el derecho fundamental a ‘un proceso con todas las garantías’ (SSTC 37/1982, 44/1985 y 137/1994), pues la primera de ellas, sin cuya concurrencia no puede siquiera hablarse de la existencia de un proceso, es la de que el Juez o Tribunal, situado *supra partes* y llamado a dirimir el conflicto, aparezca institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad.”

Por tanto, no cabe seguir hablando de la imparcialidad como cualidad o prerrogativa de los Jueces¹⁸⁸. Desde luego que de ellos se predica, que a ellos se les exige y va referida, pero la titularidad del derecho a un Juez imparcial no corresponde a los miembros del poder judicial sino sólo a los ciudadanos. En primer lugar, a los ciudadanos que se enfrentan a una acusación penal pero, también, a la ciudadanía en general, que ha confiado en conjunto al poder judicial esa potestad soberana de decir el Derecho en caso de conflicto. La singularidad del conflicto en que la infracción penal consiste no hace sino reforzar las exigencias de imparcialidad judicial dada la importancia de los intereses en juego y el hecho de que a través de la acción penal se actúa la pretensión de ejercicio del *ius puniendi* del Estado. No en vano se proclama en la Constitución que la justicia emana del pueblo y que los Jueces sólo son sus administradores (art. 117.1)

Además, la imparcialidad, al margen de al Juez, es posible referirla al proceso en sí mismo, ya que el proceso justo o equitativo, el que es plenamente respetuoso con el conjunto de derechos fundamentales, descansa en un concepto de justicia como imparcialidad. En ese juicio justo, imparcial tanto por su estructura como por su objetivo, la imparcialidad personal del juzgador es sólo un elemento —aunque crucial— al que debe añadirse el conjunto de reglas que conforman el procedimiento y cuya concurrencia permite afirmar que estamos en presencia del proceso debido.

La falta de imparcialidad del Juez conduce a la desvirtuación de cualquier otra garantía procesal del acusado, por ello prestaré especial atención a este aspecto concreto del juicio justo. No cabe pensar que la presunción de inocencia, la igualdad de armas o la contradicción puedan hacerse valer en el proceso cuando el Juez garante de velar por ellas no es personalmente imparcial por tener interés en el fondo del asunto, estar alineado con las partes o pretender algo de ellas, perdiendo su posición genuina en el proceso. Pero tampoco bastará con un Juez inicialmente ajeno a los intereses en conflicto, pues su propia actuación en el proceso ignorando los

¹⁸⁸ De otra opinión, VEGA RUIZ, J.A. DE, *Libertad de expresión, información veraz, juicios*

derechos de los intervinientes, o realizando determinadas funciones de parte que legalmente se le asignen, pueden hacerle perder esa inicial imparcialidad personal.

Al servicio de un debate justo resuelto de forma correcta por el órgano adecuado se hallan las garantías de la imparcialidad judicial. Sólo será válida y, por tanto, justa, aquella resolución penal que sea así obtenida con pleno respeto a los derechos fundamentales¹⁸⁹. Por ello me refiero a la imparcialidad como el elemento estructural de la figura del juez y la clave de bóveda de la función jurisdiccional, que sirve como palanca de cambio de las demás garantías que conforman el proceso debido.

Este es el objeto de tutela que me corresponde definir, y a ello se dedican las siguientes reflexiones.

paralelos, medios de comunicación, Universitas, Madrid, 1998.

¹⁸⁹ Se comparten plenamente las palabras de VIVES ANTÓN, T.S., “Doctrina constitucional y reforma del proceso penal”, *op. cit.*, págs. 305-306, cuando al justificar en términos epistemológicos la ineficacia probatoria de las pruebas obtenidas con violación de un derecho fundamental, señala: “Los derechos fundamentales no son solamente garantías frente a los poderes públicos, ni concreción de una serie de valores sustantivos que la Constitución incorpora, sino que, tal vez de modo primario, representan las reglas básicas de procedimiento a las que ha de ajustarse la toma de decisiones en todo sistema democrático. La democracia es, precisamente, aquel sistema de gobierno en que los procedimientos de decisión sólo pueden estimarse correctos si los ciudadanos han participado directa o indirectamente en los mismos y si esa participación ha sido el fruto de una opción libre y racional. En el proceso penal, que no ha de ser sino uno más de los procedimientos utilizados en la democracia, se trata de alcanzar una resolución correcta; pero ‘correcta’ no es sólo materialmente ‘verdadera’. El problema del proceso penal no es sólo el de conocer la verdad material, si es que ésta puede afirmarse alguna vez con certeza, sino también el de que la verdad que se establezca sea el resultado de un procedimiento legítimo, que no se incline en favor de ninguna de las partes y en el que ninguna de éstas tenga posibilidades exorbitantes, que coloquen a la otra en situación de desventaja. Sólo la verdad obtenida con el respeto a esas reglas básicas constituidas por los derechos fundamentales puede estimarse como jurídicamente válida. Lo que se trata de conocer en un proceso judicial no es, innecesario es decirlo, lo verdadero en sí, sino lo justo y, por tanto, lo verdadero sólo en cuanto sea parte de lo justo. Si ello es así —y así parece ser— los derechos fundamentales delimitan el camino a seguir para obtener conocimientos judicialmente válidos. Los obtenidos con vulneración de tales derechos habrán, en todo caso, de rechazarse: no es sólo que su ‘verdad’ resulte sospechosa, sino que ni siquiera puede ser tomada en consideración”.

4. Algunas cuestiones preliminares sobre la idea de imparcialidad judicial

A. *Un concepto difícil de analizar*

Tiene razón DÍAZ CABIALE cuando afirma que la imparcialidad judicial es “una de las cuestiones más arduas desde el punto de vista teórico en que se puede pensar”¹⁹⁰. Es también cierto que se echa de menos en nuestra literatura científica una reflexión acabada sobre este concepto, y cabe considerar más trascendental tal ausencia si se repara en que, según lo dicho, la imparcialidad no es sólo una exigencia conceptual del juez y de la función jurisdiccional, sino un derecho constitucional *ex art. 24 CE* y, sin duda, el principio básico inspirador del juicio justo.

La imparcialidad es un concepto que ofrece distintos significados, y como después veremos, en función de cuál sea el aspecto sobre el que fijemos nuestra atención, podremos ir descubriendo sus distintos contenidos y exigencias, cuya presencia permite sostener la idea de juicio justo, pues sin juez imparcial o, mejor, sin juez, no hay siquiera proceso.

Usualmente doctrina y jurisprudencia se han acercado a este concepto de forma fragmentaria y delimitando sus contornos negativamente, es decir, señalando cuándo el Juez pierde la imparcialidad y debe por ello abstenerse o puede ser recusado, pero cabe afirmar que no se ha hecho aún una construcción dogmática de este derecho al juez imparcial. En efecto, el estudio del incidente procesal a través del que se hacen valer las causas de recusación fue la primera ocasión en que el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la imparcialidad como nota de la actuación jurisdiccional¹⁹¹. Numerosos estudios doctrinales han abordado desde

¹⁹⁰ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, *op. cit.*, pág. 401.

¹⁹¹ STC 47/1982, fundamento jurídico 3º: “El art. 24 de la Constitución consagra el derecho al proceso, que comprende, entre otras garantías, la relativa a que el justiciable sea juzgado por el Juez ordinario predeterminado por la ley. Por ello, las normas que conducen a la determinación del Juez entroncan con el mencionado art. 24. Entre ellas no se encuentran sólo las que establecen los límites

antiguo las causas de recusación o se han referido indirectamente a la imparcialidad al estudiar más detenidamente la independencia judicial, pero son escasos los estudios que abordan este concepto desde la perspectiva del proceso debido.

Cabe afirmar, no obstante, que la concepción doctrinal que sobre la imparcialidad se tenga se halla decisivamente influida por las finalidades que se asignen al proceso penal. Entiendo que el proceso es un debate contradictorio, delimitado por el contenido de los derechos fundamentales, que aspira a dar una respuesta fundada en Derecho a la pretensión de ejercicio del *ius puniendi* del Estado en que consiste la acción penal.

Quienes desde otra perspectiva¹⁹², antes rechazada, buscan en el proceso satisfacer abstractas pretensiones de justicia material en busca de una verdad objetiva supuestamente al alcance de nuestro conocimiento, contemplan la imparcialidad de manera radicalmente diversa a como aquí se expondrá. No se trata ahora de justificar la opción que antes se hizo frente a otras posibles. Sin perjuicio de ello, en el desarrollo de esta reflexión haré mención a las conclusiones obtenidas desde otras perspectivas justificando por qué se rechazan.

B. Marco legal y jurisprudencial

Ni la Constitución ni la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refieren expresamente a la imparcialidad como una exigencia de la actuación jurisdiccional, ni tan siquiera en el marco del proceso penal. El CEDH, el PIDCP y la propia

de la jurisdicción y la competencia de los órganos jurisdiccionales. Están también las relativas a la concreta idoneidad de un determinado Juez con relación a un concreto asunto, entre las cuales es preeminente la de imparcialidad, que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad. De esta suerte, hay que señalar que el derecho a la utilización de los medios de defensa y el derecho a ser juzgado por el Juez predeterminado por la ley, comprenden recusar a aquellos funcionarios en quienes se estime que concurren las causas legalmente tipificadas como circunstancias de privación de la idoneidad subjetiva o de las condiciones de imparcialidad y de neutralidad.”

¹⁹² DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, op. cit., págs. 416 a 422.

Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 6.1, 11 y 14, respectivamente) sí recogen expresamente esta exigencia¹⁹³.

El Tribunal Constitucional se ha referido, sin embargo, a la imparcialidad como un valor constitucional de la actividad judicial en numerosas resoluciones¹⁹⁴ y ha declarado su consagración implícita en el artículo 24. CE a través, entre otros, del

¹⁹³ Art. 10 Declaración Universal de Derechos Humanos: “Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”.

Art. 14 PIDCP: “(...) Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, de cualquier acusación e carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”

Art. 6 CEDH: “Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella (...)”

¹⁹⁴ Según la STC 225/1988, “el art. 24 de la Constitución, al reconocer el derecho a la tutela judicial efectiva, en su apartado primero, y a conocer la acusación de que se es objeto para poder defenderse, en su párrafo segundo, impone que también en el juicio de faltas se cumpla con plenitud, con mayor motivo, el principio acusatorio. Además de satisfacer los derechos a la tutela judicial efectiva y al de defensa ante imputaciones conocidas, el principio acusatorio permite situar al Juez en la posición de imparcialidad desde la que debe ejercer su función de administrar justicia. El art. 24 de la Constitución no permite que ningún Juez penal juzgue *ex officio*, esto es, sin previa acusación formulada por quien tenga legitimación para ello, exigencia que tiene también plena vigencia en los juicios de faltas”.

En la STC 157/1993, con más contundencia se expresa que “En una ya larga serie de resoluciones ha declarado este Tribunal, en efecto, que el derecho constitucional a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 de la Norma fundamental) asegura, entre otras, la de la imparcialidad del juzgador, garantía ésta indisociable, en el ámbito penal, de la preservación del principio acusatorio e inherente también, con carácter general, a la constitución de nuestra comunidad en Estado de Derecho (art. 1.1 CE). Otro tanto exige, en definitiva, el art. 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, con arreglo a cuyas determinaciones han de ser interpretadas las normas constitucionales declarativas de derechos (art. 10.2 CE)”.

Por último, la STC 299/1994 recoge la misma idea cuando dice: “Procede, pues, examinar si ha concurrido en el caso la denunciada vulneración del derecho a un Juez imparcial. Un derecho que, como se desprende de una reiterada doctrina de este Tribunal, siguiendo la sentada en el TEDH (Sentencias de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, y de 1 de octubre de 1982, caso Piersack), constituye sin duda una fundamental garantía en la Administración de Justicia propia de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE), de ahí que deba considerarse inherente a los derechos fundamentales al Juez legal y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE) (SSTC 47/1982, 261/1984, 44/1985, 148/1987, 145/1988, 106/1989, 138/1991 ó 282/1993, entre otras).”

derecho a un proceso con todas las garantías, del derecho al Juez predeterminado por la ley y del mismo derecho a obtener la tutela judicial efectiva.

La polémica acerca del acierto de su vinculación al contenido de uno u otro derecho fundamental no parece trascendente a efectos de esta exposición. Baste con señalar que en las primeras resoluciones que se refirieron a la imparcialidad judicial, el Tribunal Constitucional abordó cuestiones relacionadas con el procedimiento de recusación de Jueces y Magistrados —STC 47/1982—, con la determinación del órgano judicial competente para el enjuiciamiento de un concreto asunto (exigencias del Juez/órgano, STC 101/1984) o con la debida composición de un Tribunal concreto cuya competencia no era cuestionada (exigencias constitucionales de predeterminación del Juez/persona, SSTC 47/1983, 44/1985, 23/1986 ó 148/1987 y ATC 42/1996 que los resume).

En estas resoluciones el Tribunal Constitucional analizó los aspectos de la imparcialidad que se le planteaban desde las exigencias del derecho al Juez predeterminado por la ley, señalando que su contenido esencial incluye la debida determinación y composición del órgano judicial llamado a juzgar. Se evita así tanto la existencia de Jueces *ad hoc* como la posibilidad de que integren un órgano judicial concreto Jueces cuya abstención o recusación debe o puede producirse por concurrir en ellos circunstancias que ponen en duda la imparcialidad del Tribunal. La general y previa determinación por ley del órgano llamado a conocer y su composición, y el debido respeto al método de integración de quienes forman el Tribunal, son resaltado siempre como garantías de la independencia e imparcialidad de los Tribunales, pues éste —se afirma— es el interés directo protegido por el derecho al Juez predeterminado por la ley¹⁹⁵.

¹⁹⁵ Es interesante el voto particular que formuló el Magistrado García Manzano a la Sentencia dictada por el Pleno en el recurso de amparo núm. 3862/1998, donde se resume la doctrina del TC respecto a la ubicación de este derecho en el texto de la Constitución: "(...) tras una inicial posición de este Tribunal, que incardinaba el derecho a un juez imparcial como una proyección del derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley, (SSTC 47/1982, 47/1983, 101/1984 y 44/1985), se formula una segunda construcción jurisprudencial, enmarcándolo dentro del derecho a un proceso público con todas las garantías (STC 113/1987), que es la formulación que actualmente se sigue. No obstante cabe

En esa misma línea se dictarán después otras sentencias que analizan la posibilidad de ejercer el derecho a recusar a los integrantes de un Tribunal (SSTC 47/1982, 44/1985, 145/1988, 138/1991, 119/1993, 282/1993, 372/1993, 137/1994, 299/1994 y 64/1997), o se refieren a quejas sobre la forma de componerse el Tribunal o de integrarse en él sus miembros (SSTC 47/1983, 101/1984, 307/1993). Su análisis fue delimitando el contenido del derecho al Juez predeterminado por la ley, concebido siempre como un derecho cuya finalidad esencial es proteger la independencia e imparcialidad del Tribunal.

Poco más tarde, al resaltar la exigencia, derivada de la Constitución, de separar las funciones de acusar y juzgar para así “alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones con relación con la culpabilidad o inocencia, sin que por lo tanto pueda anular o sustituir las funciones oficiales pertenecientes al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación por delitos o faltas (...)” (STC 54/1985, F. J. 6º), el Tribunal Constitucional la derivó del genérico derecho a obtener la tutela judicial efectiva, que relacionó con el deber de Jueces y Tribunales de juzgar con independencia e imparcialidad los conflictos que les sometan las partes.

Tal obligada separación de las funciones acusatoria y de enjuiciamiento se conectó también con otras garantías procesales del art. 24.2 CE —derecho a conocer la acusación, derecho de defensa y derecho a un proceso con todas las garantías—, y en esa misma línea, se han pronunciado las SSTC 225/1988 y 56/1994 al reafirmar la vigencia del principio acusatorio en el juicio de faltas (concretado en dos reglas

preguntarse: ¿no es el juez anterior al proceso, y éste un instrumento de la función jurisdiccional? La imparcialidad aparece, pues, como algo inherente, a la función de decir el Derecho en un caso concreto, es decir, forma parte, y parte esencial, del mismo núcleo de la jurisdicción más que del proceso propiamente dicho. Si ello fuera así, y avanzo tan sólo mi modesto criterio al respecto, el derecho fundamental a que el proceso sea sustanciado y decidido por un juez neutral o imparcial se hallaría formando parte del que enuncia el art. 24.1 CE, como derecho de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva”.

básicas: “no cabe condena sin acusación” y “quien acusa no puede juzgar”) por ser una manifestación de la exigencia de imparcialidad del juzgador penal.

Vinculando también la independencia e imparcialidad con el derecho a la tutela judicial efectiva se ha dictado la STC 204/1994, que puso de relieve cómo “los derechos al Juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), (...) no deben ser interpretados en contradicción, particularmente, con el derecho que toda persona tiene a que su causa sea oída ‘por un Tribunal independiente e imparcial’ (art. 6.1 CEDH).” Para a continuación anticipar que “la cuestión de si la independencia del órgano judicial debe ser enmarcada en el ámbito del derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley o en el del derecho a un proceso con todas las garantías es, efectivamente, secundaria, (...) al ser la independencia una nota inherente a cualquier jurisdicción, debe considerarse inserta en el concepto previo de tutela judicial (art. 24.1 CE).”

Es la STC 113/1987 —antecipo de la trascendental STC 145/1988— la que inicia en el ámbito del proceso penal la indisoluble asociación del derecho a un Juez imparcial con el derecho a un proceso con todas las garantías. Al analizar ciertas quejas sobre la estructura del proceso penal para delitos menos graves entonces vigente, se expresa que las funciones que al Juez se atribuyan en el proceso penal con carácter previo al enjuiciamiento no pueden ser tales que le hagan perder su debida imparcialidad. El Tribunal Constitucional afrontaba en ambas resoluciones el enjuiciamiento constitucional de la Ley 10/1980 de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que atribuía al Juez de Instrucción cumulativamente las funciones de investigar el delito y su posterior enjuiciamiento, impidiendo recusar al Juez por tal actuación previa. Esta prohibición provocó la parcial declaración de inconstitucionalidad de la Ley 10/1980 por entenderla contraria al derecho al Juez imparcial, recogido implícitamente en el art. 24.2 de la Constitución, en el seno del derecho a un proceso con todas las garantías.

A partir de aquí, numerosas resoluciones analizaron las consecuencias de la anterior doctrina, examinando si en cada caso denunciado los concretos actos de

investigación realizados por el Juez de Instrucción le impedirían resolver en condiciones de imparcialidad el fundamento de la acusación penal formulada por los hechos en cuya investigación había participado (SSTC 164/1988, 11/1989, 106/1989, 98/1990, 151/1990, 238/1991, 113/1992, 136/1992, 170/1993, 320/1993, 372/1993, 384/1993).

Al margen de estas resoluciones referidas a la previa actividad instructora, también con relación al proceso penal —y, por tanto, integradas en el derecho a un proceso con todas las garantías— se han analizado otras pretensiones en las que se denuncia la falta de imparcialidad del Juez sentenciador provocada por la participación en actos previos al enjuiciamiento. Entre ellas cabe reseñar:

a) la STC 55/1990, que declara inconstitucional y, por tanto, nulo el art. 8.1, segundo, de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, en cuanto atribuye la competencia para seguir la instrucción y ordenar, en su caso, el procesamiento de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad por delitos cometidos en el ejercicio de sus funciones, a la Audiencia Provincial correspondiente encargada también del enjuiciamiento;

b) la STC 320/1993 en la que se afirma que adoptar como Juez Instructor medidas cautelares personales y reales al decretar la apertura del juicio oral implica un riesgo para la debida imparcialidad del juicio; que inhabilita a quien las adopta para participar en el mismo¹⁹⁶, y

¹⁹⁶ Así, en el fundamento jurídico 3º podemos leer: “En efecto, constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar, y basta con constatarlo así para dispensar a este Tribunal del examen que, desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pudieran proporcionar otras resoluciones y actos de investigación practicados por el Juez de Instrucción (...)”.

c) la STC 60/1995 en la que se niega que las competencias atribuidas al Juez de Menores en la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio que reforma de la Ley reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, en virtud de las cuales puede disponer medidas limitativas de derechos fundamentales y practicar la comparecencia previa, ponen en riesgo su debida imparcialidad para enjuiciar el fundamento de la acusación.

Todas estas resoluciones, y ante todo, la *ratio* de sus pronunciamientos será analizada más adelante al fijar el contenido de las exigencias constitucionales de imparcialidad del juzgador en el proceso penal. Baste ahora este esquemático recorrido por los pronunciamientos jurisprudenciales para apreciar que las exigencias de imparcialidad son nucleares al contenido de varios de los derechos fundamentales que diseñan el juicio justo¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Lo que justifica que el derecho a ser juzgado con imparcialidad se extienda a todo tipo de procesos. Aunque esta parece una conclusión evidente (el Tribunal ha expresado que la imparcialidad del juzgador es una garantía fundamental e inherente con carácter general, a la constitución de nuestra comunidad en Estado de Derecho (art. 1.1 CE). —STC 157/1993 y 299/1994—) el Tribunal Constitucional hubo de señalarlo expresamente frente a resoluciones judiciales que consideraron inexistentes algunas de las garantías de la imparcialidad judicial a que antes nos referimos.

Así en la STC 101/1984, se declaró derogado, por ser contrario a la CE, el art. 1 del Decreto-ley de 17 de julio de 1947 que permitía a la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo nombrar Juez especial civil para juicios universales “en casos excepcionales”, atendido “el número de personas, la cuantía de los intereses a que afectan u otras circunstancias extraordinarias”, al entender que en la medida en que permitía nombrar Juez *ad hoc*, sin fijar criterios de determinación, vaciaba la norma de contenido competencial. Recordaba el Tribunal que el nombramiento de Jueces *ad hoc* es incompatible con la predeterminación legal del Juez del caso.

Las SSTC 59/1986, 282/1993, 137/1994 y 299/1994, reafirmaron su vigencia en el ámbito laboral. La STC 60/1995 analizó las exigencias de imparcialidad en el proceso que se desarrolla ante el Juez de Menores, la STC 205/1994 se refiere al ámbito contencioso-administrativo, y la STC 204/1994 analiza si las condiciones estructurales de la jurisdicción militar permiten afirmar la imparcialidad e independencia de sus componentes, la cual es constitucionalmente exigida. De otra parte son mayoría las resoluciones que han analizado la debida imparcialidad de los Jueces y Tribunales en el ámbito del proceso penal (entre otras SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990, 98/1990, 138/1991, 151/1991, 113/1992 y 136/1992, 230/1992).

Por contra, cuando se ha pretendido extender la garantía de imparcialidad a otros órganos, singularmente administrativos, que realizan funciones cercanas a la de enjuiciamiento (establecimiento de responsabilidad disciplinaria, procedimientos tributarios de liquidación, inspección y sanción) el Tribunal Constitucional ha rechazado tal pretensión de traslado automático de las garantías pregonables de la actuación judicial.

Frente a este abundante material jurisprudencial nos encontramos con que la imparcialidad es un concepto poco desarrollado legislativamente. La razón de que no se halle expresamente contemplado en nuestros textos legales al configurar las características del poder judicial (como ocurre, en cambio, con el atributo de la independencia) o los derechos específicos del justiciable, puede ser explicada con distintos argumentos, entre los que no puede olvidarse aquel que ha considerado innecesaria¹⁹⁸, por obvia, su mención¹⁹⁹. Según se dice, la imparcialidad no es una opción política por la que el constituyente tuviera que decantarse y, por tanto, pronunciarse expresamente (como ocurre, y valga nuevamente el ejemplo, con la

Así en la STC 74/1985, con relación al ámbito penitenciario, cabe leer: “que sea la Junta de Régimen y Administración el órgano competente para imponer sanciones (art. 116 reformado); y que sea el Director del centro o un miembro de la Junta en quien aquél delegue los encargados de incoar el expediente y de decidir qué pruebas propuestas son convenientes (arts. 129.1 y 130.2 reformados), no tiene nada de anómalo ni de lesivo contra los derechos constitucionalizados en el art. 24.1. En efecto, como el mismo recurrente reconoce en la demanda, la Junta no es un órgano jurisdiccional, sino administrativo, y es normal y aun necesario que cuando la Administración, en este caso la penitenciaria, actúa en ejercicio de su potestad disciplinaria, sean órganos administrativos los que la ejerzan, respecto a los cuales no es exigible esa neutralidad o imparcialidad en su composición que el recurrente reclama. La Junta en efecto, ‘no es un órgano imparcial, ni tampoco un Tribunal’, como se lee en la demanda, y, no siéndolo, no puede lesionar, a causa de su composición por funcionarios de la Administración penitenciaria, derechos del art. 24.1 de la CE”

Y la STC 22/1990, referida al ámbito disciplinario universitario recuerda que “no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al Derecho administrativo sancionador, se trata; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza. De este modo, en distintas ocasiones el Tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el Instructor es también acusador en cuanto formula una propuesta de resolución sancionadora y, por otra parte, el órgano llamado a decidir es el mismo que incoa el expediente y, por ello, no deja de ser Juez y parte al mismo tiempo (ATC 320/1986, fundamento jurídico 5.º). En el mismo sentido y todavía con mayor rotundidad, en ATC 170/1987, fundamento jurídico 1.º, se dijo que el derecho al Juez ordinario es una garantía característica del proceso judicial que no se extiende al procedimiento administrativo porque, sin perjuicio de la interdicción de toda arbitrariedad y de la posterior revisión judicial de la sanción, la estricta imparcialidad e independencia de los órganos del poder judicial no es, por esencia, predicable en la misma medida de un órgano administrativo”.

¹⁹⁸ Incluso desde posiciones dogmáticas enfrentadas acerca del modelo procesal que entendemos exige nuestra Constitución, la imparcialidad se reconoce como un valor indiscutido de la función jurisdiccional. Así, por ejemplo, DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, op. cit., págs. 401 y ss.

¹⁹⁹ Vid. VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, (II) *La reforma del proceso penal*, op. cit., págs. 68 y 69.

independencia), sino de un atributo inherente a la función jurisdiccional, a la esencia de la noción misma de ser Juez y no ser parte²⁰⁰. Y por inherente no precisa ser mencionado, pero no por ello puede ser minimizado ni presumido, pues representa una cuestión de legitimación pública de la jurisdicción²⁰¹.

El derecho a un Juez imparcial, en cambio, está expresamente reconocido en el art. 6.1 del CEDH y en el 14.1 del PIDCP, configurándose como un derecho que opera no sólo en el ámbito procesal jurisdiccional sino en cualquier procedimiento de resolución de contiendas. Si su ámbito de aplicación es tan vasto sólo puede ser porque descansa en esa noción de Juez que aquí se defiende, la que le concibe como aquel que no es parte en la controversia porque actúa como árbitro de la misma. Esa interpretación es, en nuestra opinión, la que ha efectuado el TEDH, y su jurisprudencia tiene reflejo directo en nuestro Alto Tribunal, como analizaré más adelante.

De ahí que la construcción del propio concepto de imparcialidad se nutra en nuestro análisis, principalmente, de la jurisprudencia constitucional y del TEDH pese a que, en puridad, a los Tribunales se les presentan pocas ocasiones para aproximarse a la cuestión de los ataques a su propia imparcialidad, a diferencia de otros aspectos relacionados con la actividad jurisdiccional.

C. Un concepto polémico

Superados históricamente en el ámbito del Derecho penal los mecanismos de autotutela y autocomposición del conflicto que con la comisión del delito puede nacer entre el autor y la víctima, tanto por la consideración de la existencia de un interés público en juego —el que reside en afianzar la vigencia del ordenamiento

²⁰⁰ Vid. LÓPEZ AGUILAR, J.F., *La justicia y sus problemas en la Constitución: justicia, jueces y fiscales en el Estado Social y Democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1996.

²⁰¹ OTTO Y PARDO, I. DE, *Estudios sobre el poder judicial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, pág. 64.

jurídico reaccionando frente al incumplimiento de sus prescripciones—, como por la necesidad de diferir la contienda entre partes al criterio de un tercero —pese a que aquí las partes en conflicto no son la víctima y el presunto autor del delito, sino la sociedad entera que reclama el castigo de los delitos y aquél sobre el que se reclama el castigo—, cabe decir sin temor a equivocarse que la esencia de la actividad jurisdiccional es su imparcialidad. A través del juicio se trata de superar la parcialidad de las contiendas, superación que se encomienda a un tercero que por no ser parte se halla en situación de desinterés²⁰². Si la legitimación en el proceso de las partes nace de su conexión con el objeto del litigio, la del Juez, precisamente, radica en su *no-conexión* con el mismo, en la ausencia de interés legítimo en el resultado del juicio.

La figura del Juez entre partes o *supera partes*, responde, en palabras de LÓPEZ Y LÓPEZ²⁰³, al “deseo de imparcialidad asumido en lo profundo del espíritu de las gentes que organizan su convivencia de acuerdo con reglas prefijadas y, en alguna manera, comúnmente aceptadas”. Tal y como ha expresado COTTA²⁰⁴ la imparcialidad es la condición propia del juicio, es más, es su condición estructural, fuera de la cual no hay ni tan siquiera juicio. El valor primario de la jurisdicción es la imparcialidad²⁰⁵. Todos los demás elementos y garantías que la conforman están puestos al servicio de ese fin esencial. Premisas de la imparcialidad del juzgador son

²⁰² “Cuando los particulares no pueden regular espontáneamente sus relaciones, cuando la función preventiva del contrato o de la ley es insuficiente, o cuando las soluciones contractuales o legales son contrarias al valor Derecho, se interrumpen las relaciones sociales y es indispensable la remoción del obstáculo para que el ordenamiento jurídico pueda seguir su curso (...)”. SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El imputado”, *op. cit.*, pág. 20. Para este autor es en la delación de la solución del conflicto a una instancia distinta de las partes implicadas en él e integrada en la estructura de organización política de la sociedad, donde radica la esencia de la jurisdicción.

²⁰³ LÓPEZ Y LÓPEZ, A., “Independencia, imparcialidad, objetividad del Juez (Notas para una reflexión sobre la actividad jurisdiccional y la separación de poderes)”, *Justicia* 86, número IV, 1986.

²⁰⁴ COTTA, S., “L’istituzione giudiziaria tra diritto e politica”, *Rivista di Diritto Civile*, año XXX, Parte I, Padua, 1984, pág. 430.

²⁰⁵ SABÁN GODOY, entiende que “(...) lo imparcial constituye la esencia de la propia función judicial según lo que a ésta exige la propia comunidad”. SABÁN GODOY, A., “La aplicación del principio de imparcialidad la jurisdicción contencioso-administrativa”, *Jueces para la Democracia*, núm. 29, 1997, pág. 72.

desde luego el no-sometimiento a directrices que emanen de otra voluntad que no sea la propia²⁰⁶, y la formación de dicha voluntad a partir de los criterios fijados en reglas objetivas, determinadas y establecidas con anterioridad al propio juicio. Si la determinación de la voluntad del Juez queda sometida a otra instancia, ésta será entonces el Juez, y si la formación de la voluntad del Juez no sigue los criterios de la ley, estaremos en el más puro decisionismo.

La idea de Juez imparcial, —esa idea aparentemente tan básica de que sólo es Juez quien no es parte— condensa muchos más contenidos de los que aparenta y en la medida que se trata de una garantía del juicio justo, debe advertirse que algunos significados del lenguaje ordinario que cabe atribuir al concepto de imparcialidad²⁰⁷, no resultan procedentes cuando nos situamos en el terreno de la función jurisdiccional. Y al contrario, se echan de menos determinadas connotaciones jurídicas del término desconocidas en los análisis ordinarios a la hora de interpretar el alcance de esta garantía constitucional.²⁰⁸

Así, decimos coloquialmente que es imparcial todo aquel que se enfrenta a valorar un conflicto sin odio ni pasión, sin prejuicios partidarios, sin ideas preconcebidas con respecto al objeto o las partes. Sin embargo, predicar tales exigencias de la imparcialidad de un Juez es pedir mucho, y a la vez, muy poco. Mucho, porque el hecho de que un Juez tenga conocimientos previos y externos al proceso sobre un asunto, no le impide, *per se*, juzgar imparcialmente. Tampoco resulta un impedimento insalvable sentir simpatía o rechazo por una causa o su

²⁰⁶ “Si el Juez no está libre de cualquier influencia o presión exterior, no podrá administrar justicia imparcialmente según la ley”. LOEWENSTEIN, K., *Teoría de la Constitución*, (trad. Gallego Anabitarte, A.), Ariel, Barcelona, 1976, pág. 294.

²⁰⁷ El Diccionario de la Real Academia Española, define la imparcialidad como “Falta de designio anticipado o de prevención en favor o en contra de personas o cosas, que permite juzgar o proceder con rectitud”.

²⁰⁸ Para SABÁN GODOY, dada la extrema precisión de la definición académica “se escapan de la definición, o al menos bordean la misma, las tendencias expansivas de aquella que conducen en su progresiva desvinculación de los aspectos referentes al voluntarismo del juzgador, a líneas objetivas que apenas se adivinan en la expresión prevención”. SABÁN GODOY, A., “La aplicación del principio de imparcialidad la jurisdicción contencioso-administrativa”, *op. cit.*, pág. 72.

responsable; normalmente, todo Juez siente —consciente o inconscientemente— desprecio por el homicidio, las agresiones sexuales o el genocidio y ello no impide que sometamos a su juicio la conducta presuntamente delictiva de aquel al que se imputan tales hechos delictivos, incluso si ya fue condenado anteriormente por alguno similar a ellos y aunque lo hubiera sido por el mismo Juez que ahora ha de juzgarle nuevamente.

Los denominados usualmente “aspectos objetivo y subjetivo de la imparcialidad”²⁰⁹, mayoritariamente identificados por la doctrina²¹⁰ como elementos que agotan el total contenido de la exigencia de imparcialidad, esto es, la falta de prejuicios hacia el objeto o las partes de un litigio, no expresan, en mi opinión sino alguna de las garantías que la imparcialidad exige pero nada nos dice acerca de su fundamento.

A la vez que resulta demasiado vasta, la identificación de la imparcialidad con la ausencia de prejuicios es, paradójicamente, demasiado reducida. En primer lugar, porque la imparcialidad lo que exige no es la falta de prejuicios internos, sino que si estos existen —y casi todos los tenemos— no se impongan irracionalmente como elementos de valoración. Ello no obsta a que, cuando finalmente los prejuicios no se imponen en la resolución, quepa considerar trivial su exteriorización previa, pues si el Juez manifiesta sus prejuicios sobre el caso que tiene que resolver no debe permitírsele que continúe con su labor, no porque no pueda juzgar finalmente de

²⁰⁹ Vid. DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, op. cit., págs. 407 a 411. Si bien este autor mantiene que la única imparcialidad de la que cabe hablar es de la subjetiva, en referencia a la actitud del Juez con respecto a las partes pues, aunque la parcialidad se produzca por el interés inmediato que muestre el Juez por el objeto de litigio esto, en definitiva, se traduce siempre en un trato de favor hacia la parte que defiende dicha posición y en perjuicio de la contraria, es decir, en una parcialidad subjetiva mediata.

²¹⁰ Véase, como ejemplo de la posición minoritaria —casi diríamos que única— VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal*, op. cit., págs. 63 a 75.

modo correcto, sino porque su falta de credibilidad deslegitimaría su decisión y afectaría a la confianza en la justicia que debe generar su actuación.²¹¹

En segundo lugar, porque, además, o al margen de ciertos prejuicios, o de su exteriorización, existen otros factores que pueden mediatizar indebidamente la toma judicial de decisiones (con independencia de su ánimo o su buena fe). Como después veremos, la asignación de determinadas funciones antes o durante el juicio resulta incompatible con la posición de tercero que caracteriza al Juez. Lo mismo cabe decir de la vulneración de las garantías y derechos del acusado atribuible al Juez del caso y que, desde luego, permiten afirmar que cuando no garantiza los derechos del acusado, o cuando los lesiona, toma partido por una de las partes y, por tanto, es o está actuando parcialmente.²¹²

Tampoco cabe desconocer que un Juez que no es institucionalmente independiente o que es nombrado especialmente *post factum* para resolver un asunto concreto o conforme a criterios no predeterminados legalmente, no es un Juez imparcial.

²¹¹ Véase, en el mismo sentido, el ejemplo con que ilustra FLETCHER la clase de apariencias que rompen la confianza en que un Juez pueda ser imparcial: (caso *Tyson vs. State of Indiana*, 619 N.E., 2nd. 276, 300n.3 (1993)). FLETCHER, G.P., *Las Víctimas ante el Jurado*, *op. cit.*, pág. 215. En nuestra jurisprudencia constitucional también se puede hallar un supuesto paradigmático de esta pérdida de imparcialidad con relación a la manifestación de los prejuicios en la STC 162/1999 (caso Hormaechea).

²¹² Este criterio es explícitamente sostenida por VIVES ANTÓN, T.S., al analizar las consecuencias que sobre la imparcialidad del juzgador puede tener el hecho de que sea el propio Juez quien cause dilaciones indebidas en un proceso que dirige. Para este autor "(...) es difícilmente discutible que la dilación indebida negligentemente causada coloque al Juez en una situación objetiva de parcialidad: se ha inclinado culpablemente en favor de la parte beneficiada por la dilación y en contra del perjudicado por ella (...) desde el momento en que ha faltado a su deber de diligencia, tiene ya un interés ajeno al del *ius dicere*, el de encubrir su falta. Puede que siga siendo anímicamente imparcial; pero todo el que ha actuado ante los Tribunales tiene fundados motivos para pensar que las resoluciones que se adoptan tras un largo retraso no son, en absoluto, idénticas a las que se hubieran dictado en el momento precedente". 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.

En definitiva, existen muchos aspectos de la función jurisdiccional que deben tenerse presentes en la construcción del concepto dogmático de la imparcialidad: unos funcionales, otros personales, y otros, al fin, institucionales.

Así, aludiré en primer lugar (y el orden de exposición no traduce una prelación valorativa) a las exigencias de imparcialidad del Juez con relación a su actuación en el proceso, la cual exige que el Juez se convierta en el garante del conjunto de derechos y garantías que asisten al acusado (garantías “procesales”); en segundo lugar, con relación a su calidad de órgano jurisdiccional arbitral, lo que exige que mantenga su posición de tercero en el litigio y, por tanto, sea ajeno a las partes y al objeto que tiene que juzgar²¹³ (garantías “personales” de imparcialidad); y, por último, otras exigencias se refieren a su condición de titular del poder judicial: se trata de garantías y exigencias articuladas en favor de que su potestad pueda ejercerse sin interferencias de otros poderes del Estado y con sometimiento exclusivo a la ley (las llamadas garantías “institucionales” de la imparcialidad²¹⁴).

Utilizaré esta clasificación con un mero afán delimitador y explicativo, tratando de facilitar la ardua tarea antes expresada, de construir el concepto de imparcialidad que exige el juicio justo. Por otro lado, tales aspectos han sido enunciados de un modo u otro en la STC 151/2000, al afirmarse que “la imparcialidad y objetividad del Tribunal son una exigencia del proceso debido, una característica de la función jurisdiccional y una garantía fundamental de la Administración de Justicia para garantizar la supremacía del Derecho en sus decisiones, que deben ser tomadas por un tercero ajeno a los intereses en litigio y a sus titulares” (F.Jº 3). Si tal es la relevancia que la Constitución concede a la

²¹³ Este es el sentido que atribuye generalmente la doctrina al término imparcialidad. MONTERO, por ejemplo, considera que junto a la independencia —entendida como exclusiva sumisión del Juez a la ley— y al desinterés objetivo, los Jueces han de ser imparciales, es decir, han de aplicar la norma con desinterés subjetivo. Vid. MONTERO AROCA, J., “El derecho a la información y la función jurisdiccional”, *Actualidad Administrativa*, núm. 47, 1987, pág. 2695. En el mismo sentido se expresa en *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op. cit., págs. 54-55.

²¹⁴ La expresión “garantía institucional de la imparcialidad” viene acuñada en la obra de GUARNIERI, C., *L'indipendenza della Magistratura*, Cedam, Padua, 1981, págs. 104 y ss.

imparcialidad, hay que analizar cada uno de dichos aspectos para fijar el contenido íntegro del derecho fundamental, lo que se hará a continuación al aludir, de una parte a las garantías “institucionales” de la imparcialidad del Poder Judicial, a las garantías concurrentes en cada titular de dicho Poder que garantizan el correcto ejercicio de su función jurisdiccional y a las exigencias personales y procesales del juez que constituyen las reglas del proceso debido.

Me interesa destacar, en conclusión, que la imparcialidad, como se viene repitiendo, tiene una importancia superior a la comúnmente asignada. No sólo se refiere a la actitud del Juez en el proceso, sino al conjunto de garantías que hacen posible que el resultado del proceso sea y, pueda ser visto, como una decisión racional, imparcial, justa, tomada con exclusiva sujeción a ley por un Juez imparcial/justo, mediante el debido proceso y sin interferencias ajenas sobre él como titular de la función, sobre las partes o sobre las condiciones del proceso²¹⁵.

En ese cometido, la imparcialidad de la decisión no puede afirmarse en el vacío. Necesita ser vinculada a algún valor para ofrecer garantías, para eludir la arbitrariedad, y ese valor no es sino el sometimiento exclusivo a la ley, la desatención de otros intereses o conflictos internos o externos al proceso mismo y el pleno respeto a los derechos fundamentales de quienes en él participan, tanto en su actuación en el desarrollo del proceso como en su decisión.

El principio de legalidad es finalmente la razón y el criterio rector de la imparcialidad del Juez y representa la clave de la garantía jurisdiccional mencionada anteriormente. La preeminencia del Derecho sólo es posible si las resoluciones

²¹⁵ Como magistralmente señala PERELMAN, C., *Tratado de la argumentación: la nueva retórica*, (trad. Sevilla Muñoz, J.), Gredos, Madrid, 1994, pág. 207, “cuando el funcionamiento de la justicia deja de ser puramente formalista y busca la adhesión de las partes y de la opinión pública, no basta indicar que la decisión se ha tomado bajo la cobertura de la autoridad de una disposición legal. Hay, además, que demostrar que es equitativa, oportuna y socialmente útil. Con ello, la autoridad y el poder del Juez se acrecientan y es normal que el Juez justifique mediante una argumentación adecuada cómo ha usado de su autoridad y de su poder”.

descansan y pueden ser vistas, como la exclusiva aplicación de la ley, el *ius diré*, tanto en su contenido final, como en el proceso a través del cual se han obtenido.

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

Las exigencias de imparcialidad se dirigen a salvaguardar el principio de organización política que atribuye a Jueces y Tribunales la tarea exclusiva y excluyente de determinar el Derecho irrevocablemente en el caso concreto (art. 117.1 y 3 CE). Dichas exigencias protegen sin duda los valores en los que la actividad jurisdiccional se sustenta y los que a través de ella se pretenden defender.

Por ello, cuando se habla de garantizar la imparcialidad hay muchos valores en juego. Afirmando la jurisdicción como forma reglada de resolución de conflictos garantizamos la preeminencia del Derecho y el primado de la razón frente a la violencia²¹⁶, al tiempo que tutelamos la propia observancia del ordenamiento jurídico²¹⁷.

²¹⁶ POPPER, K.R., *La sociedad abierta y sus enemigos*, (trad. Loedel, E.), Paidós, Buenos Aires, 1957, págs. 234 y 236, se hace eco de esta idea tan esencial, cuando señala: “Si se produce una disputa, esto significa que las emociones y pasiones más constructivas que podían ayudar, en principio, a superarla (...) se han revelado incapaces de resolver el problema (...) Sólo hay dos soluciones; una es el uso de la emoción, y en última instancia de la violencia, y la otra es el uso de la razón, de la imparcialidad, del compromiso razonable”.

²¹⁷ Para DE OTTO “(...) Desde el punto de vista de la función o fin, si hay algo que se puede afirmar de todas las manifestaciones de la jurisdicción es que con ellas se pretende tutelar la observancia del ordenamiento jurídico (...) En su manifestación más simple (...) consiste en ejecutar forzosamente la conducta debida que no se llevó a cabo voluntariamente. Pero la coacción necesaria para este objetivo no se aplica de modo directo e inmediato como consecuencia de la infracción del deber, porque es preciso en ocasiones declarar que efectivamente el deber existía y que se incumplió, porque uno u otro extremo eran objeto de litigio. (...) Con cualquiera de estos medios de tutela lo que el ordenamiento hace es condicionar la producción de los efectos queridos por la norma a la intervención del poder público en comprobación de que se hayan producido las circunstancias de hecho cuya presencia se requiere. (...) Esta misma participación del poder público en la propia generación del deber se produce también cuando éste consiste en tener que soportar una pena, esto es, en tener que quedar sujeto a un nuevo deber por haber infringido otro. Cuando el efecto de la infracción es una pena que a su vez puede ser ejecutada coactivamente (...) el ordenamiento no sólo condiciona su ejecución y la reserva en monopolio al poder público, sino que condiciona de modo más

Si la imparcialidad de los Tribunales se pone en tela de juicio lo que está en cuestión es su propia legitimación para ser protagonistas de la decisión; se trata de la propia idea de *auctoritas* del Poder Judicial, absolutamente necesaria para que los Tribunales sean reconocidos como el foro idóneo para resolver los conflictos.

Recapitulando algunas de las ideas ya expresadas se puede afirmar que la imparcialidad no es sólo una exigencia básica del proceso jurisdiccional, en general, y del penal en particular, que sirve para garantizar el correcto ejercicio de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino que también, en un estadio superior, la imparcialidad se presenta como algo más amplio, como una idea inherente a la propia función jurisdiccional. A ello debe añadirse otra idea fundamental para entender su contenido: la imparcialidad de la actuación jurisdiccional es una exigencia ineludible para que la confianza depositada por los ciudadanos en los Tribunales, en la potestad jurisdiccional como foro idóneo para la resolución de contiendas, pueda prevalecer²¹⁸.

La idea de imparcialidad que aquí se maneja constituye, sin duda, una aspiración abstracta a la que ha de tender la actividad jurisdiccional, pero es, al mismo tiempo, una pretensión que la configura y estructura, que es nota

o menos intenso el nacimiento de la pena misma, esto es, la declaración de condena (...). Si la pena sólo puede imponerse mediante una sentencia con la que concluye un proceso no es tan solo porque hay una resistencia del acusado frente a la pretensión condenatoria (...) sino porque el ordenamiento quiere que una consecuencia grave como es una sanción penal sólo se produzca con determinados requisitos y por determinados órganos (...)." OTTO Y PARDO, I. DE, *Estudios sobre el poder judicial*, op. cit., págs. 26-29.

²¹⁸ En la STEDH de 1 de octubre de 1982, caso Piersack, al analizar la imparcialidad de un Tribunal penal en el que se integró un miembro del Ministerio Fiscal que había participado en la discusión y formulación de la pretensión acusatoria, se consideró violado el art. 6.1 CEDH, rechazándose la apreciación meramente subjetiva de la imparcialidad que tratara de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto, pues se entendió precisa también una apreciación objetiva —que se refiere a valorar si el Juez ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable acerca de su convicción personal—, afirmándose que todo Juez con relación al cual pueda haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad debe abstenerse de conocer el caso, pues “lo que está en juego es la confianza que los Tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática” (§ 30). Similares argumentos se manejan en el caso De Cubber, de 26 de octubre de 1984 (§ 26), en el caso Hauschildt, de 24 de mayo de 1989 (§ 47), y en el más reciente caso Worm, de 29 de agosto de 1997 (§ 40).

caracterizadora de sus titulares y del cauce a través del que ésta se ejerce y constituye la principal fuente de legitimación de la propia jurisdicción.

Sostengo que estructura la actividad jurisdiccional porque a su servicio están todas las características que definen la jurisdicción: los órganos que han de decir el Derecho y el cauce a través del cual ha de ser dicho. Caracteriza a sus titulares, como más adelante veremos, porque la independencia de Jueces y Tribunales está al servicio de decir imparcialmente el Derecho. Por último es la nota esencial del proceso porque el cauce a través del cual se adopta la resolución judicial es tan importante para afirmar la validez jurídica de la sentencia penal como su contenido material y su signo decisivo. Sólo el respeto a los derechos fundamentales en el desarrollo del procedimiento permite que la sentencia sea vista como el fruto de la debida función jurisdiccional, como expresión de “la justicia”. El derecho fundamental del acusado a un juez imparcial no sólo cumple una función limitativa del *ius puniendi* estatal, sino que constituye un principio determinante del modo de enjuiciar.

Si en el caso concreto la Administración de Justicia cuenta con la confianza de los ciudadanos, además de la de las partes, si hay un consenso general en torno a que el único procedimiento válido para resolver contiendas con arreglo a la ley es acudir a la Administración de Justicia, si a eso que deciden los Tribunales en cada caso, siguiendo las exigencias legales, los ciudadanos le llaman “resolución justa”, con independencia de que el resultado favorezca a una u otra parte, es porque el proceso por el que se ha alcanzado ese resultado es un “juicio justo”²¹⁹.

²¹⁹ Señala EYMAR ALONSO, C., “La justicia de la razón y las razones de los Jueces”, *El poder judicial en el bicentenario de la Revolución Francesa*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pág. 171, que: “el discurso del Juez, si quiere ser válido, tendrá que buscar la adhesión del auditorio al que se dirige o, lo que es lo mismo, plantearse como una acción comunicativa. Frente a una razón pura alejada de la vida y que abusa de la coacción y del principio de autoridad, se impone una lógica judicial flexible, razonable. La razón comunicativa, frente a la razón instrumental o técnica, implica, según Habermas, la capacidad de aunar sin coacciones y de generar consenso entre los participantes de un conflicto”.

Que no se interprete el recurso a esta cita como evidencia de que se mantiene que juzgar justamente es juzgar “de cara a la galería”, con las miras puestas en el aplauso y el reconocimiento de

La imparcialidad es por ello fuente de legitimación de la actividad judicial. En palabras de OTTO²²⁰ “si la jurisdicción se encomienda a Jueces no es por ninguna característica esencial de aquélla, sino por exigencias prácticas, por la necesidad de asegurar ciertas bases de la eficacia del ordenamiento jurídico”. Se trata de conseguir la aceptación social de la irrevocabilidad jurídica de las decisiones judiciales, para lo cual es preciso que éstas no tengan otro fundamento que el propio ordenamiento jurídico, que no deriven sino de la ley, que no respondan a otro interés que el de asegurar la observancia del ordenamiento jurídico, que se trate de decisiones adoptadas con procedimientos y con criterios reglados.

Esta última idea, que el CEDH consagra con la expresión “autoridad del poder judicial” en el art. 10.2, está inequívocamente unida a la de imparcialidad en la conformación de la idea global de juicio justo. La actividad jurisdiccional, esto es, la función propia del poder judicial, representa en un Estado de Derecho una expresión de la superioridad del ordenamiento jurídico como el cauce normalizado de resolución de conflictos. A través de sus pronunciamientos, ese “decir el Derecho” en que consiste la actividad jurisdiccional consolida las propias estructuras democráticas más allá de la mera solución puntual del conflicto que se somete a su juicio, porque no sólo representa la autotutela del ordenamiento jurídico — paradigma del Estado de Derecho— sino que es expresión de la exclusividad de la actividad jurisdiccional como medio de tutela de los derechos e intereses legítimos —idea de la separación de poderes—²²¹.

público y autoridades. Lo que se dice, únicamente, es que la naturaleza de la función jurisdiccional precisa para ser válida de la adhesión y la confianza de los ciudadanos y, de lo contrario, pronto se puede ver ignorada o sustituida por cauces alternativos de resolución de controversias nada garantistas. No en vano GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela judicial*, op. cit., pág. 21, del riesgo que pone en evidencia el resurgir de formas de autodefensa penal, que, en su opinión, se basan en una desconfianza generalizada de los ciudadanos hacia la calidad de la justicia que les ofrece el Estado.

²²⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela judicial*, op. cit., págs. 32-34.

²²¹ Vid. TOMÁS Y VALIENTE, F., “Poder judicial y Tribunal Constitucional”, *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, págs. 13-20.

La legitimidad del “aparato judicial” descansa en su aceptación como el único cauce apto para aplicar el Derecho a la resolución de controversias sociales, y de ahí proviene la autoridad de la que están investidos sus integrantes²²².

Esta idea de legitimación a través de la imparcialidad con el fin de contar con la confianza de los ciudadanos se pone de relieve si reparamos en que la exigencia de imparcialidad es tan fuerte que cualquier Juez que pueda resultar sospechoso de tener un interés en el litigio que ha de resolver debe ser apartado de su conocimiento. Cabe hablar, pues, de *sospechas* que puedan legítimamente nacer en la comunidad acerca de la idoneidad del Juez para resolver el caso concreto como condición suficiente para hacer jugar las garantías de imparcialidad.

Por ello, la imparcialidad se presenta como una pretensión, porque nunca cabe probar *ex ante* que un Juez concreto vaya a juzgar parcialmente, pues ello dependerá en gran medida de su propia actitud interna y es, por tanto, un objeto de conocimiento inalcanzable. De un lado es imposible llegar a conocer dicha actitud, pero al mismo tiempo, nos basta para apartar al Juez del enjuiciamiento del caso concreto, con saber que se halla incurrido en una causa objetiva que permita dudar de su imparcialidad. Las garantías de la imparcialidad protegen, por tanto, frente a riesgos externos, objetivados.

²²² Precisamente, uno de los problemas más acuciantes de la sociedad española actual es la crisis de la justicia; una crisis que va más allá de la denuncia por deficiente prestación de servicios al ciudadano y que tiene sus raíces en una deslegitimación de la justicia como poder, como institución del Estado que resuelve conflictos y tutela derechos. Una flamante contribución a este problema viene de la mano de la sistemática huida a la justicia como campo de batalla político (la llamada “judicialización de la política”) que pronto se nos ha mostrado ineficaz y contraproducente: ineficaz para resolver ese tipo de discrepancias dada su naturaleza, y contraproducente porque al evidenciarse esta inoperancia se provoca su inevitable desprestigio. Se trata, por tanto, de una crisis institucional que, como afirma acertadamente LÓPEZ AGUILAR, ha venido favorecida por el triunfo de ideologías que, desprestigiando y aún deslegitimando a los otros poderes del Estado, han colocado al judicial primero como un contrapoder, especialmente frente al Ejecutivo, y, en breve, como único poder político legítimo. 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. 57-60. El tercer paso, como parece inevitable reconocer, ha sido el desprestigio, también del poder judicial y, en suma, una crisis profunda de confianza en las instituciones democráticas.

Como ha señalado BORGHESE²²³ la exigencia de imparcialidad mira a mantener en los ciudadanos la confianza en la buena administración de justicia, que se vería peligrosamente lesionada por la convicción o la fundada sospecha de que quien juzga pueda verse inducido, por motivos o situaciones personales, a favorecer a uno o a otro de los que se encuentran sometidos a su juicio. Es preciso salvaguardar la imagen de objetividad que el juzgador ha de transmitir a toda la comunidad. Por eso en esta materia las apariencias son relevantes²²⁴.

No se trata de negar, como luego veremos, que el Juez sospechoso sea incapaz de resolver con imparcialidad el litigio que a él se somete. Tal riesgo sólo lo podremos constatar analizando la resolución que finalmente dicte pero ni la resolución injusta es evidencia de parcialidad, ni la justa la excluye. El control de la sentencia manifiestamente injusta, esto es, de la prevaricación del juez, como más adelante se verá, sólo cubre ciertos supuestos de parcialidad pues obviamente, toda prevaricación implica parcialidad de su autor. Se trata de apartar al Juez del que se pueda legítimamente temer que no va a actuar con imparcialidad. Las causas de exclusión se conciben por ello en términos abstractos, sin consideración alguna al impacto real que puedan producir en los individuos en quienes concurren²²⁵. Por eso el proceso de abstención o recusación no se dirige a comprobar la incidencia sobre el enjuiciamiento de la causa alegada, sino únicamente su presencia. La exclusión del Juez sospechoso es una facultad de las partes y también, en ocasiones, es una obligación legal —a través de los mecanismos de abstención— porque se establece

²²³ BORGHESE, S., “Astensione del giudice” *Enciclopedia del Diritto*, (Dir. Calosso, F., et al), Secc. III, Giuffré, Milán, 1958, pág. 952.

²²⁴ Ya en la STEDH de 17 de enero de 1970, caso Delcourt, al analizar si quebraba el art. 6.1 del CEDH el sistema de casación belga, en el cual los miembros de la Fiscalía General intervienen en la vista y después pasan a deliberar con el Tribunal, pese a desestimar la demanda al apreciar que la Fiscalía de Casación no ejerce funciones acusatorias sino que sostiene un interés diverso de la determinación de la culpabilidad o la inocencia del acusado, ya anticipó la importancia, en la evaluación de las quejas sobre imparcialidad del Tribunal, del adagio “justice must not only be done; it must also be seen to be done” (no sólo debe hacerse justicia, sino parecer que se hace, § 31).

²²⁵ FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un Juez objetivamente imparcial”, *Revista General de Derecho*, núm. 534, 1989, pág. 1.045.

en función de un interés público: mantener la autoridad —concebida como prestigio o debida valoración— del poder judicial²²⁶.

5. Garantías “institucionales” de imparcialidad: independencia judicial y predeterminación legal del juez

Conforme al art. 117 de la Constitución “la justicia (...) se administra (...) por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley” (...) “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos (...) corresponde exclusivamente a los Juzgados determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan.”

Para garantizar el derecho a ser juzgado con imparcialidad, esto es, con exclusivo sometimiento al ordenamiento jurídico y con el único interés de hacer valer sus mandatos, la Constitución ha previsto dos mecanismos en la definición de la potestad jurisdiccional cuya naturaleza podríamos denominar institucional: uno de ellos es la propia configuración del poder judicial como un poder jurídicamente independiente; el otro exige la predeterminación legal de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales en cada caso concreto.

A. *La independencia judicial*

a) *Concepto y alcance*

La independencia es, sin duda, una nota básica de los titulares de la potestad jurisdiccional, y también un principio inspirador de la organización judicial. A través de la independencia se define una determinada posición jurídica de sus titulares, una

²²⁶ *Ibid*, pág. 1.046: “Lo que importa es conjurar el peligro de parcialidad (aún inconsciente) y de empañamiento de la imagen pública del órgano jurisdiccional, como instancia imparcial, dialécticamente superadora de las posiciones encontradas de los litigantes.”

posición que es de no-subordinación, de no-reconocimiento de un mayor poder o autoridad en el ejercicio de la función jurisdiccional. Consiste en la ausencia de subordinación *jurídica* en la actuación concreta del Derecho a ningún criterio distinto del que se establece en la ley, y a la ausencia de sumisión a ningún interés distinto del propiamente jurisdiccional²²⁷. Esa calidad de principio político organizativo aparece también en aquella concepción que entiende la independencia como una “opción política e institucional expresiva de la idea de la división de poderes constitucionalizada”²²⁸.

Su complemento, en la caracterización del ejercicio de la potestad jurisdiccional, es la sumisión a la ley, al “imperio de la ley” en la vehemente expresión constitucional. Se trata de asegurar que en el ejercicio de su función, los Jueces y Magistrados no estén sometidos a ordenes o instrucciones de nadie. La sujeción *sólo a la ley* es la premisa sustancial de la actuación judicial, y es lo que expresa su colocación institucional²²⁹.

Esta exigencia de la jurisdicción, que al mismo tiempo la caracteriza, es relativamente moderna en la historia del pensamiento jurídico²³⁰. DE OTTO afirma

²²⁷ Un apunte histórico sobre la evolución de la concepción del Poder Judicial y la complementariedad de los conceptos de independencia y sumisión a la ley, puede leerse MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, op. cit., págs. 52 a 55.

²²⁸ 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., pág. 47.

²²⁹ Sobre la independencia judicial, *vid.*, entre otras obras, las siguientes monografías: SIMON, D., *La independencia del juez*, (estudio preliminar Aparicio Pérez, M.A., trad. Ximénez-Carrillo, C.) Ariel, Barcelona, 1985; MONTERO AROCA, J., *Independencia y responsabilidad del juez*, Cívitas, Madrid, 1990; GONZÁLEZ GRANDA, P., *Independencia del juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993; GUARNIERI, C., *L'indipendenza della Magistratura*, op. cit. ; REQUEJO PAGÉS, J.L., *Jurisdicción e Independencia judicial*, op. cit.

²³⁰ Coincide en este análisis MORENO CATENA, V. “(...) junto a la imparcialidad de cada juzgador respecto del objeto litigioso y de las partes procesales, en el moderno Estado constitucional se ha implantado la garantía de la independencia del Juez respecto de los otros poderes del Estado, en particular del ejecutivo, con el fin de asegurar su plena sumisión al ordenamiento jurídico. El Juez tiene ahora garantizada también la independencia, como conquista irrenunciable y exigencia política del modelo de Estado implantado en las sociedades occidentales”. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, op. cit., pág. 94.

que no siendo esencial a las ideas de Juez o de jurisdicción como función, no es sino una exigencia *política* del moderno Estado constitucional²³¹.

La independencia judicial en España ha sido reconocida de una u otra forma en todas nuestras Constituciones históricas como garantía de la función jurisdiccional. Explícitamente, sólo la proclamaron, al margen de la Constitución de 1978, la Constitución de 1808²³² y la de 1931²³³, mientras que en el resto de textos constitucionales se hacía referencia a ella indirectamente, a través de la idea de división de poderes al señalar que la “potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales corresponde sólo a los Jueces”, o que la función de “juzgar y hacer ejecutar lo juzgado” es exclusiva y excluyente, o cuando se garantiza la inamovilidad judicial²³⁴. Cuestión distinta fue la plasmación legislativa de dichos principios constitucionales que, casi siempre, la vació de contenido, más ése es un recorrido histórico que no puede aquí ser abordado.

Conviene aclarar que independientes son los titulares de la potestad jurisdiccional, y únicamente han de serlo en el ejercicio de su función. La independencia es funcional a la potestad jurisdiccional y por más que su garantía obligue a configurar un determinado *status* orgánico y funcional en favor de sus

²³¹ OTTO Y PARDO, I. DE, *Estudios sobre el poder judicial*, *op. cit.*, pág. 172. Para este autor la independencia del Juez no es una idea esencial a la noción misma de jurisdicción, ni tan siquiera al concepto mismo de Juez (más caracterizado seguramente por la ajenidad al conflicto que mediante la aplicación del Derecho se pretende resolver), sino una decisión política fundada en la necesidad de asegurar la sumisión de la potestad jurisdiccional al Derecho. Es una idea consustancial a la de limitación del poder del Estado, a la de limitación del poder por el Derecho. Se trata de convertir al Juez en el garante de la realización del Derecho frente a la arbitrariedad, en garante de las posiciones jurídicas de los ciudadanos, de sus derechos, de su libertad, frente a los poderes públicos que lo amenazan. La independencia, afirma el profesor DE OTTO, permite que el Juez sea “imparcial aplicador del Derecho”. *Ibid.*, pág. 173.

²³² El artículo XCVIII expresamente decía “el orden judicial será independiente en sus funciones”.

²³³ En su artículo 94 declaraba “los Jueces son independientes en su función y sólo están sometidos a la ley”.

²³⁴ Así se expresaban la Constitución de 1812 —arts. 17 y 242—, la de 1837 —art. 63—, la de 1845 —art. 66—, la de 1869 —arts. 36 y 91— y la Constitución de 1876 —art. 76—.

titulares, no se trata de una cualidad intrínseca del Juez, ni de una prerrogativa o privilegio oponible más allá de su marco de actuación.

Esta precisión debe servir para superar algunos errores comunes ya que frecuentemente oímos hablar de la necesidad constitucional de un “poder judicial independiente”, y aunque la expresión *poder judicial*, que da nombre al Título VI de la CE, es de antigua tradición en nuestro Derecho, con ella sólo podemos referirnos a la unidad organizada de Jueces y Magistrados, al conjunto orgánico que estos conforman. La Constitución habla de Jueces y Magistrados “integrantes del poder judicial”. Y en la medida en que la independencia es funcional a la potestad jurisdiccional y ésta corresponde singularmente a cada Juez, la independencia sólo es predicable de cada uno de los Jueces y Magistrados. Cuestión distinta es que la garantía de la independencia de cada Juez exija un determinado modelo organizativo del poder judicial (relaciones jerárquicas, órganos de gobierno, capacidad disciplinaria) mas no puede olvidarse que la potestad jurisdiccional es de titularidad múltiple y difusa. No existe un “poder judicial” que tenga atribuida la potestad jurisdiccional.

Para determinar el alcance de la garantía de independencia partimos de que la jurisdicción es una potestad del Estado que se ejerce a través de todos y cada uno de los integrantes del poder judicial, los cuales han de gozar de independencia en el acto concreto de aplicar el Derecho. La independencia judicial ha de ser general y garantizarse frente a todos, por eso la sujeción funcional del Juez a la ley tiene una traducción estatutaria en la propia organización judicial.

Ad intra es garantizada a cada uno de los integrantes de ese poder respecto de las determinaciones de los demás miembros, especialmente de los superiores gubernativos jerárquicos, que es de quienes potencialmente pudieran llegar a sufrir la mayor presión. Precisamente por ello —como señala LÓPEZ AGUILAR— la independencia del Juez se modula internamente, en el seno de su propio poder, respecto de los demás Jueces o respecto de sus órganos de Gobierno, con el Consejo General del poder judicial a la cabeza, en su dimensión funcional: sólo y

exclusivamente a través de los recursos previstos por la ley puede corregirse la aplicación o interpretación del ordenamiento jurídico hecha por el Juez. Se prohíbe, por tanto, dictar instrucciones de carácter general o particular, dirigidas por unos órganos judiciales a sus inferiores (art. 12 LOPJ). Por eso, la articulación concreta de los órdenes e instancias de jurisdicción disponibles es también signo identificativo de la independencia del Juez.²³⁵

Ahora bien, la independencia actúa también *ad extra*, frente a otros poderes públicos o privados. En su origen es una idea que nace frente al poder del monarca. Esa vieja prevención quizás sirva para explicar porque todavía hoy el poder ejecutivo es visto con mayor recelo como el eventual agresor de la independencia de los Tribunales. FERRAJOLI²³⁶ conecta esta garantía, que denomina orgánica, con la afirmación del principio de legalidad y los derechos fundamentales de la persona. La estricta y exclusiva vinculación de la jurisdicción a la ley exige su independencia para garantizar la imparcialidad de esta actuación estatal, y de esta forma la igualdad de los ciudadanos. Por otra parte, la prevención de las arbitrariedades del poder exige que la justicia actúe al margen de razones de Estado o intereses políticos contingentes²³⁷. Son las funciones atribuidas a la jurisdicción las que justifican su independencia. El autor italiano hace un recorrido histórico por los ordenamientos jurídicos para poner de relieve cómo en la antigüedad no se planteaban problemas de independencia al considerar la función jurisdiccional una emanación más de la

²³⁵ 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., pág. 112.

²³⁶ FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., págs. 584-589.

²³⁷ En este marco adquieren vigor las garantías del proceso a través del cual el Derecho es aplicado. Como ha puesto de relieve RECALDE, J.R., "(...) los derechos procesales son la garantía de que la ideología o el sentimiento de quien persigue el delito no van a alterar el sistema de libertades y de igualdad de los ciudadanos. Como dice Dworkin, es preciso que 'el procedimiento penal se estructure para lograr un margen de seguridad en las decisiones, de manera que el proceso impida en forma enérgica la condena de los inocentes'. De todos modos, los derechos procesales no están para aumentar la probabilidad de que la decisión sobre inocencia o culpabilidad sea la justa. 'Los derechos procesales intervienen en el proceso, aún al costo de la inexactitud, para compensar en términos generales el riesgo preexistente de que un proceso penal (...) esté corrompido por el impacto de las preferencias' de quien lo aplica". RECALDE, J.R., "Legitimidad, derechos fundamentales y tentación autoritaria", op. cit., págs. 24-26.

potestad del soberano. No fue sino a partir de la Ilustración, en el seno de la doctrina de la separación de poderes, cuando la independencia adquiere valor conceptual autónomo. Primero como una forma de restar poder al Estado dividiendo sus funciones. Más tarde como garantía de sujeción a la ley del resto de poderes del Estado y mecanismo de tutela de los derechos del ciudadano frente a la opresión política²³⁸. De esta forma la independencia judicial aparece como principio político organizativo en las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII (art. 5 de la Constitución de Virginia, art. 16 de la Declaración francesa de Derechos del Hombre), y hoy se ha convertido en uno de los fundamentos del Estado de Derecho. Pese a ello, su efectividad, más allá de las meras proclamaciones ideológicas, no es lograda en Europa sino poco más allá de la segunda posguerra, y aún hoy, sigue siendo uno de los asuntos más arduos en la teoría política del Estado.

La importancia de un *status* orgánico al servicio de la independencia ha sido una constante en las reflexiones jurisprudenciales. Así el TEDH ha tenido oportunidad de examinar si uno u otro titular de la potestad jurisdiccional era o no un órgano independiente. Y al hacerlo se ha referido siempre a aspectos institucionales de la organización judicial. En el caso *Le Compete, Van Leuden y de Mellare*, de 23 de junio de 1981 (§ 55), el Tribunal razona que no es suficiente ejercer una función jurisdiccional para que pueda ser afirmada la independencia del órgano que la ejerce, y señala “(...) según la jurisprudencia del Tribunal —sentencia *Neumeister*, de 27 de junio de 1968, sentencia *De Wilde, Ooms y Versyp*, de 18 de junio de 1971; y sentencia *Ringeisen*, de 16 de julio de 1971— sólo merece el nombre de Tribunal un órgano que responda a una serie de otras exigencias —independencia con respecto al ejecutivo y a las partes encausadas, duración del mandato de sus miembros, garantías ofrecidas por el procedimiento—, de las cuales varias figuran en el texto mismo del

²³⁸ La cita de BECCARIA parece aquí obligada: “El soberano, que representa la misma sociedad, puede únicamente formar leyes generales que obliguen a todos los miembros; pero no juzgar cuando uno haya violado el contrato social, porque entonces la nación se dividiría en dos partes: una representada por el soberano, que afirma la violación, y otra por el acusado, que la niega. Es pues necesario que un tercero juzgue de la verdad del hecho; y veis aquí la necesidad de un magistrado,

art. 6.1 CEDH”. También en el caso Piersack (Sentencia de 1 de octubre de 1982, § 27) se rechaza que el Tribunal de apelación de Bruselas no sea un órgano independiente dado que “conforme a la Constitución y a la legislación belga, los tres Jueces que componen las audiencias gozan de amplias garantías en orden a su protección frente a presiones externas”. En el caso Langborger (Sentencia de 22 de junio de 1989, § 32), el TEDH al analizar la calidad del Tribunal de Arrendamientos sueco entendió que “para decidir si un órgano puede ser considerado independiente, hay que tener en cuenta, especialmente, el procedimiento de designación y la duración del mandato de sus miembros, las garantías existentes contra las presiones exteriores y si tiene la apariencia de serlo efectivamente”. También en el caso Sramek la Comisión, según informe de 8 de diciembre de 1982, consideró que para que un órgano decisorio pudiese ser calificado como independiente, se exige que desde el punto de vista organizativo esté suficientemente separado del Ejecutivo, de modo que sea reconocible como un órgano judicial independiente por cualquier ciudadano que no tenga conocimientos jurídicos específicos, lo que supone que cuente con una estructura organizativa que le distinga claramente de las autoridades administrativas.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional —STC 204/1994— ha destacado la importancia del régimen normativo que regula la actuación del órgano judicial, más allá de su aplicación en los supuestos concretos, incluso cuando dicha aplicación es más respetuosa del derecho de la persona que la propia norma: “A pesar de que es frecuente apoyarse más en la realidad que en las apariencias y en la literalidad de los preceptos a la hora de pronunciarse sobre las violaciones de los derechos protegidos por el Convenio(...), sin embargo, las exigencias establecidas ‘por la ley’ revelan una especial importancia cuando se trata de definir la autoridad

cuyas sentencias sean inapelables, y consistan en meras aserciones o negativas de hechos particulares”. BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas* (1778), *op. cit.*

judicial, teniendo en cuenta la confianza que ésta ha de inspirar a los encausados en una sociedad democrática”²³⁹.

De lo que se trata precisamente es de garantizar que el *status* legal de un Juez le permite actuar como órgano judicial capaz de dispensar la tutela en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos (art. 24.1 CE). Es decir, que el órgano judicial llamado resolver el conflicto pueda pronunciarse de modo equitativo e imparcial en un proceso en el que actúan como parte acusadora los poderes públicos y en el que han acordado originariamente o han revisado en vía de recurso, según el caso, medidas que afectan a la libertad y seguridad de las personas sometidas a un procedimiento penal (Sentencias del TEDH de 22 de mayo de 1984, caso Duinhof y caso De Jong, y de 8 de junio de 1976, caso Engel).

Las características del juicio justo, que vienen definidas por los contenidos inherentes a cada uno de los derechos fundamentales garantizados por el art. 24 CE, exigen una determinada configuración normativa del estatuto orgánico y personal de quienes son llamados a ejercer funciones jurisdiccionales. Ese *status* institucional que les permite actuar con independencia e imparcialidad esta “al servicio” de las exigencias del juicio justo: para poder garantizar los derechos expresados en el art. 24 CE, el poder judicial debe articularse de determinada manera, con determinados contenidos mínimos, que en nuestro caso se describen en el Título VI de la CE (independencia, inamovilidad, responsabilidad, sometimiento único al imperio de la ley, exclusividad, unidad de la jurisdicción, publicidad de sus actuaciones, conformación debida de los órganos de gobierno interno, etc. (...))²⁴⁰.

²³⁹ En el mismo sentido puede leerse la Sentencia del TEDH de 22 de mayo de 1984, caso Duinhof y Duijf, § 34.

²⁴⁰ Por ello, en la sentencia que comentamos, el Tribunal Constitucional, al rechazar la consideración de derechos fundamentales de determinados principios previstos en dicho Título de la Constitución señaló “(...) Ello obliga a considerar irrelevantes, por sí mismas, las denuncias contenidas en ambos recursos de amparo relativas a determinados preceptos del Título VI de la Constitución que se entienden ‘incumplidos’. En este proceso constitucional los Autos impugnados, y eventualmente los preceptos legales de los que traen causa, sólo pueden ser contrastados con los derechos fundamentales y, en particular en este caso, en el art. 24 CE no es un precepto a través del cual, y sin otras consideraciones, quepa incorporar al ámbito del recurso de amparo el entero

El Tribunal Constitucional ha señalado también que cualquier actuación de un órgano judicial cuyo *status* no reúna las garantías de independencia e imparcialidad previstas en el art. 24.2 CE vulneraría por sí sola el derecho fundamental a que la propia causa sea oída por un Tribunal independiente e imparcial, ya que la vulneración de este derecho no exige la producción de un resultado positivamente parcial o carente de independencia, sino que basta con el sometimiento del litigio a un Tribunal que carezca de dicha connotación para entenderse producido el resultado lesivo (fundamento jurídico 2º)²⁴¹.

b) *Independencia e imparcialidad*

La Constitución refuerza la idea de imparcialidad judicial cuando establece la separación de poderes y la independencia judicial, esto es la estricta sumisión de la potestad jurisdiccional a la ley; también, cuando atribuye en exclusiva dicha potestad a Jueces y Magistrados, designándoles como los únicos árbitros legítimos y, por último, cuando señala el cauce procesal a través del cual debe ser ejercida —art. 117.3— modelándolo específicamente —art. 24.2— como una contienda equilibrada²⁴².

contenido de dicho Título de nuestra Constitución. Ciertamente, los derechos fundamentales del art. 24 encuentran consecuencia y reflejo en determinados preceptos del Título VI, pero en una perspectiva que es inversa a la que proponen los recurrentes. La cuestión planteada por estos amparos, por tanto, es únicamente la de si la función jurisdiccional ejercida por el Juez Togado, en razón de su *status*, responde a las exigencias del art. 24 CE”

²⁴¹ Concretamente se analiza en dicha resolución si la eventual sujeción de los Jueces Togados, en su condición de militares, a la potestad disciplinaria de sus mandos superiores cuando no actúan en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, o la posibilidad de ser removidos de sus destinos mediante ascenso, o su no integración en un Cuerpo único de Jueces y Magistrados, les convierte en Jueces dependientes del poder ejecutivo. La conclusión fue negativa al señalarse que en su estructura y funcionamiento —tal y como viene diseñada en la LO. 4/1987 de competencia y organización de la jurisdicción militar— son reconocibles como órgano que puede resolver de modo equitativo e imparcial un proceso en el que actúan como parte acusadora los poderes públicos, pudiendo afirmarse por ello que, estatutariamente se hallan suficientemente garantizadas las exigencias constitucionales de independencia del poder ejecutivo.

²⁴² También para MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., la imparcialidad es la nota básica en la conformación de la figura del Juez, “y precisamente para preservarla se reconocen en la Constitución una serie de garantías adicionales:

Independencia y sumisión a la ley son conceptos complementarios: ambos persiguen la misma finalidad, esto es, que el juzgador pueda ser imparcial aplicador del Derecho, por ello la independencia se concreta en que los Jueces no tengan más función ni más interés que garantizar el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

La respuesta sobre el sentido último de la independencia, al margen de su origen histórico, no puede constreñirse a la afirmación de que se trata de preservar la división de poderes, porque esta idea es funcional a otros objetivos²⁴³. Históricamente, la reivindicación de que el poder judicial fuera independiente se basaba en la desconfianza hacia su función debido a las presiones que, primero el monarca y después el ejecutivo, ejercieron directa o indirectamente sobre él²⁴⁴. Sólo podía confiar el pueblo en la Administración de Justicia si sus responsables actuaban, al fin, libres de determinaciones externas. Ahora bien, consolidada la independencia política del poder judicial respecto del ejecutivo, cabe interrogarse sobre el verdadero sentido de tal reivindicación, es decir, cual es el fin último de la necesidad de contar con Jueces independientes en el ejercicio de sus funciones.

La independencia, hoy día, encuentra pleno sentido sólo como arquitectura al servicio de la imparcialidad²⁴⁵, aunque no basta con su presencia para garantizar esta última. Se pretende contar con Jueces libres de sometimientos para que, en definitiva,

independencia, inamovilidad, responsabilidad, y sumisión a la ley". *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la ley Orgánica 7/1988*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, pág. 14.

²⁴³ Críticamente, *vid.* ESTEBAN, J. DE y LÓPEZ GUERRA, L., con la colaboración de GARCÍA MORILLO, J. y PÉREZ TREMP, P., *El régimen constitucional español*, Vol. I, Labor, Barcelona, 1980, pág. 237.

²⁴⁴ Las decisiones judiciales en la monarquía absoluta estaban dirigidas en uno u otro sentido por los intereses reales a través de órdenes dirigidas directamente a sus Jueces. Con la Revolución, la emergente tendencia a la hegemonía del ejecutivo hizo recelar a los otros poderes ante la perpetuación de esta desigual posición (y, en especial, la del poder judicial) no mediante las técnicas de dirigir órdenes a sus integrantes en casos concretos, sino mediante otras sutilezas tales como controlar el sistema de nombramientos, ascensos, traslados, etc.

²⁴⁵ OTTO Y PARDO, I. DE, *Estudios sobre el poder judicial*, *op. cit.*, pág. 63 y ss.

su actuación quede exclusivamente vinculada a Derecho, dado que la ley es el único parámetro que ofrece la necesaria seguridad jurídica²⁴⁶.

Con una lacónica expresión de deseo el artículo 13 LOPJ. dice: “Todos están obligados a respetar la independencia de los Jueces y Magistrados” y, a continuación, en el artículo 14.2 se emplaza al Ministerio Fiscal a promover las acciones pertinentes en su defensa. En el Código Penal, por su parte, se tipifica, en el artículo 508.2, la conducta de autoridades o funcionarios administrativos o militares que atenten contra tal independencia dirigiendo a Jueces o Magistrados instrucciones, ordenes o intimaciones relativas a causas o actuaciones que estén conociendo. La pena prevista es privativa de libertad —de uno a dos años—, de multa y de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a seis años.

Siendo la independencia una posición jurídica, que se concreta en un *status* orgánico, y normativamente en una serie de principios, reglas y cautelas dirigidos a garantizar la ausencia de subordinación jurídica y de hecho de los Jueces a ningún otro poder, parece claro que sus mecanismos de tutela, pese a su utilidad, son insuficientes para garantizar la imparcialidad de las resoluciones judiciales, pues ésta se manifiesta en cada acto jurisdiccional concreto, y normativamente sólo puede protegerse con cautelas *ad casum* que tratan de impedir la parcialidad.

Cabe preguntarse si la declaración contenida en el artículo 13 LOPJ no tiene un simple valor programático de la tutela de la independencia. Si el único precepto que da respuesta a dicho enunciado es el contenido en el artículo 14, las previsiones disciplinarias que protegen la independencia *ad intra* —arts. 417. 2, 4 y 8 LOPJ—²⁴⁷

²⁴⁶ En la misma línea se expresan ANDRÉS IBÁÑEZ y MOVILLA ÁLVAREZ cuando dicen que la independencia es “presupuesto de la necesaria colocación de los Jueces en condiciones de ejercer su cometido de manera imparcial”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El Poder Judicial*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 29.

²⁴⁷ Conforme a los cuales son faltas muy graves, la afiliación a partidos políticos o sindicatos, o el desempeño de empleos o cargos a su servicio, la intromisión, mediante órdenes o presiones de cualquier clase, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional de otro Juez, o la inobservancia del deber de abstención a sabiendas de que concurre alguna de las causas legalmente previstas.

y, en última instancia, el delito tipificado en el artículo 508.2 del Código Penal, resulta claro que la independencia no puede hacerse valer con fuerza al margen de quienes ostentan la condición de autoridades o funcionarios públicos.

El mecanismo de amparo ante el Consejo General del Poder Judicial²⁴⁸ tiene una eficacia muy limitada ya que, incluso cuando éste se otorga, la fuerza de tal declaración no trasciende del ámbito puramente político, no tiene ningún tipo de repercusión directa frente a los responsables de tal actuación. Tal realidad ha llevado a pensar que, en efecto, la independencia sólo rige frente a otros poderes públicos, en la medida en que les es aplicable la sanción penal, pero no frente al resto de la ciudadanía.²⁴⁹

Sin embargo, en nuestros días el problema de la eventual falta de imparcialidad de los Tribunales no viene determinado necesaria ni primordialmente por la existencia de presiones a la independencia judicial desde el poder político o, más específicamente, del poder ejecutivo, sino tanto o más desde otras fuentes. Por ello se ha hecho necesario plantear el alcance de la tutela de la imparcialidad por otros medios y frente a otros riesgos para poder seguir afirmando la posibilidad de dilucidar el Derecho debatido “al margen de o por encima de las partes contendientes (...) con la vista puesta sólo en el interés debatido y en el Derecho aplicable”²⁵⁰. En definitiva, los problemas más acuciantes que ponen hoy en riesgo la imparcialidad de la actuación judicial no vienen determinados necesariamente por los atentados a la

²⁴⁸ Conforme al art. 14 LOPJ los Jueces o 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.

²⁴⁹ Cabe recordar que el texto equivalente del proyecto de LOPJ remitido por el Gobierno a las Cámaras contenía una declaración más explícita sobre quiénes estaban obligados respetar la independencia judicial —“Los poderes públicos, partidos políticos, sindicatos, asociaciones, entidades públicas, privadas y los particulares (...)”— así como uno de los medios de aseguramiento de tal obligación. En efecto, un segundo párrafo, que decayó en el trámite parlamentario, añadía: “La ley penal tipificará como delitos las conductas que atenten contra la independencia judicial”.

²⁵⁰ 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., pág. 113.

independencia. De esta forma la tutela posible de esta última no es la vía correcta ni suficiente para garantizar aquella. Desde la contemplación de la garantía de independencia como una opción política al servicio de la imparcialidad no pueden encomendársele a aquella más funciones de tutela que las que le son propias.

En definitiva, la independencia no es, ni con mucho, la garantía fundamental de aseguramiento de la imparcialidad de la justicia en los sistemas políticos actuales²⁵¹. Sirve para lo que sirve, pero no se le puede pedir más. La sobrevaloración del rol de la independencia como la garantía nuclear de la justicia, al margen de su auténtico sentido funcional, ha provocado una desatención ante problemas graves que afectan directamente a la imparcialidad y, con ella, a los derechos fundamentales del acusado, y a la legitimación de la justicia en general.

Colocada en su justo lugar la independencia sólo sirve —y no es poco— para que el órgano judicial llamado a resolver el conflicto pueda acometer su función ajeno al resto de poderes del Estado y a sus intereses, garantizando suficientemente que la controversia se resuelva atendiendo únicamente a la ley como criterio del juicio, lo que reforzará la preeminencia del Derecho como principio rector de la convivencia y por ello como regla de resolución de los conflictos.

B. Predeterminación legal de la jurisdicción y la competencia de jueces y tribunales

Junto a la independencia, existe otra garantía al servicio de la imparcialidad: la predeterminación legal de la jurisdicción y competencia de los Tribunales. En efecto, parece claro que de nada valdría contar con Jueces independientes de los demás

²⁵¹ Afirmar que la independencia no es garantía suficiente y ni siquiera necesaria para la imparcialidad no implica que se proponga, a renglón seguido, su sustitución o ignorancia. Conviene incorporar nuevos mecanismos de aseguramiento de la imparcialidad ante los nuevos fenómenos que la ponen en peligro, pero respecto de los riesgos clásicos —como el de la presión de otros poderes sobre los Jueces— la independencia se ha revelado un mecanismo perfectamente útil y extraordinariamente arraigado a nuestra tradición. No hay una sola razón que justifique su supresión o su sustitución.

poderes del Estado si su competencia sobre un asunto concreto no les fuera atribuida por criterios generales legalmente predeterminados sino mediante criterios *ad hoc* y *post factum*. La razón de esta garantía, una vez más, no estriba en la imposibilidad de que el Juez concreto llamado a juzgar tras ser designado *ad casum* pudiera juzgar con imparcialidad, sino que sobre él pesaría la sospecha fundada de ser un Juez parcial, de que el juicio no se podría desarrollar con la necesaria confianza del público y, menos aún, de las partes²⁵².

Las anteriores consideraciones sirven, además, para apoyar la tesis avanzada según la cual la independencia es un valor que obedece a los mismos propósitos que la predeterminación legal de la jurisdicción. Si el sentido que la garantía de independencia representa en la conformación del derecho al juicio justo no es sólo el aseguramiento de la autonomía del poder judicial respecto de los otros poderes del Estado, como un fin en sí mismo, sino que es funcional a asegurar la imparcialidad del enjuiciamiento, cuando esa autonomía jurídica se dé, pero, sin embargo, quepa la posibilidad de que “se elija” al Juez en el caso concreto, sin observancia de criterios legales predeterminados, no puede afirmarse que quede garantizada suficientemente la imparcialidad del juzgador y, en definitiva, la posibilidad de un juicio justo. Es pues la misma *ratio* la que subyace a ambas garantías.

Coinciden todos los autores en situar el origen de la exigencia de predeterminación legal en la reacción frente al extendido sistema de delegaciones y avocaciones existentes en el sistema penal de la monarquía absoluta. Lo que se inicia como una reivindicación profesional de los Jueces delegados en favor de la estabilidad de sus funciones, acaba convirtiéndose, tras la consolidación de la

²⁵² Nuevamente recordamos que entre los distintos aspectos que concurren en la idea de imparcialidad como nota esencial del juicio justo está aquel de la confianza en la actividad jurisdiccional, no tanto en su posibilidad real de desarrollarse correctamente, sino de que resulten creíbles sus resultados como el fruto de un trabajo sin injerencias. “Justice must not only be done, it must also be seen to be done” (STEDH caso Delcourt, de 17 de enero de 1970). Ya en 1930 advertía RADBRUCH sobre la gravedad de la “crisis de confianza en la justicia” que amenazaba en ese tiempo: “¡Pues si tenemos en cuenta el carácter subjetivo e impugnabile de todas las valoraciones, veremos que la justicia de los Tribunales no es, en definitiva, más que la confianza que éstos inspiren!”. Cfr. RADBRUCH, G., *Introducción a la ciencia del Derecho*, op. cit., pág.174.

doctrina de la división de poderes, en una garantía más de la independencia e imparcialidad de la jurisdicción²⁵³.

Para delimitar su contenido esencial nada mejor que dejar hablar al máximo intérprete de la Constitución, según el cual “(...) el derecho constitucional al Juez ordinario predeterminado por la ley, (...) exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que ésta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional. (...) exige también que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente. De esta forma se trata de garantizar la independencia e imparcialidad que el derecho en cuestión comporta —y que se recoge expresamente en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales—, garantía que quedaría burlada si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes, que son quienes, en definitiva, van a ejercitar sus facultades intelectuales y volitivas en las decisiones que hayan de adoptarse”. Más adelante se aclara que “(...) es cierto que no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares,

²⁵³ FERRAJOLI entiende que el nacimiento del Juez moderno puede situarse en el momento en que se invierte la relación originaria entre los viejos Jueces ordinarios o delegantes y los viejos Jueces delegados al reivindicar estos últimos la titularidad formal y exclusiva de la potestad jurisdiccional en nombre de la estabilidad de hecho de sus funciones. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, op. cit., pág. 587.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., “El derecho fundamental al Juez predeterminado por la ley”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 31, 1991, pág. 77, se hace eco de precedentes medievales y en la edad moderna referidos a la lucha frente a las arbitrarias intervenciones de los monarcas en los asuntos judiciales a través de la creación de comisiones regias *ex post factum* para enjuiciar asuntos concretos —potestad de avocación—, pero sitúa también el nacimiento de este principio (garantía directa de la independencia e indirecta de la imparcialidad) en los albores del constitucionalismo porque sólo cobra significado con la división de poderes que aquel conlleva. Es evidente que carecía de sentido esta garantía en una organización política en la que el monarca concentraba todos los poderes del Estado.

dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público —las llamadas ‘necesidades del servicio’—, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos” (STC 47/1983, FJº 2.)

Dicho en palabras de la STC 101/1984: “La predeterminación legal del Juez significa que la ley, con generalidad y con anterioridad al caso, ha de contener los criterios de determinación competencial cuya aplicación a cada supuesto litigioso permita determinar cuál es el Juzgado o Tribunal llamado a conocer del caso. El ejercicio de la potestad jurisdiccional corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales (art. 117.3 de la CE), pero, como es obvio, no a cualquiera de ellos en cualquier caso, sino, en cada uno de éstos, a aquel órgano judicial que resulte predeterminado por las leyes, ‘según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan’ (art. 117.3 de la CE). La interpretación sistemática entre el art. 24.2 y el 117.3, ambos de la Constitución, pone de manifiesto que la garantía de la independencia e imparcialidad de los Jueces, ‘que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado’ radica en la ley. La generalidad de los criterios legales garantiza la inexistencia de Jueces *ad hoc*; la anterioridad de tales criterios respecto al planteamiento procesal del litigio garantiza que una vez determinado en concreto el Juez de un caso en virtud de la aplicación de los criterios competenciales contenidos en las leyes, el Juez del caso no podrá ser desposeído de su conocimiento en virtud de decisiones tomadas por órganos gubernativos”.

Tres notas caracterizan, por tanto, esta garantía: la necesidad de que el Juez sea constituido por la ley y no constituido *post factum*; la inderogabilidad y la

indisponibilidad de las competencias por decisión de órganos gubernativos²⁵⁴, y la prohibición de Jueces extraordinarios o excepcionales. Estas tres prescripciones vienen a poner coto a otras tantas prácticas atentatorias contra la independencia e imparcialidad judicial como son los poderes de comisión, avocación o atribución, tan habituales en la justicia penal del monarca.

También hay coincidencia doctrinal en situar el fundamento de esta garantía en la protección de la independencia e imparcialidad judicial, pues no se trata sino de impedir intervenciones instrumentales de carácter individual sobre la designación del Juez del caso relacionadas siempre con el contenido del juicio. Consolidada la división de poderes, y siendo inaudita una norma que atribuyera al poder ejecutivo la designación del Juez del caso, es claro que el mandato subyacente en esta garantía se dirige al legislador y, también, a los propios órganos de gobierno interno del poder judicial.

En última instancia, la virtualidad de esta cautela pone de relieve la existencia de un margen irreductible de discrecionalidad en la tarea aplicativa del Derecho. Nada habría de temerse si la jurisdicción siguiese el ingenuo esquema silogístico ilustrado según el cual el Juez no es sino “la boca que pronuncia la ley”, pues en tal caso nada habría que temer por el hecho de que el asunto concreto fuere encomendado a un Juez o a otro, siempre que se tratase de integrantes de un poder judicial independiente. Sin embargo, de nuevo las apariencias exigen consolidar la idea de un Juez predeterminado, un Juez del que no quepa sospechar que haya sido elegido por sus cualidades personales y sus criterios de enjuiciamiento. De alguna

²⁵⁴ El Tribunal Constitucional sí ha admitido la legitimidad del cambio competencial *post factum*, cuando éste es fruto de una ley que determina nuevos criterios generales. Así en la STC 307/1993, fundamento jurídico 3º, después de recordar la doctrina citada que determina el contenido esencial del derecho fundamental analizado, afirma: “(...) de la anterior doctrina no puede desprenderse que la ‘predeterminación’ del Juez impida que toda modificación orgánica y funcional pueda tener incidencia en los procedimientos ya iniciados, pues si la *ratio* del derecho es proteger la imparcialidad, cuando estas modificaciones se realicen por norma de rango adecuado, con criterios objetivos y de generalidad, existe una presunción de que el cambio normativo no persigue atentar contra la imparcialidad y, por tanto, no resulta contraria al derecho al Juez predeterminado por la ley (ATC 381/1992).”

manera, admitida la posibilidad de varias interpretaciones dispares de un mismo ordenamiento jurídico, se trata de garantizar la igualdad de posibilidades de que éste sea interpretado de una u otra forma, conforme a criterios diversos pero siempre imparciales²⁵⁵.

6. Garantías relativas al titular de la potestad jurisdiccional. El juez imparcial

A. *La ajenación del juez como exigencia de la actuación imparcial*²⁵⁶

Para que la imposición estatal de una pena a un ciudadano sea visto como un acto de la razón y no como un ejercicio de poder, de oportunidad política o de pura arbitrariedad, no basta con que la conducta reprochada haya sido prevista como delito con anterioridad a su comisión en una ley cierta que exprese la voluntad general (principio de legalidad penal que garantiza la seguridad jurídica), no es suficiente con configurar la pena como un simple acto de aplicación del Derecho. No basta tampoco con separar al aplicador del Derecho del resto de poderes del Estado, portadores de intereses políticos legítimos distintos de los que se actualizan al decir el Derecho, porque no es suficiente con garantizar, a través de su independencia, que

²⁵⁵ Más allá aún de estas consideraciones, ANDRÉS IBÁÑEZ señala que superados los orígenes históricos de la predeterminación legal como garantía de la independencia externa del poder judicial, hoy el interés se desplaza hacia aquel aspecto del tema que hace referencia a la individualización del concreto Juez ordinario llamado a juzgar la controversia. Para el autor, una vez reconocido que la actividad judicial no es indiferente desde el punto de vista político, y que los Jueces son legítimos portadores de una bagaje político cultural personal, fruto de opciones ideológicas diversas, el principio de naturalidad “trata de garantizar la concurrencia equilibrada en el ámbito jurisprudencial de todas las opciones de valor que concurren en la sociedad y en su constitución material. (...) Por eso en el fondo de la cuestión yace una aceptación implícita de la inevitable incertidumbre del derecho, que en el ordenamiento democrático sólo puede contrastarse legítimamente mediante el establecimiento de criterios rigurosamente objetivos que hagan posible llegar a la ‘certeza del Juez’ ”. Concluye señalando que junto al aspecto externo de garantía de la independencia, late también en este principio un interés fundamental del propio Juez: “el de que no se vea arbitrariamente alterado su ámbito de conocimiento, el de saberse en definitiva colocado en posición de igualdad junto a todos los demás Jueces de su misma esfera de jurisdicción, frente a todas las situaciones de hecho eventualmente justiciables”. ANDRÉS IBÁÑEZ, P. y MOVILLA ÁLVAREZ, C., *El Poder Judicial*, op. cit., págs. 127-132.

²⁵⁶ El término “ajenación” aparece recogido en el Diccionario de Uso del Español de María Moliner, Tomo I, Gredos, Madrid, 1988.

el Juez no tenga más interés objetivo que autotutelar el propio ordenamiento jurídico que aplica.

Para que la imposición de la pena sea un acto racionalmente aceptable es preciso, además, que sea un tercero ajeno a las partes y a los intereses en juego quien despeje, a través de la decisión, los irreductibles elementos de incertidumbre que se presentan en todo acto jurisdiccional de aplicación del Derecho a hechos jurídicos, pues la incertidumbre aquí no nace sólo del debate acerca de los efectos queridos por la norma, sino también acerca de si el hecho mismo previsto en la norma, que es presupuesto de sus previsiones, ha acaecido o no. Sólo si la decisión procede de un tercero *supra partes* cuya autoridad es previamente determinada y asumida, lograremos la aceptación de los pronunciamientos judiciales por sus destinatarios y el resto de la sociedad.

Por tanto, la idea central que aquí se analiza es la de *ajenación* del Juez como elemento y garantía esencial de la exigencia de imparcialidad judicial²⁵⁷. Es esta una característica que se predica del titular de la potestad jurisdiccional. No se trata ahora de una idea abstracta que tiene que ver con el *status* normativo de la autoridad judicial, sino referida a las exigencias del caso concreto, al Juez del caso, a los intereses debatidos y a los protagonistas del debate. Según la misma, el Juez del asunto concreto no puede ser parte, no puede tomar partido y no puede tener, ni haber tenido, relación relevante con ninguna de las partes ni con el objeto del debate cuya dirección y resolución se le encomienda. El Juez no debe tener ningún interés particular en una u otra solución de la controversia que está llamado a resolver, pues

²⁵⁷ “Fuera de los principios políticos que en un concreto momento histórico conformen y rijan la estructura y organización de los órganos jurisdiccionales del Estado, el primero de los requisitos estructurales que ha de cumplir necesariamente cualquier Juez o Tribunal, para poder ser considerado como tal, es el carácter o condición de tercero ajeno al conflicto que ante él planteen las partes procesales demandando su resolución. La imparcialidad es exigencia ineludible para desempeñar un papel *super partes*, como corresponde al Juez en esta fórmula heterocompositiva de resolución de conflictos”. MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, *op. cit.*, pág. 94.

su función consiste, únicamente, en afirmar cual de las pretensiones procesales puede ser tenida por verdadera y cual por falsa.

Se puede hablar de una imparcialidad *personal*, cuando el objeto de atención viene referido al Juez del caso, en el sentido de que no puede estar, ni haber estado, en posición de parte, es decir, anímicamente o estructuralmente alineado con ninguna de las partes. Esa imparcialidad sólo puede valorarse en función de la existencia de garantías que permitan suponer que el Juez del caso es siempre un tercero, actúa en posición de tercero y puede ser visto como un tercero ajeno a las partes y sus intereses.

B. La configuración del litigio en el proceso penal

La ajenación respecto de las partes exige definir quiénes son y qué intereses portan. El Derecho penal no regula conflictos intersubjetivos por más que se dirija siempre a tutelar bienes jurídicos. En unos casos los titulares de esos bienes jurídicos son los particulares, y por eso la infracción penal se nos presenta coloquialmente como una agresión a un ciudadano —la víctima—, pero es fácil comprender que no siempre es así porque la titularidad de los bienes jurídicos protegidos no es invariablemente individual sino que con mayor frecuencia es colectiva (se habla en ese sentido de “delitos sin víctima” o de la necesidad de protección de “intereses difusos”). Pero aun cuando sí lo sea, y el delito *aparezca* como un conflicto entre particulares, la relación jurídica que se establece en el proceso penal no se da entre el autor del delito y la víctima²⁵⁸.

La configuración del *ius puniendi* como una facultad estatal, las precauciones frente a sus potenciales excesos, la creación de un órgano del Estado —el Ministerio Fiscal— preordenado a promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad,

la definición del derecho de acción penal del particular como un *ius ut procedatur*²⁵⁹, es decir, como una manifestación específica del derecho a la jurisdicción, la inexistencia de relación jurídica material penal entre el autor y la víctima pese a que la regulación de los efectos del delito tengan también su reparación como objetivo, y, en definitiva, la inexistencia de un derecho subjetivo a penar, son las notas que caracterizan el debate que en el juicio penal se dirime. Preciso es tenerlo en cuenta para poder concretar a qué viene referida la ajenación que es exigible al Juez del caso.

Ya cité antes a BECCARIA para poner de relieve que en el enjuiciamiento de la infracción penal “la sociedad se divide en dos partes”: una que afirma la comisión del delito y otra que la niega. Conforme a esa imagen, el proceso penal se estructura en torno a dos posiciones enfrentadas: el acusador y el acusado. En nada se modifica esta estructura por el hecho de que cualquiera de las dos partes sea múltiple: es posible —en nuestro sistema lo es— que la acusación no sea un monopolio del Estado sino que se den cabida en esa parte del estrado a la víctima o a cualquier otro ciudadano con o sin interés legítimo; es posible también que los acusados sean

²⁵⁸ Vid. MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op. cit., págs. 21-22 y 99 a 110. Vid. en este sentido, muy especialmente, las SSTC 41/1997 y 21/2000.

²⁵⁹ STC 31/1996, fundamento jurídico 10: “Como dijo el Pleno de este Tribunal, en la STC 157/1990, cuyo fundamento jurídico 4. sintetizó una firme línea jurisprudencial en este sentido, no puede confundirse el derecho a la jurisdicción penal para instar la aplicación del ius puniendi con el derecho material a penar, de exclusiva naturaleza pública y cuya titularidad corresponde al Estado. Es cierto que nuestro ordenamiento prevé la acusación privada, por parte de los perjudicados por los hechos delictivos. Pero el derecho a la acción penal de los ciudadanos no garantiza el éxito de la pretensión punitiva de quien ejercita la acusación, ni obliga al Estado, titular del ius puniendi, a imponer sanciones penales con independencia de que concurren o no en cada caso las circunstancias determinantes de la pena (STC 83/1989, fundamento jurídico 2.). Por ende, la Constitución no otorga el derecho a obtener condenas penales. Son las leyes las que, en garantía de los derechos fundamentales, prevén el castigo de quienes los vulneran (art. 25.1 CE). Y son los Tribunales penales los competentes para enjuiciar los hechos presentados por la acusación y la defensa, y para interpretar y aplicar la ley penal (SSTC 89/1983, fundamento jurídico 3., y 128/1995, fundamento jurídico 4.). Más aún, el ejercicio de la acción penal no comporta tampoco un derecho incondicionado a la apertura y plena sustanciación del proceso, sino solamente a un pronunciamiento motivado del Juez sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando, en su caso, las razones por las que inadmite su tramitación (STC 157/1990, fundamento jurídico 4., que se hace eco de las SSTC 108/1983 y 148/1987).”

varios. Esta multiplicidad no varía la estructura contradictoria en la que se inserta al Juez.

Al Juez le compete dirigir y dirimir un conflicto entre dos partes que se enfrentan, ambas portadoras de interés legítimos *in abstracto*, pero conflictivos en concreto: una, la acusación, que afirma la comisión de un delito y reclama la aplicación del ordenamiento jurídico, es decir, su tutela frente a la infracción; otra — el acusado— de quien se afirma la comisión de un delito, y que reclama la tutela frente a los castigos arbitrarios.

El acusador no reclama un derecho propio sino la afirmación del ordenamiento jurídico, que en el ámbito penal ya conlleva la imposición de las consecuencias jurídicas del delito. El acusado sólo puede ser identificado por haber sido señalado por la acusación: es el particular sobre quien se reclama la actuación de la potestad punitiva, y aunque admita los hechos —confesión— o acepte su responsabilidad penal —conformidad—, es obligación del Juez protegerle frente a castigos arbitrarios, aquellos que se pretenden imponer más allá de lo previsto por el ordenamiento o al margen de las reglas y cauces establecidas en el ordenamiento.

Estructurado así el proceso, la imparcialidad del Juez respecto de los fines perseguidos por las partes ha de ser tanto personal como institucional: el Juez ha de no tener ningún interés privado o personal en la causa²⁶⁰ —desinterés subjetivo— ni tampoco puede tener un interés público o institucional distinto de determinar el Derecho en el caso concreto —desinterés objetivo—²⁶¹.

²⁶⁰ Para FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, pág. 581, la idea de imparcialidad personal expresa la idea de Hobbes según la cual “nadie puede ser Juez de su propia causa”, por lo que nadie debe ser árbitro si para él resulta aparentemente un mayor provecho, de cualquier signo, por la victoria de una parte sobre la otra. La recusación es el instrumento a través del que se hace valer este principio, y por ello el autor predica que ésta sea “tan libre como sea posible para el imputado” pues éste no debe albergar la posibilidad de ningún temor de que el Juez sea su enemigo.

²⁶¹ Para MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, *op. cit.*, pág. 55, lo característico de la jurisdicción es que actúa no sólo con desinterés subjetivo —sin interés personal y propio en el asunto concreto— lo que es común al resto de

C. *Las denominadas perspectivas objetiva y "subjetiva de la imparcialidad del juez*

El análisis de las exigencias de imparcialidad personal, en el contexto en que han sido planteadas, ha de empezar por expresar la disconformidad con el método habitual con el que doctrina y jurisprudencia se acercan a sus contenidos.

Me estoy refiriendo a los supuestamente existentes contenidos objetivo y subjetivo de la imparcialidad personal del Juez. En nuestro entender²⁶² es ésta una compartimentación errónea que ha provocado una importante confusión en el análisis de esta materia. Trataré de explicar esta conclusión describiendo, esquemáticamente, la cuestión tal y como vine siendo planteada.

a) *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

Es cierto que el TEDH al analizar en aplicación del art. 6.1 CEDH las quejas de los recurrentes sobre el carácter *imparcial* del Tribunal que resuelve el caso concreto ha dicho, concretamente en el caso Piersack, ya citado, lo siguiente: "Si la imparcialidad se define ordinariamente por la ausencia de prejuicios o parcialidades, su existencia puede ser apreciada (...) de diversas maneras. Se puede distinguir así entre un aspecto subjetivo, que trata de averiguar la convicción personal de un Juez determinado en un caso concreto, y un aspecto objetivo, que se refiere a si éste ofrece las garantías suficientes para excluir cualquier duda razonable al respecto".

funcionarios públicos, sino que ha de actuar también con desinterés objetivo, ya que "con su decisión no pretende ni siquiera servir a una determinada concepción de cual es la mejor manera de servir el interés general o público (...) ya que no aspiran a trascender a fines distintos de la mera actuación de la ley en el caso concreto".

²⁶² Crítica formulada por primera vez por TOMÁS VIVES respecto del TEDH cuya doctrina asumió el TC y que, sin embargo, tiene el mérito indudable de no enfrentarse a la decisiones del TEDH sino sólo al uso erróneo de los conceptos. Cfr. VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, (II) La reforma del proceso penal, op. cit.*, págs. 63-76.

Sobre el primer aspecto —el de la convicción personal del Juez— es reiterada la tesis del TEDH conforme a la cual la imparcialidad personal se presume y cualquier alegación en ese sentido que ponga en duda la imparcialidad ha de ser probada.

Sobre el segundo aspecto, el denominado *objetivo*, que hace referencia a si un Juez concreto ofrece *garantías* suficientes de imparcialidad que permitan excluir cualquier duda *razonable*, el Tribunal Europeo ha recordado: a) que las apariencias son importantes en esta materia porque lo que está en juego es la propia legitimación de los Tribunales en su actuación, b) que por eso bastan las dudas de imparcialidad para excluir al Juez sospechoso, c) que son trascendentales los criterios de carácter organizativo de la actuación judicial, de forma que no es preciso comprobar sus resultados sobre la convicción personal del Juez, por ello se puede afirmar que el ejercicio previo en el proceso de determinadas funciones procesales puede provocar dudas de parcialidad.

Por tanto, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se ha limitado a ofrecer un método de análisis acerca del cumplimiento de las exigencias de imparcialidad, pero no ha definido el contenido de ésta. No ha dicho que haya un aspecto subjetivo y otro objetivo de la imparcialidad sino que ésta “puede ser apreciada” tratando de indagar la convicción personal del Juez —sus condiciones para actuar con ecuanimidad y objetividad en el caso concreto— o examinando las garantías puestas al servicio de una actuación imparcial. Son por ello, cuestiones de método en las que laten otras de contenido material que no se expresan por el TEDH.

Especialmente esclarecedora al respecto es la STEDH de 26 de octubre de 1984, dictada en el caso De Cubber c. Bélgica (se analiza si es juicio justo el proceso penal belga en el que el Juez instructor forma parte también del Tribunal de enjuiciamiento). En sus §§ 24, 25 y 26 se hace aplicación y aclaración de la dictada en el caso Piersack. En la perspectiva “subjetiva” de análisis se sustituye la expresión “averiguar la convicción personal” por la de “determinar lo que tal Juez pensaba en su fuero interno en tal ocasión” que se anuda a la existencia de animadversión,

hostilidad o malevolencia, o interés en haber sido designado Juez de la causa. La perspectiva objetiva se llena aquí con el estudio de “consideraciones de carácter funcional y orgánico” atinentes al grado de independencia del poder ejecutivo del Juez instructor, a su calidad o no de parte por ejercer funciones acusatorias, a la extensión de las atribuciones de indagación conferidas al Juez instructor y al carácter secreto y no contradictorio de sus actuaciones, o al hecho de que el instructor conoce anticipadamente las conclusiones de la investigación, por lo que, se concluye, que valoradas todas estas peculiaridades, desde un punto de vista *objetivo*, el inculpado puede tener fundadas sospechas de la imparcialidad del juzgador porque decretó su prisión preventiva y le interrogó frecuentemente con la preocupación de descubrir la verdad, lo que puede hacer pensar al acusado que la opinión de este Juez, formada con carácter previo al juicio oral, va a ser decisiva en la conformación del juicio del Tribunal penal.

De la misma forma la STEDH de 24 de mayo de 1989, en el caso Hauschildt c. Dinamarca, utilizó esta doble perspectiva, al contestar una demanda de un ciudadano danés que puso el acento en el prejuicio que en el Tribunal penal podía generar el hecho de que se integrara en él un Juez que había sido antes fiscalizador de la fase de investigación del delito. Toda la resolución gira en torno a la presencia o ausencia de prejuicios relevantes, y aún la presencia de éstos se analiza en esa doble vertiente: la subjetiva, dirigida a conocer, a través de la conducta personal del Juez si éste había prejuzgado la cuestión cuando se inició el juicio (§§ 46-48), y la objetiva, denominada en esta resolución “criterio objetivo (...) consistente en determinar si, con independencia de la conducta personal del Juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad”. El TEDH desde esta perspectiva objetiva, exige que los temores sobre la imparcialidad del Tribunal estén objetivamente justificados para entender lesionado el art. 6.1 del Convenio.²⁶³

²⁶³ En esta resolución el TEDH afirma que no basta para justificar los temores sobre la imparcialidad con que el Juez del fallo haya previamente realizado ciertas tareas en la fase de averiguación al juicio, pues en el caso analizado, tales tareas se realizaron en calidad de Juez independiente, a petición de la policía y previa audiencia del afectado, no correspondiendo al Juez de

Sin embargo, como veremos, esta distinción referida al método de análisis de la imparcialidad judicial, cuyo contenido no se define en las sentencias analizadas, ha hecho fortuna doctrinal y jurisprudencialmente, y se ha trasladado a la definición de su contenido material extendiendo así un manto de confusión sobre el mismo.

b) Tribunal Constitucional

A esta confusión ha contribuido, sin duda, el Tribunal Constitucional, al importar la construcción de forma equivocada. En efecto, aunque en las primeras resoluciones en los que se abordaron cuestiones relacionadas con la imparcialidad del Tribunal —específicamente referidas a la legal composición del mismo, en el marco del derecho al Juez legal— se anticipó que las exigencias de imparcialidad personal del Juez hacían referencia a su idoneidad en el caso concreto “que se mide no sólo por las condiciones subjetivas de ecuanimidad y rectitud, sino también por las de desinterés y neutralidad” (STC 47/1982), no se va a profundizar nunca más en estos conceptos de desinterés y neutralidad, que son los que en nuestra opinión definen la imparcialidad personal.

Y aún más, cuando se importan las perspectivas objetiva y subjetiva utilizadas por el TEDH no se hace como un simple método de análisis, sino como expresión de un contenido material. Ya en la crucial STC 145/1988 se habla de que el art. 54.12 de la LECrim, causa de recusación consistente en haber sido el Juez del fallo previamente instructor de la causa, “busca preservar la llamada imparcialidad

la instrucción ni preparar el juicio ni resolver si ha de juzgarse al acusado. Además en el caso analizado, reforzaba la apariencia de imparcialidad el hecho de que las cuestiones acerca de las que se había pronunciado el Juez en la fase previa no fueran las mismas sobre las que debía pronunciarse el fallo definitivo ya que las sospechas que justifican una medida cautelar no son las mismas que justifican una condena. No obstante estos razonamientos, la Sentencia acaba apreciando violación del art. 6.1 CEDH porque tanto el Juez que previamente había fiscalizado la instrucción como el Tribunal del fallo habían prolongado la medida de prisión al entender que existían “sospechas confirmadas” de que el acusado había cometido el delito, es decir estaban convencidos de que “era muy clara la culpabilidad” y habida cuenta la “pequeña diferencia” entre el objeto de dicha resolución y el del propio juicio penal se entiende que la imparcialidad del Tribunal suscitaba dudas objetivamente justificadas.

‘objetiva’, es decir, aquella cuyo posible quebrantamiento no deriva de la relación que el Juez haya tenido o tenga con las partes, sino de su relación con el objeto del proceso”.

Al importar la jurisprudencia europea, el contenido del aspecto subjetivo pasa de examinar la convicción personal del Juez —expresión del TEDH— a la relación con las partes —según el Tribunal Constitucional—, y la perspectiva objetiva, referida a la existencia de garantías dirigidas a evitar temores sobre la parcialidad del Tribunal —expresión del Tribunal de Estrasburgo— se transforma en el análisis de la relación del Juez con el objeto del proceso²⁶⁴.

Al propio Tribunal Constitucional le cuesta mantener la coherencia con esta doctrina pues constantemente, en las cuestiones que se someten a su consideración, aparecen mezclados aspectos objetivos y subjetivos. La relación del Juez con las partes se puede manifestar en un prejuicio o en una apariencia, las relaciones con el objeto pueden provocar un prejuicio en la convicción personal del Juez o una apariencia fundada de parcialidad. No parece que aporte nada, ni sobre todo, que aclare nada, clasificar las exigencias de imparcialidad con relación a la naturaleza de las causas que la provocan —que es lo que hace el Tribunal Constitucional— y llamar imparcialidad subjetiva a la que tiene que ver con las relaciones del Juez con las partes e imparcialidad objetiva a la que tiene que ver con las que mantiene con el objeto del proceso. Sobre todo porque nada nos dice esta clasificación sobre qué aspecto de esas relaciones es el que puede hacer surgir dudas de imparcialidad.

²⁶⁴ Paradigmática de esta concepción es la STC 32/1994, cuyo pronunciamiento se reitera en las SSTC 6/1997 y 64/1997, según las cuales “Ciertamente este Tribunal ha incluido en el ámbito del derecho a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la Constitución, el derecho a un Juez imparcial (por todas, SSTC 145/1988 y 164/1988). Desde el principio, y con apoyo en la jurisprudencia del TEDH (casos Piersack, de 1 de octubre de 1982, y de Cubber, de 26 de octubre de 1984), hemos distinguido en este derecho una doble vertiente: la subjetiva, que trata de evitar la parcialidad de criterio del Juez —o su mera sospecha— derivada de sus relaciones con las partes, y la objetiva, que trata de evitar esa misma parcialidad derivada de su relación personal con el objeto del proceso o de su relación orgánica o funcional con el mismo.”

La imparcialidad puede quedar en duda cuando se constatan relaciones con las partes o con el objeto, pero ¿qué tipo de relaciones es la que hace surgir las dudas de imparcialidad?. Como veremos más adelante la idea central de esta construcción jurisprudencial gira en torno a la idea de *prejuicio*. Se trata de evitar que el Juez acuda a la fase de juicio oral con impresiones o prejuicios o que exista la apariencia de que esos prejuicios existan —STC 145/1988—, se trata de excluir al Juez que se haya formado una determinada convicción acerca de la participación del imputado en el hecho punible —STC 106/1989—, se intenta evitar que el ánimo y la decisión del Juez se formen fuera del conocimiento del asunto en el momento del juicio oral —STC 164/1988—.

Quienes ponemos el acento en la idea de imparcialidad como suma del desinterés objetivo de la función desempeñada —que no es otra que decir el Derecho—, y del desinterés subjetivo del órgano decisor —como expresión de la ajenación del Juez a los intereses de las partes y al objeto del proceso— entendemos que esta dicotomía no genera nada más que confusión, y debe ser abandonada. Pues en efecto si llamamos Juez imparcial a aquel que resuelve el conflicto con arreglo a Derecho, es decir, sin que circunstancia alguna al ejercicio de esa función influya en su decisión, habrá que convenir en que la existencia o no de esas influencias es algo subjetivo, por lo que sólo podrá apreciarse cuando tales circunstancias aparecen exteriorizadas o el propio Juez exterioriza su criterio formado por razones ajenas al Derecho aplicado.

Por ello la plasmación normativa de este aspecto de la imparcialidad —que es subjetivo porque tiene que ver con cómo y sobre qué base se forma la convicción del juzgador—, se lleva a cabo estableciendo una relación de situaciones que pueden constatarse objetivamente, en virtud de las cuales se afirma normativamente la apariencia de parcialidad del juzgador dando lugar a su abstención y recusación. Esa relación de situaciones si podrá ser clasificada en función de que atienda a la relación del Juez con las partes —causas subjetivas de pérdida de la imparcialidad— o a la relación del Juez con el objeto del proceso —causas objetivas de pérdida de la imparcialidad— en las cuales se aprecia la posibilidad de que el Juez pueda obtener

algún beneficio o algún perjuicio según sea el contenido o signo de la decisión que adopte. La ley no necesita —porque es imposible— tratar de conocer el ánimo del juzgador en el caso concreto, basta con que concurra alguna causa que le haga aparecer como no ajeno al objeto del litigio o a las partes que en él participan, para que sea apartado del mismo.

Coincido con VIVES ANTÓN en rechazar las supuestas dimensiones subjetiva y objetiva de la imparcialidad. Son construcciones dogmáticas que lejos de ayudar a aclarar el significado de los términos jurídicos nos llevan a encadenar errores en los análisis, a hacernos las preguntas equivocadas, pues hay que caer en la cuenta que desde la denominada perspectiva subjetiva lo que ocurre en la mente del Juzgador (algo que por naturaleza es inaprehensible) es vital, mientras que la vertiente objetiva —la posibilidad de que existan dudas legítimas sobre la imparcialidad del juzgador— se resuelve en algo tan difícil de concretar como las “apariencias” o “sospechas” de parcialidad. Pero con estos conceptos seguimos sin conocer el criterio de juicio que convierte en fundadas las dudas de parcialidad.

Además, la perspectiva subjetiva —concebida como se concibe— sólo podría apreciarse por manifestaciones externas que la expresasen o implicasen claramente, con lo que quedaría “objetivada”, y se convertiría en una apariencia más que permitiría legítimamente dudar de la imparcialidad, es decir, en un análisis típico de la perspectiva objetiva. Por eso el autor prefiere los términos: imparcialidad “expresa y presunta”²⁶⁵.

Conforme a la concepción que aquí se mantiene, la ajenación del Juez frente a las partes o frente a sus intereses procesales —el objeto del proceso— se pierde cuando se toma partido y cuando se realizan funciones de parte, es decir, cuando existe una parcialidad anímica exteriorizada o una parcialidad estructural en el

²⁶⁵ VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, (II) *La reforma del proceso penal*, *op. cit.*, pág. 67. Para este autor, con el que coincidimos, lo que delimita el concepto de Juez en la tradición constitucional es la nota de *no ser parte*, porque ese no ser parte es lo que legitima su actuación frente a la autotutela de los contendientes.

proceso. En ambos casos se trata de una parcialidad externa, constatable, aprehensible, que no se basa en la ausencia de prejuicios, sino que sólo exige, y no es poco, que no se haya tomado partido por ninguno de los litigantes bien por situaciones ajenas al proceso o derivadas de su propia estructura²⁶⁶.

D. *Imparcialidad y prejuicios*

Hemos visto que la idea central en torno a la que gira la exigencia de imparcialidad en la doctrina y la jurisprudencia es la ausencia de prejuicios²⁶⁷. Sin

²⁶⁶ *Ibid.*, pág. 69, "(...) la imparcialidad del Juez consiste en no estar —en general— ni haber estado —en el caso concreto— en posición de parte. Y se está en posición de parte cuando anímicamente se toma o ha tomado partido de modo visible —exteriorizado— a favor o en contra de alguno de los litigantes, o cuando, exista o no una parcialidad anímica, se desarrolla o se ha desarrollado una actividad, o se desempeña o se ha desempeñado una función estructuralmente alineada a uno u otro lado de la contienda."

²⁶⁷ Expresiva de esta idea es la STC 157/1993, cuando señala: "Importa recordar también el sentido constitucional que tiene, en el proceso penal, la imparcialidad objetiva, única que aquí interesa. Tal sentido no es otro que el de asegurar que los Jueces y Magistrados que intervengan en la resolución de la causa se acerquen a la misma sin prevenciones ni prejuicios que en su ánimo pudieran quizá existir a raíz de una relación o contacto previos con el objeto del proceso, por haber sido instructores de la causa (SSTC 145/1988, 164/1988, 11/1989, 106/1989, 55/1990, 98/1990, 138/1991, 151/1991, 113/1992 y 136/1992), por haber ostentado, con anterioridad, la condición de acusadores (STC 180/1991) o, en fin, por su previa intervención en otra instancia del proceso (STC 230/1992). Tales son los supuestos de imparcialidad objetiva hasta ahora considerados en la jurisprudencia constitucional, si bien nuestra legislación extiende a otras hipótesis —a otros casos de previa relación con el objeto de la causa— la garantía que consideramos (arts. 219 LOPJ y 54 LECrim). Ante cualquiera de estos supuestos legales procede, así, la abstención del Juez y cabe, también, su recusación; remedios, uno y otro, que sirven para asegurar de este modo la exigencia de imparcialidad del Juez que se deriva del art. 24.2 CE y la confianza misma de los justiciables (ante todo de los acusados: STC 136/1992) en una justicia objetiva y libre, por lo tanto, de toda sombra de prejuicio o prevención. (...) A los fines de la garantía de las exigencias de imparcialidad objetiva que derivan del art. 24.2 CE, el art. 219.10 LOPJ configura como causas de abstención y, en su caso, de recusación del Juez —vale recordar— las de 'haber actuado como instructor de la causa penal o haber resuelto el pleito o causa en anterior instancia'. La garantía de la imparcialidad objetiva así asegurada tiene en ambos casos —a los solos efectos que aquí importan— un común sentido, por demás evidente: la ley quiere evitar, en un supuesto y en otro, que influya en el juicio o en la resolución del recurso la convicción previa que un Juez se haya formado sobre el fondo del asunto al decidir en anterior instancia o, incluso, al realizar actos de investigación como instructor. Tales convicciones previas no merecen, en sí mismas, tacha alguna, pero la sola posibilidad de que se proyecten en el ulterior enjuiciamiento, o en el recurso que proceda, pone en riesgo el derecho del justiciable a obtener en uno u otro —en el juicio o en el recurso— una justicia imparcial. La ley, ante tal riesgo, no impone al Juez abandonar o superar las convicciones a las que así legítimamente llegó ni exige tampoco a los justiciables confiar en que esa superación se alcance. Más bien permite, mediante la abstención de

duda esta es una construcción deducida del tenor literal del concepto de imparcialidad y de los pronunciamientos jurisprudenciales emitidos al hilo de los riesgos más comunes para la imparcialidad —aquellos que provienen de haber participado el Juez en la investigación de los hechos— sin embargo, he de mostrar mi disconformidad con este criterio jurisprudencial y doctrinal²⁶⁸ tan generalizado como fundamento de la pérdida de imparcialidad. Trataré de expresar las razones.

La imparcialidad no puede ser equiparada a la ausencia de prejuicios: en primer lugar porque todos los tenemos, lo que imposibilitaría encontrar un sólo Juez imparcial. Además, si tal concepción fuera acertada quedaría sin fundamento el criterio del TEDH, asumido por el Tribunal Constitucional, según la cual la imparcialidad personal se presume. VIVES ANTÓN²⁶⁹ ha puesto de relieve la imposibilidad de indagar en la mente del juzgador, así como la existencia en la actividad judicial de relevantes manifestaciones de prejuicios que no son normativamente vistos como riesgos para la imparcialidad, ni tan siquiera para su apariencia. Al mismo tiempo, jueces que pueden ser tachados como objetivamente parciales, por estar incurso en causas de recusación, podrían juzgar imparcialmente

aqué o la recusación por éstos, que quede apartado del juicio o del recurso el Juez que ya se ha formado una convicción sobre la culpabilidad del acusado o que puede haberla adquirido en el curso de la instrucción.”

Sin embargo la *ratio* de esta resolución, en la que se cuestionaba la idoneidad del Juez que habiendo fallado en primera instancia se ve obligado a volver a fallar por haberse apreciado en la segunda instancia algún vicio *in procedendo* —ex. art. 796.2 LECrim—, es que no es relevante la previa convicción públicamente expuesta a la hora de realizar el segundo enjuiciamiento, y que por ello, no es causa de abstención obligada haber tenido conocimiento de las actuaciones o de su contenido, ni haberse pronunciado públicamente sobre la misma expresando en sentencia el criterio sobre el litigio, pues esa segunda sentencia dictada por el mismo Juez lo que ha de hacer es analizar la incidencia que el vicio procesal detectado ha de tener en su propia convicción ya formada. El Tribunal no da relevancia a este auténtico prejuicio formado al dictar la primera sentencia, y aunque no lo señale, lo relevante, sin duda, es que esa convicción se formó en calidad de Juez, no en calidad de parte, por lo que se entiende no relevante para la imparcialidad (letras b) y c) del fundamento jurídico 3º.

²⁶⁸ Sin perjuicio de ulteriores referencias específicas, cabe mencionar entre la doctrina que considera que la imparcialidad gravita sobre la idea de prejuicio a PICÓ I JUNOY, J., “La imparcialidad objetiva del Juez a examen”, *La Ley*, núm. 4486, 1998, págs. 46-47; *Id.*, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998, págs. 88 y ss; SANTOS VIJANDE, J.Mª, “Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)”, *La Ley*, núm. 4719, 1999, págs., 5-6.

pese a los prejuicios si impusieran el criterio de juicio por encima de su convicción personal previa.

Sin embargo, la mayoría de los autores justifican las exigencias de imparcialidad judicial en la necesidad de preservar la objetividad del criterio del juzgador, ya que es su criterio, interpretando el grado de certeza que proporcionan las pruebas y las prescripciones de la ley, el que determina el sentido del juicio penal. Entienden por ello que lo esencial —el objeto de tutela— es que el juez penal emita su juicio “desapasionadamente”, en “condiciones psicológicas y anímicas que le permitan emitir un juicio objetivo” (el que se acomode a la hipótesis más plausible de las expuestas). Se habla por ello de la necesidad de ecuanimidad, de rectitud de criterio²⁷⁰, de objetividad y de neutralidad como términos sinónimos, aunque no todos significan lo mismo.

Y de esta idea, de esta aspiración de objetividad, se da un salto lógico a la idea de prejuicio como criterio único que provoca la pérdida de objetividad²⁷¹. En esa línea se llega a hablar de que el Juez debe realizar el juicio penal en condiciones de “ingenuidad”²⁷² porque quien tiene prejuicios no puede ser objetivo²⁷³.

²⁶⁹ VIVES ANTÓN, T.S., *Comentarios a la Ley de Medidas Urgentes de Reforma Procesal*, (II) *La reforma del proceso penal*, op. cit., pág. 66.

²⁷⁰ DIEGO DÍEZ, L.A. DE, “El principio el que instruye no debe juzgar como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, *Poder Judicial*, núm. 8, 1987.

²⁷¹ Según el Diccionario de la Real Academia Española prejuicio es “acción o efecto de prejuzgar” actividad que se define a su vez como “Juzgar de las cosas antes del tiempo oportuno, o sin tener de ellas cabal conocimiento”. Hay dos elementos en la definición: uno temporal —juzgar antes del momento oportuno—, otro cognoscitivo —no tener formado el adecuado conocimiento—. Otra cosa es lo que pretenda garantizar la regla probatoria —consustancial a la presunción de inocencia— según la cual sólo cabe formar la convicción judicial acerca de los hechos imputados conforme a las pruebas practicadas en el juicio oral, porque sólo en él hay contradicción, publicidad e intermediación. En tales casos estamos hablando de respetar una de las condiciones de imparcialidad del proceso, pero no refiriéndonos a una característica personal del Juez. Con esta última *ratio* los prejuicios sí aparecen como causa justificada de sospecha, pero referida a otros aspectos de la imparcialidad que más adelante examinaremos.

²⁷² Cabe situar en esta corriente a todos aquellos autores que conciben la esencia de la imparcialidad en evitar al “Juez prevenido”, o en una más jugosa expresión, al “Juez contaminado”. Sobre este concepto, y su justificación puede leerse, entre otros, DIEGO DÍEZ, L.A. DE, “El principio el que instruye no debe juzgar como garantía de imparcialidad en el enjuiciamiento penal”, *Poder*

Esta afirmación parece falaz. Los prejuicios, las opiniones previas al juicio (salvo que por unos y otras entendamos la animosidad o la inclinación en contra o a favor de una de las partes) no siempre hacen perder la objetividad. Es posible suponer que al menos en alguna ocasión los prejuicios sean acertados y correctos y que por ello lo que proporcionen sea una mejor información acerca de los orígenes y términos del conflicto: ¿podríamos afirmar entonces que estos prejuicios van a impedir juzgar con imparcialidad?. Sin duda que no.

Son únicamente determinados prejuicios los que pueden *hacer temer* fundadamente que se pierda la imparcialidad, ya que, como sabemos, no es exigible probar que ésta efectivamente se pierda: basta con que pueda fundadamente temerse que ello sea así.

Judicial, núm. 8, 1987 *op. cit.*; OLIVA SANTOS, A. DE LA, *Jueces imparciales, fiscales investigadores y nueva reforma para la vieja crisis de la justicia penal*, *op. cit.*; PICÓ I JUNOY, J., “La imparcialidad objetiva del Juez a examen”, *op. cit.*; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., “La inconstitucionalidad de la acumulación de funciones instructora y decisora, consecuencia del derecho a un Juez objetivamente imparcial”, *op. cit.*; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, *op. cit.*

MORENO CATENA, al comentar el derecho a la imparcialidad del juzgador con relación a la reforma de la LECrim operada por Ley 3/1967, que atribuía a un sólo Tribunal la instrucción y el fallo, asume la idea de “prejuicio” como central en la definición de la imparcialidad del Juez, y así podemos leer: “(...) la imparcialidad del juzgador padece desde el momento en que ha dirigido la instrucción y, preciso es reconocerlo solemnemente, la imparcialidad es una de las notas básicas que debe adornar el proceso, ejercicio de la potestad jurisdiccional, como principio fundamental de la jurisdicción. Para evitar el prejuicio, como uno de los logros más sobresalientes del sistema procesal penal mixto, se atribuye a dos órganos diferentes la instrucción y la resolución de los procesos penales (...)”. *Cfr.* MORENO CATENA, V., “Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal”, *op. cit.*, pág. 165. También en MORENO CATENA, V., ALMAGRO NOSETE, J., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *El nuevo proceso penal. Estudios sobre la ley Orgánica 7/1988*, *op. cit.*, pág. 15, se recoge esta idea al resaltar que “quien dirige la instrucción se ha formado ya para la fase de juicio oral una idea sobre la culpabilidad del acusado, según toda verosimilitud, y en estas condiciones es legítimo temer que, durante el juicio, el Magistrado no disponga de una entera libertad de criterio”, para concluir que ante la legítima duda objetiva sobre la imparcialidad del juzgador, debe acudirse a los mecanismos de abstención o recusación, para así “salvaguardar el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías, entre las que se encuentra en un lugar preponderante la de la imparcialidad del llamado a dictar sentencia” (pág. 16).

²⁷³ Parece que se tratara de buscar un Juez que no tenga nada en la cabeza (“an empty mind”), cuando lo decisivo es que se trate de un Juez con mente abierta (“an open mind”), capaz de comprender el sentido de su función superando las emociones personales que el enjuiciamiento le puede producir. Esta exigencia de ingenuidad sólo puede ser funcional a una de las exigencias del juicio justo, la relativa a la necesidad de contradicción sobre los argumentos en que se basa la convicción —las pruebas han de producirse en el juicio oral— mas poco tiene que ver con la imparcialidad (ver nota precedente acerca de la idea de prejuicio)

Quizás algunas preguntas permitan entender mejor los términos de esta exposición: ¿puede juzgar con imparcialidad una acusación por negligencia médica que ocasionó la muerte de un niño, un Juez cuyo propio hijo falleció anteriormente por negligencia médica?. ¿Puede ser considerado Juez imparcial de una acusación por desacato el Juez que en su tesis doctoral ha defendido la innecesariedad e inconstitucionalidad del delito de desacato?, ¿puede juzgar con imparcialidad una acusación por homicidio un Juez que presencié la comisión de ese homicidio?. Y aún más, ¿puede juzgar con imparcialidad una acusación de pederastia el Juez que acude a una cena-homenaje a las familias de los niños que sufrieron las agresiones?, ¿puede ser considerado Juez imparcial aquel que tras concurrir a unas elecciones con un partido político, le corresponde enjuiciar, tras volver a la jurisdicción, irregularidades fiscales cometidas por los responsables de ese partido político?, ¿puede ser considerado imparcial un Juez llamado a decidir sobre la recalificación urbanística de unos terrenos que a él mismo le interesa comprar para edificar?, ¿y si ha hecho público su deseo de comprar y edificar en la zona sometida a conflicto?

Y mucho más allá de si puede o no juzgar con imparcialidad: ¿los acusadores, los acusados y la ciudadanía en general considerarían a estos jueces idóneos, aptos para juzgar con imparcialidad?. Parece claro que en unos casos sí y en otros no. Mas en todos los casos se trata de jueces de los que fundadamente puede temerse que tengan prejuicios acerca del objeto de su enjuiciamiento o de las partes que intervienen en el debate. La respuesta a cada una de las interrogantes, por tanto, tiene poco que ver con la existencia o no de prejuicios, de criterios previos, porque en todos los supuestos expuestos los hay.

Entiendo, sin embargo, que es la fuente del prejuicio la que convierte éste en relevante a efectos de imparcialidad. Son sólo relevantes aquellos prejuicios que nacen de la relación que se tiene con las partes o con el objeto del juicio, pues sólo estos rompen la idea de ajenación consustancial a la función de juzgar. Por tanto, esos prejuicios son identificables, a la vez que rechazables, por su origen, por la fuente de donde provienen, y no por constituir una posibilidad de criterio anticipado. De aquí se deriva que no todos los prejuicios impiden juzgar con imparcialidad, y,

por tanto, la esencia, lo que permite identificar y hallar el nexo común de todas las situaciones de las que cabe afirmar que hacen perder o pueden hacer perder la imparcialidad para juzgar, se encuentra en la causa que ocasiona el prejuicio, y no en el prejuicio mismo.

Si el origen del prejuicio nace del contacto con las partes o del contacto con los intereses concretos del litigio (no los semejantes, ni los parecidos, ni los anteriores), no podrá afirmarse ni se aceptará la idoneidad del Juez. Es, por tanto, la exigencia de ajenación, la no-cercanía, el no-alineamiento, la inexistencia de colusión de intereses lo que da contenido a la idea de prejuicio. No es el conocimiento previo del objeto de un litigio lo que dificulta resolverlo con imparcialidad, sino las razones y la forma en que se obtuvo el conocimiento previo. Es la condición de “no parte” —y no la idea de ausencia de prejuicio— la que legitima y justifica la actuación jurisdiccional. Por tanto, es sólo el prejuicio que puede formarse desde la actuación de parte o de relación con las partes el que perjudica la imparcialidad. Es el estar o haber estado relacionado con las partes o sus intereses lo que hace ver al Juez como parcial.

Sólo hay una clase de prejuicios que, con independencia de la fuente, permiten dudar fundadamente de la idoneidad del juez para sentenciar un caso. Aquellos que se manifiestan pública y directamente sobre el objeto del juicio o las partes y que, nuevamente, hacen perder la confianza en su ajenación al caso y en la preeminencia del derecho como único criterio de juicio. Así lo explica el Tribunal Constitucional en la STC 162 /1999, FJº 9:

“(…) la respuesta a la queja planteada acerca de la imparcialidad del Tribunal exige determinar si la expresión de tan airado juicio de valor sobre el recurrente exteriorizó o no una toma de posición anímica en favor de la culpabilidad del acusado o convirtió en fundado el temor de que dicho Magistrado no utilizara como criterio de juicio el previsto por la ley, sino que podría sustituirlo por sus propias pasiones y desafectos, expresados en dichas declaraciones.

(...) Pese a que, por el contenido y momento en que se expresaron, cabe deducir que las manifestaciones controvertidas tenían como propósito básico defender el prestigio del Tribunal llamado a juzgar al recurrente, el mismo medio en que se expresaron las sospechas, el tenor, contundencia y radicalidad de la descalificación del recurrente que contenían permite fundar una sospecha legítima de parcialidad. Dicho de otro modo, el Sr. Movilla exteriorizó una convicción personal que le hizo aparecer como inidóneo para juzgar el caso”.

En cierto modo, la anterior resolución no supone una excepción a la regla anteriormente propuesta de la falta de relevancia intrínseca de los prejuicios, porque si se lee con detenimiento, lo que el Tribunal desvalora es la manifestación de una animadversión personal, es decir, la pérdida de ajenación respecto a una de las partes, lo que podía tomarse como prueba de la falta de exclusivo sometimiento a la ley como regla de juicio.

E. Exigencias personales y procesales de la imparcialidad del juez

Hechas estas precisiones estamos ya en condiciones de abordar brevemente las exigencias jurídicas dirigidas a garantizar la imparcialidad personal. Una vez más sólo a efectos expositivos, distinguiré aquellas que expresan notas que deben o no concurrir en la persona el Juez del caso, y aquellas otras que hacen referencia a las funciones procesales atribuidas al Juez en el proceso.

a) Exigencias personales de la imparcialidad del juez

Determinadas vinculaciones con las partes o con el objeto del proceso pueden convertir al Juez en parcial. A través de las exigencias personales de imparcialidad se trata de lograr que ningún Juez que tenga un interés particular propio en el asunto pueda intervenir en su resolución. La idea es muy simple: “nadie puede ser Juez y parte, nadie puede ser Juez de su propia causa”, por tanto, si algo propio se ventila en



el enjuiciamiento, no puede el Juez pronunciarse sobre el mismo. De lo que se trata es de que el Juez actúe con desinterés subjetivo —algo común a todas las funciones públicas— que se cumpla la misma con atención exclusiva a los fines perseguidos por el ordenamiento. No debe haber ningún interés privado del Juez que satisfacer con la resolución judicial.

La relación del Juez que le inhabilita para ejercer su función puede nacer de la existencia de vínculos con las propias partes —acusador o acusado— o con el objeto del proceso. En estos supuestos cabe incluir las causas de recusación previstas en los núms. 1º a 9º, 11º y 12º del art. 219 de la LOPJ que describen relaciones del Juez con las partes, o sus Letrados o Procuradores, que por poner de manifiesto una especial cercanía o una expresa animadversión, pueden ser exponentes de una toma de partido previa que impide juzgar con la debida imparcialidad (vínculo matrimonial, parentesco o relación afectiva semejante, relación de tutela o pupilaje, ser denunciante o haber sido denunciado, haber sido Letrado, acusador, testigo o perito en el propio litigio, mantener litigio pendiente, amistad íntima o enemistad manifiesta, tener interés directo o indirecto en el pleito, relación jerárquica, y haber ocupado cargo público anterior con ocasión del cual haya podido formar criterio sobre el litigio y sus intervinientes).

b) Exigencias procesales de la imparcialidad del juez

Es obvio que el Juez no es ni debe ser parte en el litigio concreto que resuelve. Sin embargo, lo usual es que al Juez del juicio no le corresponde sólo resolver el litigio sino también dirigir el debate previo a su resolución y también, en ocasiones, ordenar la sucesión de actos que va delimitando objetiva y subjetivamente el proceso. Como veremos a continuación la propia estructura del debate responde a un conjunto de principios y criterios que tratan de facilitar la resolución imparcial del mismo manteniendo en posición de equilibrio a las partes enfrentadas, pero ese equilibrio se romperá, y el Juez perderá su imparcialidad personal, si las funciones que se le atribuyen en el proceso le alinean con alguna de las partes. Se trata, por tanto, de

garantizar el desinterés objetivo del Juez, al que no debe corresponder sino dirigir y dirimir el debate, no asignándole en el proceso funciones de parte.

Mantenerse procesalmente al margen de las partes significa no tener atribuidas funciones que a éstas corresponden o que auxilian a los objetivos que las partes persiguen. Estas exigencias se traducen procesalmente en las siguientes reglas:

a') Sin acusación no hay juicio

La actividad jurisdiccional no puede ponerse en marcha sino a iniciativa de otros órganos del Estado distintos de los propios Jueces y Tribunales responsables del enjuiciamiento, o de los particulares que tengan legitimación procesal para hacerlo. La intervención del Juez sólo puede producirse si lo reclaman aquellos a quienes corresponde. El ordenamiento ha desdoblado la tutela jurisdiccional atribuyendo a un órgano la potestad de otorgarla y a otros la de promoverla. Esta regla no varía en el proceso penal pese a la presencia de un interés público en la averiguación de los delitos. Cuando históricamente el Juez se hace independiente y no le corresponde más función que decir el derecho, la actividad jurisdiccional queda condicionada a la existencia de una acusación que la sostenga.

b') El juez no puede acusar ni auxiliar a quien acusa

Este principio se ha considerado el núcleo esencial del modelo acusatorio. Supone la diferenciación entre quienes desarrollan funciones de enjuiciamiento y funciones de postulación, entre quienes pretenden algo en el proceso y quienes han de resolver si la pena ha de ser impuesta. De esta manera el Juez mantiene su condición de tercero ajeno a los intereses de las partes²⁷⁴, y el acusador, pese a ser un

²⁷⁴ La STC 54/1985 razonó en términos constitucionales esta exigencia al entenderla vigente en el juicio de faltas, de la siguiente forma: "El derecho a la tutela judicial efectiva que deben otorgar los Jueces y Tribunales, puesto en relación, por un lado, con el deber de los mismos de juzgar con

órgano del Estado no es sino una parte más del proceso, por más que esté obligada a satisfacer el interés público y no el particular. La separación ente acusación y defensa es una condición esencial de la imparcialidad, y conlleva consecuencias, que luego analizaré, en la distribución de la carga de la imputación y la carga de la prueba. La separación del Juez de la acusación es lo que configura el proceso penal como una estructura triangular alejando al Juez de los intereses contrapuestos que en él actúan.²⁷⁵

Es habitual considerar que es también consecuencia de este principio la prohibición de fundar el fallo en hechos distintos de los imputados o por una calificación jurídica distinta de la planteada por la acusación, pues se dice, en tales casos quien acusa es el Juez²⁷⁶. Sin embargo, esta es una cuestión que cabe situar con mayor precisión en el ámbito del derecho de defensa que en el debido respeto al principio de imparcialidad. Si la condena no puede recaer sobre hechos distintos de los imputados, y no puede fijarse una calificación jurídica de éstos distinta de la

independencia e imparcialidad los conflictos que le sometan las partes contradictoriamente —art. 117.1 y 3 de la CE—, y por otro, con la obligación de que exista una acusación dentro del peculiar sistema procesal penal, que impone como antes se señaló, la presencia y actuación del Ministerio Fiscal incluso en los juicios de faltas, en defensa de los intereses generales de la sociedad, y permite la actuación concurrente o no con aquél, de la acusación privada o popular tutelando intereses propios o ajenos —arts. 962, 965 y 969 de la LECrim—, determina la exigencia derivada de la Constitución de separar por regla general, y salvo circunstancias muy excepcionales, la función de juzgar de la de acusar, para alcanzar la mayor independencia y equilibrio del Juez, evitando que actúe como parte en el proceso contradictorio frente al acusado, cuando debe ser un órgano imparcial que ha de situarse por encima de las partes acusadoras e imputadas, para decidir justamente la controversia determinada por sus pretensiones con relación a la culpabilidad o inocencia, sin que por lo tanto pueda anular o sustituir las funciones oficiales pertenecientes al Fiscal o a las partes ofendidas o interesadas en ejercer la acusación por delitos o faltas, y sin perjuicio de realizar, en su caso, el derecho que le otorga el art. 733 de la LECrim antes indicado, para la fase de primera instancia únicamente.”

²⁷⁵ Para MONTERO AROCA, J. *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op. cit., pág. 96, “(...) no puede haber proceso si no hay acusación, y ésta no puede ser formulada por persona distinta de quien ha de juzgar estamos ante algo obvio, pues no existe verdadero proceso si se confunden los papeles de Juez y de acusador, y lo es hasta el extremo de que esta elemental consideración es la que ha llevado a que el Estado se desdoble en el proceso penal de modo que, por un lado actúa como acusador (ministerio público) y, por otro, como decisor (Juez o tribunal). Es tan elemental esta consecuencia que ni siquiera es precisa una norma constitucional que así lo disponga expresamente; al decidirse políticamente que el Derecho penal se actúa por los Tribunales y por medio del proceso, está ya implícito que los papeles de acusador y de juzgador no pueden confundirse en una única persona. Si hay proceso es porque hay dos partes parciales y un tercero imparcial.”

mantenida por la acusación, es porque la sentencia no puede apartarse, sin incurrir en indefensión, de los términos del debate fáctico y jurídico desarrollado en el proceso. Las razones que llevarían a la condena no habrían sido conocidas por el acusado, lo que lesionaría su derecho a conocer la acusación, y la posibilidad de defenderse frente a la misma refutándola, lo que en sí mismo constituye el núcleo duro del derecho de defensa²⁷⁷ y contradicción.²⁷⁸

²⁷⁶ *Ibidem.*

²⁷⁷ También en este sentido MORENO CATENA, V. considera que no sufre la debida imparcialidad del juzgador por el hecho de que plantee la “tesis” —art. 733 LECrim— pues la condena por una calificación distinta de la vertida y debatida en el juicio oral puede afectar al derecho de defensa, concretamente al derecho “a conocer la acusación”, más esta situación es la que se evita precisamente mediante el mecanismo establecido en el precepto procesal MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal, op. cit.*, págs. 564-566. Y así señala: “(...) no puede argumentarse finalmente (...) que el Tribunal, comprometiendo su obligada imparcialidad objetiva, se convierta en parte acusadora por el mero hecho de plantear la tesis, posibilidad que naturalmente admite el Tribunal Constitucional (STC 54/1985, de 18 de abril, FJº 6), ni que la tesis se convierte en acta de acusación cuando las partes acusadoras no la hagan suya y la sostenga en ese momento inmediatamente anterior a la sentencia. En puridad, el juzgador se limita a mudar la consideración jurídica que le merezcan los hechos objeto de acusación, haciendo uso del principio *iura novit curia*, que la propia jurisprudencia ha considerado vigente en el proceso penal”.

²⁷⁸ En la STC 225/1997 se analiza *in extenso* esta cuestión, señalando: “3. Forman parte indudable de las garantías que derivan del principio acusatorio las que son contenido del derecho a ser informado de la acusación; también, ahora en el ámbito del derecho de defensa, la garantía de que nadie puede ser condenado por cosa distinta de la que se le acusaba y de la que, por lo tanto, podía defenderse. Por ‘cosa’ en este contexto no puede entenderse únicamente un concreto devenir de acontecimientos, un *factum*, sino también la perspectiva jurídica que delimita de un cierto modo ese devenir y selecciona algunos de sus rasgos, pues el debate contradictorio recae ‘no sólo sobre los hechos sino también sobre su calificación jurídica’ ” (SSTC 12/1981, FJº 4; 95/1995, FJº 3).

Así expresaba la STC 53/1987 la relación entre principio acusatorio y derecho de defensa: “El principio acusatorio admite y presupone el derecho de defensa del imputado y, consecuentemente, la posibilidad de ‘contestación’ o rechazo de la acusación. Provoca en el proceso penal la aplicación de la contradicción, o sea, el enfrentamiento dialéctico entre las partes, y hace posible el conocer los argumentos de la otra parte, el manifestar ante el Juez los propios, el indicar los elementos fácticos y jurídicos que constituyen su base, y el ejercitar una actividad plena en el proceso” (fundamento jurídico 2º). Así pues, “nadie puede ser condenado si no se ha formulado contra él una acusación de la que haya tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria, estando, por ello, obligado el Juez o Tribunal a pronunciarse dentro de los términos del debate, tal y como han sido formulados por la acusación y la defensa, lo cual, a su vez, significa en última instancia que ha de existir siempre correlación entre la acusación y el fallo de la Sentencia” (SSTC 11/1992, FJº 3; 95/1995, FJº 2; 36/1996, FJº 4). De lo que se desprende que el debate procesal en el proceso penal “vincula al juzgador, impidiéndole excederse de los términos en que viene formulada la acusación o apreciar hechos o circunstancias que no han sido objeto de consideración en la misma, ni sobre las cuales, por lo tanto, el acusado ha tenido ocasión de defenderse (STC 205/1989, fundamento jurídico 2º; reiterado en la STC 161/1994)” (STC 95/1995, fundamento jurídico 2º).

c') *El juez no puede aportar prueba al proceso*

Esta regla es consecuencia lógica de los argumentos más arriba esbozados. Si el juicio justo se halla presidido desde su inicio por la presunción de inocencia, es a quien postule la actuación del poder estatal de penar a quien corresponde probar la certeza del presupuesto fáctico de la imposición de la pena. Es a quien acusa a quien corresponde probar la imputación, no es esta una función del Juez, que no es un investigador de la verdad sustancial inquisitiva, pues sólo corresponde dirigir el debate y dirimirlo. Si el Juez no puede aportar prueba es porque ésta es una función

Sin embargo, so pena de frustrar la solución más adecuada al conflicto que se ventila en el proceso, la sujeción de la condena a la acusación no puede ir tan lejos como para impedir que el órgano judicial modifique la calificación de los hechos enjuiciados en el ámbito de los elementos que han sido o han podido ser objeto de debate contradictorio. No existe infracción constitucional si el Juez valora los hechos “y los calibra de modo distinto a como venían siéndolo (STC 204/1986, recogiendo doctrina anterior), siempre, claro, que no se introduzca un elemento o dato nuevo al que la parte o partes, por su lógico desconocimiento, no hubieran podido referirse para contradecirlo en su caso” (STC 10/1988, fundamento jurídico 2º). En este sentido, “el órgano judicial, si así lo considera, no está vinculado por la tipificación o la imputación” que en la acusación se verifique (STC 11/1992, fundamento jurídico 3º).

A esto es a lo que se refieren los conceptos de identidad fáctica y de homogeneidad en la calificación jurídica: a la existencia de una analogía tal entre los elementos esenciales de los tipos delictivos que la acusación por un determinado delito posibilita también *per se* la defensa con relación a los homogéneos respecto a él. En palabras del ATC 244/1995, son delitos o faltas “generalmente homogéneos” los que “constituyan modalidades distintas pero cercanas dentro de la tipicidad penal, de tal suerte que, estando contenidos todos los elementos del segundo tipo en el tipo delictivo objeto de la acusación, no haya en la condena ningún elemento nuevo del que el acusado no haya podido defenderse” (fundamento jurídico 2º). Debe así advertirse, en primer lugar, que aquellos elementos no comprenden sólo el bien o interés protegido por la norma, sino también, obviamente, las formas de comportamiento respecto de las que se protegen; en segundo lugar, que podría no bastar que un elemento esencial constitutivo del tipo por el que se condena esté genéricamente contenido en el tipo por el que se acusa cuando esta genericidad sea tal que no posibilite un debate pleno y frontal acerca de su concurrencia. En suma, el apartamiento del órgano judicial de las calificaciones propuestas por la acusación “(...) requiere el cumplimiento de dos condiciones: una es la identidad del hecho punible, de forma que ‘el mismo hecho señalado por la acusación, que se debatió en el juicio contradictorio y que se declaró probado en la Sentencia de instancia, constituya el supuesto fáctico de la nueva calificación’. La segunda condición es que ambos delitos, el sentado en la Sentencia recurrida y el considerado como el más correcto por el Tribunal ante el que se ha recurrido aquella decisión ‘sean homogéneos, es decir, tengan la misma naturaleza, porque el hecho que configure los tipos correspondientes sea sustancialmente el mismo’ (STC 12/1981, fundamento jurídico 5º)” (STC 95/1995, fundamento jurídico 3º a).

de la acusación, y hacerlo le alinea con una de las partes en el litigio en detrimento de la debida imparcialidad²⁷⁹.

Poco importa, por tanto, que su resultado se someta a contradicción, que ésta verse sobre los hechos ya debatidos, o que la fuente de prueba haya surgido del propio proceso²⁸⁰. No es función del Juez acreditar ninguna de las versiones que se enfrentan en el debate procesal, y no precisa el Estado reforzar un órgano público — el Ministerio Fiscal— con otro órgano público más, el jurisdiccional, sin que éste último pierda su posición de árbitro. Quienes como DÍAZ CABIALE²⁸¹ defienden la posibilidad de que el Juez traiga de oficio prueba al proceso han de combatir el concepto entero de imparcialidad que aquí se maneja. En su opinión sólo el “Juez prevenido” y el Juez con interés directo en el objeto del debate son Jueces parciales, por ello no ve obstáculo alguno en que se faculte al Juez penal para aportar prueba. Sin duda son concepciones sustancialistas de la justicia penal las que laten tras estos argumentos. Concebido así el proceso penal, como un instrumento al servicio de satisfacer un inmanente e indefinido interés de *justicia* es lógico que no se pongan trabas al Juez, mas lo que radica en esta exposición es una distinta concepción de la figura del Juez que ya anteriormente desestimé como posible en el marco de un proceso constitucional justo²⁸².

²⁷⁹ En contra MONTERO AROCA, J., *Principios del proceso penal: una explicación basada en la razón*, op. cit., pág. 160-161, aunque no expresa razones para afirmar la posibilidad de que el Juez acuerde de oficio la práctica de la prueba. También, PICÓ I JUNOY, J., “Nuevas reflexiones en torno a la cuestionada iniciativa probatoria del juzgador penal”, *Justicia* 96, núm. 1, 1996, págs. 157 y ss.

²⁸⁰ PICÓ I JUNOY, J., “La imparcialidad objetiva del Juez a examen”, op. cit., págs. 1-3.

²⁸¹ DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, op. cit., pág. 414 a 421.

²⁸² En el mismo sentido, justifica la posibilidad de actuación probatoria de oficio en la búsqueda de la verdad material MAZA MARTÍN, J.M., “Posibilidades y límites de la actuación de oficio de Jueces y Tribunales durante el plenario”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXVIII, 1995, pág. 83. Sus palabras son suficientemente expresivas de una determinada ideología acerca del proceso penal: “El fundamento que en nuestro ordenamiento encuentra esta atribución a quien ha de juzgar de ciertas facultades de influencia directa en la producción del resultado probatorio, tanto de cargo como de descargo, a iniciativa propia, es evidente. La norma procesal básica, nuestra por tantas causas venerable Ley de Enjuiciamiento Criminal, es clara y reiterada en indicar la búsqueda de la verdad material como fin principal del procedimiento (principio de “oficialidad”), por lo que nada tiene de extraño que, ante la obtención de esa finalidad principal, no repare en atribuir competencias al

d') *El juez no puede haber investigado el hecho enjuiciado*

Es esta la regla sobre imparcialidad procesal más extensamente analizada y comentada²⁸³. Sin duda contribuyó a ello la declaración parcial de inconstitucionalidad de la Ley 10/1980 de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes, que impedía recusar al Juez del fallo por razón de haber sido instructor de la causa, lo que dio lugar, en nuestro ordenamiento, a una reforma del procedimiento penal para delitos menos graves con el nacimiento del procedimiento abreviado y la figura del Juez de lo Penal.

La cuestión había sido ya tratada específicamente por el TEDH en su Sentencia de 26 de octubre de 1984, caso De Cubber, en la que se apoyó la declaración de inconstitucionalidad comentada. Más tarde, sus pronunciamientos serán matizados en la STEDH de 24 de mayo de 1989, caso Hauschildt, en la que se toca indirectamente la cuestión pues se analiza si el ejercicio de las funciones de fiscalización de la

Tribunal que, a juicio del legislador, conduzcan a dicho fin.” En la misma línea SAAVEDRA RUIZ, J., “La iniciativa del tribunal en el acto del juicio oral. Alcance de los arts. 729 y 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. X, 1994, pág. 37-38, considera desmesuradamente ampliado el contenido de la imparcialidad objetiva cuando se exige la pasividad probatoria del Juez en el acto del juicio oral. Las razones de tal concepción vuelven a poner de relieve una concepción sustancialista del Derecho penal: “(...) el Juez no puede ser un destinatario pasivo del juicio por lo valores que hay en juego, porque no es posible tampoco fragmentar el principio de tutela judicial (acusado-víctima) y porque la búsqueda de la verdad material es una exigencia en sí misma de todo el proceso penal, siendo todo ello compatible con las garantías del acusado”.

²⁸³ Dando un paso más, algunos autores no sólo defienden que, por exigencias de imparcialidad, el Juez que investiga no puede juzgar, sino que entienden que ni siquiera debiera investigar, pues una concepción negativa del principio de exclusividad jurisdiccional debiera apartarles de dicha tarea no jurisdiccional. Así, MORENO CATENA, V., CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y GIMENO SENDRA, V., *Introducción al derecho procesal*, op. cit., págs. 90-91, señalan (...) la investigación de los delitos no es tarea que deba entenderse como función propia de los Jueces y Magistrados. Es evidente, por una parte, que la instrucción de los procesos penales no es una actividad contenida en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, del juicio y de la ejecución; por otra parte, tampoco es posible sostener que se trate de una actividad realizada en garantía de derecho alguno. (...) Por consiguiente, la investigación de las infracciones penales, es decir la instrucción para preparar el juicio oral, debe sustraerse de las atribuciones de los Juzgados y Tribunales en razón del principio constitucional de exclusividad negativa, y dado que dicha atribución no se corresponde con la función de garantía de derechos que puede ser ordenada por la ley, según previene la CE. Por consiguiente, la investigación de los delitos y faltas debería encomendarse, con ventaja para todo el sistema, al Ministerio Fiscal como órgano público llamado a sostener la acusación en el juicio oral que debe obtener los elementos probatorios a tal fin para practicarlos en el juicio oral y lograr el convencimiento del juzgador.

instrucción (atribuida en el sistema danés al Ministerio Fiscal, que actúa con ayuda de la policía), impiden al Juez que las ejerce integrarse posteriormente en el Tribunal de enjuiciamiento.

De estas resoluciones, interesa indagar su *ratio* por encima de su propio tenor literal ya que, sin duda, una lectura lineal de éste es lo que ha llevado a situar mayoritariamente el núcleo de la imparcialidad en la idea de ausencia de prejuicios, anteriormente refutada, olvidando otros pronunciamientos que se contienen en las referidas sentencias.

i) *La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

El TEDH, al analizar si las funciones de investigación atribuidas al Juez instructor belga —caso De Cubber— son aptas para crear en el acusado, o en el público en general, un temor fundado acerca de su debida imparcialidad para juzgar la cuestión de fondo, concluye que sí lo son, pese a reconocer que el Juez instructor no es un órgano de la acusación, que su función no consiste en determinar la culpabilidad y que la misión que se le encomienda es objetiva en la medida en que está obligado a recoger los datos obtenidos a favor o en contra de quien ejerce la acción penal. Por tanto, no es un problema de que quien acusa pretenda juzgar. Los temores surgen cuando se constata que orgánicamente el Juez instructor aparece encuadrado junto a los órganos de la acusación, actuando bajo la supervisión del Procurador general y pudiendo, en ocasiones, realizar por sí mismo actuaciones que competen a los acusadores públicos (§ 28). Además, los poderes de investigación que le son atribuidos son muy extensos, y ésta se realiza en secreto y sin contradicción, pudiendo llegar a decretar de oficio la detención preventiva (§ 29).

Se trata, en definitiva, de actuaciones encaminadas a preparar el juicio, y en nuestra opinión, auxiliares a la función acusatoria porque sirven a sus fines. Por ello este conocimiento previo al acto del juicio, adquirido al realizar funciones auxiliares

a los intereses de acusación, legitima la existencia de un temor fundado sobre la imparcialidad del Juez instructor.

Cinco años más tarde, al analizar el caso Hauschildt, el TEDH tiene ocasión de volver sobre la cuestión, analizando ahora si la realización previa de funciones de supervisión o fiscalización de la investigación es causa fundada que permita dudar legítimamente de la imparcialidad del Juez. No se trata ahora de un Juez de instrucción, sino de un “Juez para la instrucción” ya que ésta es competencia del Ministerio Público y la policía. Aunque el fallo final entiende violado el art. 6.1 del CEDH por lesión del derecho a un Juez imparcial, el Tribunal inicia su análisis poniendo de relieve las diferencias de este supuesto con los anteriormente analizados.

La cuestión que el Tribunal ha de resolver es si resulta legítimo temer que el conocimiento adquirido al fiscalizar la investigación sobre su resultado y sobre la personalidad del acusado se van a imponer sobre el peso de las pruebas y de los argumentos manejados en el acto del juicio oral. Y si ese mismo temor se extiende sobre aquellos Jueces que resolvieron anticipadamente sobre la prisión provisional y otras cuestiones procesales que se plantean en la fase de investigación (§ 43). Pese al fallo final estimatorio —fundado en la casi total identidad del veredicto de culpabilidad que se emite tras el juicio oral y el que se emitió en el caso concreto para fundar la prisión provisional basada en ser “muy clara la culpabilidad” (§ 52)—, el Tribunal tiene ocasión de aclarar que de no darse tal cuasi-identidad no se habría apreciado lesión del art. 6.1 CEDH (§ 50), porque las resoluciones de las que se queja el recurrente son estrictamente jurisdiccionales, dictadas por Jueces independientes y no dirigidas ni a preparar el juicio ni a resolver sobre si ha de ser juzgado el acusado; porque se adoptaron a petición de parte y tras audiencias públicas; porque recaen sobre aspectos distintos de los que componen el juicio de culpabilidad, ya que, por ejemplo, las medidas cautelares sólo han de valorar si las sospechas policiales tienen fundamento, lo que es distinto de decidir si las pruebas aportadas en el juicio acreditan la culpabilidad. El Tribunal europeo afirma tajantemente que no cabe confundir las sospechas con una declaración de

culpabilidad, y que por ello las dudas razonables que justifican la inidoneidad del Juez se producen cuando se pronuncia anticipadamente sobre un objeto de enjuiciamiento muy parecido al que se debate en el juicio oral.

La *ratio* del pronunciamiento es la similitud del juicio realizado en la fase de investigación y el que ha de hacerse en el juicio oral. Es decir, la toma de partido previa y pública acerca de la culpabilidad que se hace cuando se adopta la resolución comentada. De esta resolución interesa destacar su fundamento y algunos de sus pronunciamientos, pues permite extraer algunas conclusiones: es importante la índole de las funciones practicadas en la fase de instrucción, el pronunciamiento sobre el fundamento de las sospechas no justifica las dudas de parcialidad, es relevante para justificar la razonabilidad de las dudas que las funciones previas se realicen o no en calidad de Juez —con publicidad y contradicción—, es preciso que la actuación judicial previa no se dirija a preparar el juicio o a resolver sobre si ha de juzgarse al acusado.

ii) *La jurisprudencia del Tribunal Constitucional*

El Tribunal Constitucional parte de algunas de estas consideraciones y conforma hoy una línea consolidada de jurisprudencia. Comenzó señalando que “los aspectos relativos a la organización y constitución de los Tribunales, y especialmente la acumulación funcional de las competencias instructorias y de las puramente juzgadoras en un mismo órgano, pueden tener relevancia para determinar si se ha respetado o no la garantía de imparcialidad del juzgador” (STC 113/1987). La *ratio* de tal relevancia se fijó en que “la actividad instructora, en cuanto pone al que la lleva a cabo en contacto directo con el acusado y con los hechos y datos que deben servir para averiguar el delito y sus posibles responsables puede provocar en el ánimo del instructor, incluso a pesar de sus mejores deseos, prejuicios e impresiones a favor o en contra del acusado que influyan a la hora de sentenciar. Incluso, aunque ello no suceda, es difícil evitar la impresión de que el Juez no acomete la función de juzgar sin la plena imparcialidad que le es exigible” (STC 145/1988)

Era paso obligado definir en que consiste instruir un proceso penal y así se dijo en la misma sentencia: “puede definirse la instrucción, de acuerdo con el art. 299 de la LECrim, como ‘las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos’. Instructor de una causa, será, por tanto, el Juez que lleve a cabo esas actuaciones y participe de forma activa en la investigación. Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el Tribunal sentenciador tome las decisiones que le corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del encartado, quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructora y la juzgadora”.

La investigación directa es, por tanto, el núcleo de la actividad instructora que justifica el apartamiento del Juez. Son ejemplos de dicha actividad de investigación directa —conforme a la STC 145/1988— los siguientes: la toma de declaración al detenido, porque puede provocar una primera impresión sobre su culpabilidad o inocencia; las resoluciones sobre su situación personal de acuerdo con lo establecido en los arts. 503 y 504 de la LECrim, es decir, sobre la prisión provisional del detenido, ya que exige una valoración, por lo menos indiciaria, de la culpabilidad, consecuencia de la investigación; el deber de resolver el Juez en los casos de querrela y denuncia con arreglo a la LECrim, lo cual supone que el Juez debe proceder a la comprobación del hecho denunciado (art. 269 de la LECrim) o a practicar las diligencias propuestas en la querrela, salvo las que considere contrarias a las leyes o innecesarias o perjudiciales para el objeto de aquella (art. 312 de la LECrim); la celebración anticipada de las pruebas que no puedan practicarse en el juicio oral, y por último, la facultad judicial de acordar *ex officio* y practicar él mismo cualquiera de los actos de investigación establecidos en la LECrim e instrumentar formalmente

dicha actuación a través de las diligencias previas de los arts. 789 y siguientes de la misma Ley.

Resumido con palabras de la STC 11/1989, son actuaciones de investigación directa cuya práctica permite fundadamente dudar de la imparcialidad del Juez que las practica: el hecho de reunir el material necesario para que se celebre el juicio oral y el contacto directo y personal con las fuentes de ese material; la audiencia y declaración del detenido, que puede ser un verdadero interrogatorio; las decisiones sobre la situación personal del imputado; las comprobaciones necesarias para determinar si es o no delito el hecho objeto de querrela o denuncia; las actuaciones de oficio con carácter de investigación.

iii) Conclusiones

Para el Tribunal Constitucional es el contacto con el acusado y los hechos o datos que deben servir para averiguar el delito y sus responsables lo que puede provocar prejuicios e impresiones a favor o en contra que convierten al Juez en recusable. El resultado —el prejuicio— se convierte en el fundamento de la causa de recusación.

Sin embargo, la posición del TEDH es mucho más matizada y, en nuestra opinión, se funda otro tipo de argumentos. Según éstos, lo relevante es que dichos prejuicios e impresiones se han adquirido realizando actividades de determinada índole (las que sirven para preparar la acusación), por órganos alineados con la acusación ya que pueden realizar sus mismas funciones de investigación, las cuales realizan de forma no jurisdiccional —es decir, en secreto y sin contradicción—. La conclusión final es la misma que maneja el Tribunal Constitucional; según ella los prejuicios que surgen de la realización de tales actividades inhabilitan al Juez, pero entiendo que el auténtico fundamento de esta conclusión está en la fuente del prejuicio, en la alineación con la acusación y no en el hecho del conocimiento anticipado del objeto del litigio, pues éste se produce también con todos los actos de

fiscalización de la instrucción —resueltos en vía de recurso por el Tribunal del juicio, en muchas ocasiones— y, sin embargo, la mayoría de los mismos, si son jurisdiccionales, no inhabilitan al Juez para conocer de la pretensión de fondo, según se dice en el caso Hauschildt, ni por ello tal conocimiento anticipado por contacto con las fuentes de prueba, con el acusado o con los datos que arroja la investigación convierten a ese Juez en Juez parcial.

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

Las exigencias de ajenación se extienden a la toma de partido previa por alguna de las partes que intervienen en el litigio penal. Tal toma de posición pública, externa, puede llevarse a cabo informalmente —mediante declaraciones públicas— o formalmente —a través de alguna de las resoluciones que preceden al acto del juicio oral—. Esta es la *ratio* del caso Hauschildt como ha sido analizado en la regla anterior. Es legítimo dudar que el juicio de culpabilidad se funda en los argumentos y elementos de convicción valorados en el juicio oral cuando antes de que éstos se hayan expuesto, ya se ha hecho un pronunciamiento sobre la culpabilidad. Este debe hacerse en una resolución cuyo objeto tenga sólo una “pequeña diferencia”²⁸⁴ (la

²⁸⁴ Se aparta de esta doctrina la STC 320/1993, cuando considera que la adopción de cualquier medida cautelar provoca un riesgo de pérdida de la imparcialidad. Según la misma: “3. En aplicación de la anterior doctrina al supuesto de hecho que nos ocupa, resulta que el Instructor de la causa penal realizó, esencialmente, como actividades anteriores a la celebración del juicio, las siguientes: recibió declaración al denunciado, requirió al denunciante para que aportase el cheque recibido del acusado y solicitó de la correspondiente entidad bancaria el saldo de la cuenta corriente contra la que fue librado el talón. Pero, además, habida cuenta de la naturaleza y tipo de procedimiento penal en que se encuadran las anteriores actuaciones, adoptó también el Instructor otras decisiones ulteriores en la causa, esencialmente representadas por el Auto de apertura de juicio oral y las consecuentes medidas cautelares acordadas en el mismo, que se concretaron en este caso en la prestación de fianza respecto de las eventuales responsabilidades pecuniarias, el embargo de bienes del acusado y, en fin, en la libertad provisional del mismo por esa causa. Pues bien, al margen del carácter de instrucción que pudiera otorgarse a las primeras diligencias señaladas, es, esencialmente en este supuesto concreto, la adopción de las medidas cautelares citadas en el propio Auto de apertura del juicio oral, lo que determina la indudable actividad instructora llevada a cabo por el titular del órgano judicial. En efecto, constituye un común denominador de todas las medidas cautelares, penales y civiles, que puedan

expresión es del TEDH) con la que ha de llevarse a cabo en el juicio oral. Si el pronunciamiento formal es sobre otros aspectos, no se hace en calidad de parte o alineado con las partes y no auxilia a sus pretensiones, no legitima un temor fundado de parcialidad. Las medidas cautelares quedan en principio fuera de ese efecto inhabilitador, y también quedarían aquellas otras que se pronuncian únicamente sobre la verosimilitud de la denuncia, sobre la existencia de sospechas fundadas, e incluso, sobre la existencia de indicios racionales de criminalidad. El carácter provisional de tales pronunciamientos y su objeto —evaluar la suficiente probabilidad de las sospechas expresadas en la denuncia— y el hecho de que los mismos hayan sido pronunciados a petición de parte, serían argumentos a favor de su incapacidad para generar dudas de imparcialidad.

Es ilustrativa de esta posición una resolución del Tribunal Constitucional, poco conocida, —el ATC 220/1989 de 27 de abril— por el que se inadmite a trámite una queja que ponía en duda la imparcialidad del Tribunal por el hecho de haber ordenado previamente una instrucción suplementaria, y haber acordado el procesamiento de uno de los acusados. Pese a considerar que el procesamiento es un acto instructorio, se entendió que tal actuación no podía generar fundadas dudas de parcialidad del juzgador a pesar de ser la propia Sala la que concretó la imputación sobre quien hasta entonces no había sido acusado²⁸⁵.

disponerse en el proceso penal el de que su *fumus boni iuris* o presupuesto material que justifica su adopción estriba en un fundado juicio de imputación que ha de formarse el Juez de Instrucción sobre la participación del acusado en el hecho punible (arts. 503.3 y 589 LECrim). La asunción por el Juez de Instrucción de dicho juicio de imputación puede hacer nacer en el Juzgador cierto prejuicio sobre la responsabilidad penal del imputado que compromete, subjetiva y objetivamente, su imparcialidad para conocer de la fase de juicio oral contra un acusado con respecto al cual adoptó durante la instrucción cualquier género de medida cautelar, y basta con constatarlo así para dispensar a este Tribunal del examen que, desde el punto de vista de la imparcialidad objetiva, pudieran proporcionar otras resoluciones y actos de investigación practicados por el Juez de Instrucción núm. 5 de Málaga.”

²⁸⁵ Dado su interés, se transcribe a continuación su fundamentación sobre este punto: “El tema que aquí se suscita es el de si, dada la posibilidad de procesamiento por parte de las Audiencias Provinciales, los mismos integrantes del Tribunal que efectúa la imputación provisional que aquél contiene pueden ser un Tribunal imparcial respecto del enjuiciamiento de la causa del que el citado procesamiento es un elemento esencial. Para establecer la corrección de dicha medida en tales supuestos habrá que, por un lado, establecer la naturaleza y funcionalidad del procesamiento en el Derecho procesal español, y por otro analizar la secuencia de hechos en el presente caso para, a continuación, extraer las consecuencias en materia de garantías de los derechos procesales

constitucionalizados. En lo tocante a la naturaleza jurídica del procesamiento, en la actualidad existe comunidad de opinión en el sentido de considerarlo como una medida consistente en la imputación formal de un hecho a su sujeto, en base a los indicios que la instrucción ha ido poniendo al descubierto, imputación que es de carácter provisional, pues puede desvanecerse o modificarse en cualquier momento ulterior, y que permite la adopción de medidas personales y reales de carácter cautelar sobre la persona y/o bienes del procesado, a fin de asegurar la viabilidad efectiva del procedimiento penal y de las eventuales consecuencias (penas y responsabilidades civiles) que en el mismo se lleguen a depurar (STC 66/1989, fundamento jurídico 2º).

Siendo así las cosas, ha de establecerse, como segundo escalón, si el procesamiento constituye un acto instructorio. Para ello ha de acudirse al concepto de instrucción contenido en el art. 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y a la vista de su tenor puede sostenerse que el procesamiento hace referencia a la culpabilidad del imputado, en tanto que imputación provisional, y la fijación de los elementos de la culpabilidad son objeto de toda instrucción. Desde esta perspectiva es claro que el Auto de procesamiento constituye un acto instructorio de índole inquisitoria, es decir, de investigación directa (SSTC 164/1988, fundamento jurídico 2.º, y 11/1989, fundamento jurídico 4.º).

Es precisamente esta noción de investigación directa, ya puesta de relieve anteriormente en nuestra Sentencia 145/1988, lo que constituye el nudo gordiano para la determinación, para lo que aquí se discute de si el Juez o Tribunal que adopta una medida instructoria, es decir, una medida acusatoria provisional, deja de ser un Juez imparcial. Esta nota de imparcialidad ha de ser examinada a la luz del art. 24.2 CE, que garantiza un proceso con todas las garantías —y el derecho al Juez imparcial lo es desde luego— (SSTC 47/1982 —fundamento jurídico 3.º—, 113/1987 —fundamento jurídico 2.º—, 145/1988 —fundamento jurídico 5.º—, 164/1988 —fundamento jurídico 1.º—) y a la luz del art. 6.1 del CEDH de 1950, que es de aplicación directa en España desde su ratificación el 4 de octubre de 1979, a tenor de lo dispuesto en el art. 10.2 CE La quiebra de la imparcialidad objetiva es lo que suscita —no siempre con la necesaria precisión en su escrito de demanda— el actor, puesto que para él la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia ha efectuado actos instructorios, al acordar su procesamiento y sus componentes, aunque haya ido variando a lo largo del tiempo quedan, por tanto, incursos en la causa de recusación prevista en los arts. 54.12 LECrim y 219.10 LOPJ. La investigación directa se caracteriza por haber tenido el órgano instructor contacto inmediato con las fuentes de donde procede el material probatorio, que más tarde se hará valer, y esa inmediatez priva a lo actuado de las garantías de publicidad, defensa y contradicción propias del juicio oral (SSTC 145/1988, fundamento jurídico 8.º, 164/1988, fundamento jurídico 2.º, 11/1989, fundamentos jurídicos 4.º y 5.). De esta suerte, cuando el instructor directo y el enjuiciador coinciden personalmente se produce la quiebra de la imparcialidad objetiva; quiebra, en suma, una garantía constitucional, la de la imparcialidad.

3. En el caso de autos, la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Valencia, a la vista de las declaraciones vertidas durante el interrogatorio en el acto del juicio oral de un testigo, el hoy recurrente en amparo, decidió la suspensión del juicio oral y ordenar al instructor una investigación suplementaria (art. 746.6º LECrim); éste consideró que no había motivo para efectuar el procesamiento, pero, no obstante, la Sección Tercera, a petición de uno de los encausados, acordó el procesamiento del hoy demandante de amparo.

A esta secuencia de hechos ha de aplicarse la doctrina de este Tribunal acabada de recordar y de resumir respecto de la investigación directa, y en consecuencia, ha de concluirse que si bien el órgano que ha procesado ha formulado en sentido literal y no peyorativo —como apunta la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1988— un prejuicio, lo emite en atención a lo inquirido directamente por otro órgano judicial; es decir, la Audiencia no ha efectuado una instrucción directa. Es más, en su decisión de que el instructor efectuase una investigación complementaria, le recordaba que debía resolver 'con libertad de criterio'. En el caso de autos, además, se da una especial peculiaridad, a saber: el arranque de los hechos consistente en la declaración que efectúa como testigo, el ahora recurrente, en el acto de una vista, como consecuencia de su interrogatorio por una de las partes. Ello significa que el hecho motivador de la remisión parcial de las actuaciones al Juzgado de

En cuanto a las manifestaciones informales sobre la culpabilidad o la inocencia, es indudable que también exteriorizan una quiebra de garantías de imparcialidad exigibles al juez.

VI. Conclusiones

El ejercicio del poder por parte del Estado en un sistema de no puede ser arbitrario, sino que debe estar vinculado formal y materialmente a reglas de procedimiento justas, que son la base de la racionalidad en un sistema de Derecho. En el caso de la potestad punitiva, ese sometimiento a un proceso no significa sólo la observancia de un conjunto ordenado de reglas, sino que éstas deben tener un contenido material concreto expresivo de la idea de juicio justo. Aun cuando la justicia de las resoluciones viene determinada por su sujeción material a Derecho, no puede entenderse que ésta se limite a la correspondencia formal con la Ley. Decir el Derecho correcta y fundadamente exige que el Juez no esté vinculado en su toma de decisión a nada ni a nadie, y que ésta se adopte tras la celebración de un procedimiento racional, ordenado, donde el debate entre las partes suministre los elementos necesarios para hacer las valoraciones sobre las que asentar la decisión.

El proceso penal, las reglas que lo caracterizan y modulan, pretenden hacer controlada y controlable esta actividad de enjuiciamiento a fin de que la conclusión que tras el mismo se alcance pueda ser considerada verdadera en la medida en que es válida, es decir, adoptada a través del procedimiento correcto. En el juicio que se expresa en la sentencia lo que se hace es interpretar y valorar una serie de elementos de prueba distintos del hecho mismo que se quiere probar o que se propugna que se

Instrucción para actuaciones complementarias no nace de una investigación secreta e inquisitoria, sino de una actuación judicial, la del acto de la vista oral, que se verificaba con todas las garantías constitucionales requeridas de oralidad, inmediatez, contradicción y publicidad; es decir, todos los intervinientes tuvieron el mismo y simultáneo conocimiento que los componentes del Tribunal del hecho indiciario y motivador a la postre de la petición y acuerdo del procesamiento, con lo que dicho conocimiento no llegó nunca a ser ni secreto ni reservado, que son las notas integrantes, al menos durante ciertos períodos de tiempo, de lo actuado instructoriamente. De esta suerte, quedó plenamente salvaguardado en este caso el derecho a un juicio con todas las garantías.”

declare probado, y a partir de ellos se ha de inferir una conclusión adecuada sobre los hechos. El juicio penal no reconstruye la realidad objetiva, no reproduce algo que ocurrió para evaluarlo jurídicamente —la anhelada e inalcanzable verdad material—, sino que dirime una serie de argumentaciones y contrargumentaciones basadas en datos que se aportan al debate. La verdad que se puede alcanzar en el proceso es una verdad formal, procesal, no material, no histórica. La esencia misma del juicio es el debate acerca de lo que se dice que acaeció y de las razones que se aportan para justificarlo, y en tal debate al Juez le corresponde hacer que se respeten sus reglas y finalmente dirimirlo.

La historia de la Jurisdicción está unida a la del proceso desde tiempos remotos, aunque las formas de proceso entonces no eran sino actos de autotutela privada controlada desde el Poder. La idea de juicio justo como juicio imparcial y con garantías se alcanzó mucho más tarde, con la Ilustración y el liberalismo político. Desde esta concepción del proceso como cauce racional de resolución de contiendas, la adición del adjetivo “penal” no viene sino a reforzar esta conclusión. Es evidente que al juicio imparcial no puede corresponderle en el orden penal sino el modelo de enjuiciamiento llamado acusatorio —por oposición al inquisitivo—, es decir, aquel caracterizado por la presencia de dos partes, una de las cuales suele ser un acusador público distinto del tercero que decide, el Juez, que tras oír debidamente a aquéllas, está en condiciones de poder emitir un veredicto justo, razonado y legítimo, es decir, asumible en Derecho.

En efecto, cuando el Estado asume el monopolio en la imposición de las penas ante la comisión de un hecho punible, expropiando a la víctima u ofendido cualquier derecho sobre la vida de su agresor, se hace más necesario contar con un procedimiento reglado. Y cuando, además, es ese mismo Estado quien, a través de uno de sus poderes —el Judicial—, decide sobre la pretensión de la acusación que le plantea otro de sus brazos políticos —el Ejecutivo a través del Ministerio Público— se hace imprescindible atribuir no sólo la decisión, sino la garantía de que se respeten los derechos fundamentales de las partes —en especial del ciudadano acusado que se

enfrenta al conjunto de la sociedad— para que el castigo, si procede, no sea arbitrario.

El hilo conductor de esa pretensión descansa en la nota ya mencionada de la imparcialidad que se predica del Juez, de su función en el proceso y hasta de la conformación de éste sobre el respeto a los derechos fundamentales como razón — no solo como límite— de la función jurisdiccional de imposición de penas. Si el proceso sólo garantizase el legítimo interés público en la persecución y castigo de las infracciones penales, y el acusado tan sólo contase con la ayuda de su abogado para enfrentarse al Estado sin que un tercero velase por garantizar que la desigualdad entre partes no impida la toma de una decisión justa, la eventual condena no sería otra cosa que un ejercicio de poder, no de razón. La aplicación del Derecho Penal no puede anteponerse a los legítimos derechos del acusado (presunción de inocencia, contradicción, derecho de defensa, etc.) sin convertirse en una tiranía, pues de esa forma ningún otro argumento le suministra la necesaria legitimidad que hace que una consecuencia tan gravosa como es la pena, pueda ser aceptable y efectiva.

En el trabajo se ha optado por el análisis de la imparcialidad de la jurisdicción a través de las garantías que sirven para apuntalarla. Unas están referidas a la configuración del Poder judicial, cuya función es independiente de los demás poderes del Estado —para que la decisión del Juez no esté vinculada a nada ni a nadie ajeno al Ordenamiento jurídico—, y cuya jurisdicción y competencia previamente determinadas por la Ley favorecen que quien es llamado a actuar en un caso no represente sino a un órgano aleatoriamente determinado por Ley y no escogido por las partes.

Además de ello se precisa que aquel Juez llamado por la ley a resolver sea, efectivamente, un tercero en el proceso, es decir, imparcial, porque no tiene ningún interés personal en el mismo ni vinculación con las partes. Esto permite afirmar que no sólo el titular jurisdiccional sino el Juez del caso concreto está en condiciones de garantizar un resultado conforme a Derecho.

En esta garantía personal, he descartado tomar como fundamento la extendida idea del prejuicio como clave o fundamento para excluir la ineludible imparcialidad del Juez. Ni todos sus actos previos, ni su contacto o conocimiento con las partes o con el objeto del proceso rompen por sí mismos la presunción de imparcialidad del Juez; puede ser que conformen en su mente ideas previas, prejuicios o prevenciones —como todos las tenemos— pero no resultarán relevantes a los efectos de su actuación jurisdiccional sino dependiendo de la fuente de donde provengan o de su exteriorización manifiesta. Lo relevante es el origen —el alineamiento con las partes o sus intereses— no la posible consecuencia —tener o no prejuicios—. Por ello, si se puede probar la relación del Juez con alguna de las partes se pierden las necesarias garantías de desinterés que éste debe ofrecer para confiar en la objetividad de su resolución. La concurrencia de tales circunstancias afianza la sospecha de que la decisión puede ser tomada torcidamente, una sospecha que es fundada —objetivable, puesto que los prejuicios internos son inasequibles— y grave. La pretensión de imparcialidad se desvanece.

En segundo lugar, hay que considerar otros factores que pueden concurrir en la alineación del Juez con las partes: al margen de los personales, sus actuaciones procesales pueden fundar nuevas sospechas de parcialidad. He denominado garantías funcionales de la imparcialidad a las exigencias que deben constatarse en la actuación del Juez para evitar, siquiera involuntariamente, su pérdida de imparcialidad por haber realizado actuaciones favorables a los intereses procesales de alguna de las partes. En esto radica la sospecha de parcialidad del Juez que procede de oficio, que formula la acusación o auxilia a quien la tiene encomendada, del que acumula funciones de investigador y de enjuiciador, del que aporta prueba al proceso, o que toma partido públicamente por una de las partes antes del juicio —incluso en el ejercicio de la jurisdicción—.

Esta particular concepción de la imparcialidad que surge, como es obvio, de una visión específica del proceso penal construida desde los principios constitucionales, se cierra con una aseveración implícitamente deducible del estudio. El Juez que no garantiza el debido respeto a los derechos del acusado, en general —

no solo los procesales, sino todos sus derechos fundamentales, incluso durante la fase preliminar— se convierte, en definitiva, en un Juez sospechoso de parcialidad, porque sin duda habrá contribuido al favorecimiento de las tesis de uno de los contendientes, algo que le es vedado por su propia condición. Si el cauce a través del cual se ha formado la decisión está viciado, la resolución también lo está, y ello aunque el juez se sienta subjetivamente imparcial y el contenido de su resolución sea materialmente correcto.

En definitiva, la imparcialidad, tal y como aquí se ha tratado de construir, representa la clave de bóveda de la función jurisdiccional, la garantía en torno a la cual se conforma la idea global del derecho a un juicio justo y un principio universal de justicia. La justicia como imparcialidad se asienta en una teoría de la justicia en la que el debate racional y equitativo se erige en el único modo de favorecer la toma de decisiones justas. Desde esta teoría, también el margen de arbitrio del legislador al concretar legalmente la forma de enjuiciar queda materialmente reducido, pues no bastará con que someta a reglas legales la actuación estatal, sino que dichas reglas deben ser expresión del conjunto de valores que conforman el juicio justo.

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

1. Introducción

Hasta el momento, se ha aludido a la relevancia que tiene la imparcialidad como exigencia del proceso debido y garantía esencial del derecho fundamental a un juicio justo, como característica de la función jurisdiccional y, sobre todo, por la incuestionable naturaleza que la Constitución le reconoce como derecho fundamental en el artículo 24.2. Pues bien, como este estudio pretende abordar en concreto la posibilidad de tutelarla penalmente frente a determinados riesgos que afectan a otros tantos derechos fundamentales, hemos de situarnos en la órbita del sistema constitucional ya que para semejante pretensión, las posibilidades del legislador se hallan estrictamente condicionadas.

Toda pretensión de tutela punitiva que se precie de legítima tiene que ver fundamentalmente, aunque no sólo, con el valor o interés que la fundamenta²⁸⁶. Se hace preciso ahora, precisamente, averiguar si la pretensión de tutela se dirige hacia lo que comúnmente se denomina un bien digno, necesitado y susceptible de protección penal o, por el contrario, se trata de un valor o un interés que no puede aspirar a obtener dicho reconocimiento, íntegro o parcialmente.

La caracterización del valor de la imparcialidad como derecho fundamental permitiría ya a algunos autores obviar la necesidad de seguir con dicho análisis²⁸⁷ pero, estimo, por el contrario, que ni siquiera todo derecho fundamental o bien

¹ Además, hay que valorar la clase de conducta que se sanciona y la gravedad de la pena con que se responde.

constitucional obtiene, por el solo hecho de serlo, la patente de la legítima tutela penal en su integridad²⁸⁸. Desde luego hay gradación de gravedad en las vulneraciones a los derechos fundamentales tal y como se desprende de la jurisprudencia constitucional en materia de amparo. Ello es inevitable desde el momento en que se entiende que un sistema de derechos fundamentales es algo más que la suma de varios derechos individuales, por lo que no queda otro remedio que contemplar su tutela jurídica y, especialmente su tutela penal, desde dicha perspectiva. Ello permitirá concretar qué aspectos de un derecho pueden recibir tutela penal o, más concretamente, qué contenidos del derecho dignos de protección, están necesitados y son susceptibles de tutela penal²⁸⁹ frente a cierta clase de ataques sin que otros espacios de libertad sean sacrificados de forma ilegítima²⁹⁰.

Pese a que la observancia del principio de proporcionalidad module la tendencia a una tutela penal infinita de los derechos fundamentales, no obstante, siguen produciéndose disfunciones en la práctica derivadas del inicial punto de partida de las sistemáticas tradicionales que siguen elaborando su discurso con referencia a un concepto de bien jurídico. Así, por ejemplo, la atribución de

²⁸⁷ Para los partidarios de lo que se denominan teorías constitucionalistas, estudiadas más adelante.

²⁸⁸ En un sentido análogo, JAKOBS afirma que “ni siquiera los bienes que ha de reconocer el Derecho penal disfrutan de protección absoluta. La sociedad no es una institución para la conservación de bienes o para optimizarlos; en realidad, a veces se sacrifican bienes para posibilitar el contacto social”. JAKOBS, G., *Derecho Penal - Parte General*, 2ª ed. corregida, (trad. Cuello Contreras y Serrano González de Murillo), Marcial Pons, Madrid, 1997, pág. 56.

²⁸⁹ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, pág.78.

²⁹⁰ Lo mismo cabe decir respecto de la tutela penal de bienes constitucionales. Especialmente importante al respecto resulta la STC 116/1999 (Pleno) de 17 de junio de 1999. Por un lado sostiene que el contenido esencial de un derecho fundamental puede verse vulnerado si no se establece un sistema legal de defensa que suponga la protección efectiva del mismo; por otro, que los preceptos constitucionales relativos a los derechos fundamentales pueden no agotar su contenido en el reconocimiento de los mismos, sino que pueden contener exigencias dirigidas al legislador en forma de garantías institucionales, principios rectores y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos (F.J.º 5). Es decir, que derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos no son lo mismo. Por otro, reconoce la libertad de configuración normativa del legislador para determinar cuál es la protección penal que debe dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, pues ésta no puede aspirar a revestir carácter absoluto (F.J.º 16).

relevancia en la teoría jurídica del delito a los derechos fundamentales no puede “relegarse” al campo de la antijuridicidad, y la propia determinación del hecho típico presenta inconvenientes derivados de la identificación entre lesión del derecho constitucionalmente reconocido y lesión del contenido del derecho penalmente protegido²⁹¹.

Como ocurre con casi cualquier objeto de estudio, es preciso comenzar por aclarar que las opciones que aquí se sostienen están íntimamente vinculadas con una determinada concepción del *ius puniendi* del Estado como “*Magna Charta libertatis*”²⁹². El Derecho penal se legitima por la racionalidad de su actuación y el respeto por el sistema de libertades exige una justificación de la intervención punitiva sobre los ciudadanos²⁹³. Mas, pese a que esta afirmación no recibe contestación en la doctrina, pues como veremos todos los autores confirman la vigencia del principio de mínima intervención en el campo del Derecho Penal — precisamente en favor de la libertad—, lo que no es compartido es precisamente ni el fundamento ni el alcance de tal intervención. Las diferentes opciones sistemáticas en la doctrina penal se articulan en torno a ideas bien diferentes del fundamento que cabe atribuir al Derecho penal. El concepto de bien jurídico, suponiendo que haya un tal concepto, constituye el banco de pruebas de tal diversidad.

Por ello, aun cuando se van a considerar las distintas opciones doctrinales que respecto del bien jurídico se han formulado y, muy especialmente, las tendencias más

²⁹¹ Así, por ejemplo, ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, afirma que “el honor como bien jurídico no puede menoscabarse a consecuencia del ejercicio de la libertad de información” (pág. 69). Esta afirmación es asumible si se concibe el bien jurídico como resultado y no como presupuesto de lo que puede tutelarse legítimamente. En ese sentido, el ejercicio legítimo de la libertad de información no debe reputarse como conducta penalmente punible, pero ello no implica negar la lesión que tal conducta puede provocar sobre el derecho al honor.

²⁹² VIVES ANTÓN, T. S., *Prólogo* al libro de CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 12.

²⁹³ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, págs. 59-61. BOIX REIG, J., ORTS BERENGUER, E. y VIVES ANTÓN, T.S., *La reforma penal de 1989*, Tirant lo Blanch, 1989.

recientes, no se pretende ofrecer una exposición exhaustiva del panorama al respecto. Excede de los propósitos de este trabajo cuestionar todos y cada uno de los distintos puntos de partida desde los que se formulan las consideraciones en torno al bien jurídico. Como tales sistemáticas no responden a estructuras ontológicas, sino que ofrecen pautas hermenéuticas para captar el sentido de las normas, se ha optado por aquella que se estima ofrece la lectura más razonable. Esa razonabilidad, ya puede anticiparse, se mide conforme a los principios constitucionales que limitan la intervención punitiva del Estado y en tal contexto el bien jurídico pierde, necesariamente, toda relevancia como concepto material.

No obstante, lo principal es que desde cualquier posición sistemática que se sustente, la viabilidad de la tutela penal pasa por un análisis del interés protegido por la norma y, desde cualquiera de ellas, puede afirmarse que el derecho a un juicio imparcial es digno de tutela penal frente a los ataques más graves.

2. Concepto y función del bien jurídico

A. *Conceptos teleológico-formal y material de bien jurídico*

“El Derecho penal sólo resulta legítimo si persigue la protección de bienes jurídicos. Hasta aquí llega el consenso de la ciencia penal, siendo así que todo lo demás es objeto de controversia; tanto el concepto de bien jurídico y su función de legitimación del Derecho penal, como la amplitud de la protección (...)”²⁹⁴.

Estas afirmaciones transcriben con escaso acierto el estado de la cuestión en torno a la dogmática del bien jurídico, no tanto por lo que ha constituido el objeto de debate a lo largo del siglo pasado, como por las propuestas más recientes sobre el bien jurídico. Escaso porque, si bien es cierto que en el pasado la doctrina no se

ponía de acuerdo acerca de qué contenidos integraban el concepto o cuáles eran las funciones del bien jurídico penal²⁹⁵, lo más importante es que hoy se cuestiona su propia relevancia como concepto central de la sistemática penal²⁹⁶, suponiendo que pueda hablarse del bien jurídico como un concepto²⁹⁷.

Una cosa parece clara: desde el primer momento, el bien jurídico ha constituido la idea, o el *telos* en torno al cual construir un sistema de garantías —una función crítica— que limitase eficazmente la pretensión punitiva del legislador y orientase la a interpretación y aplicación de la norma por parte del juez penal²⁹⁸. Como respuesta a cada una de ambas pretensiones, el Derecho penal liberal formuló dos tipos de conceptos, material y teleológico-formal de bien jurídico que van a emplearse como hilo conductor de la exposición hasta llegar a la situación actual²⁹⁹.

²⁹⁴ NESTLER, C., “El principio de protección de bienes jurídicos y la punibilidad de la posesión de armas de fuego y de sustancias estupefacientes”, VVAA, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pág. 63.

²⁹⁵ Cfr. RUDOLPHI, H.J., en cuyo estudio analiza los diferentes conceptos del bien jurídico que la doctrina penal alemana ha formulado históricamente, desde una u otra perspectiva funcional (interpretativa, dogmática y sistemática), —pero que bien podrían referirse a la literatura penal española— y en la que demuestra su estrecha vinculación por una u otra concepción del *ius puniendi* del Estado. RUDOLPHI, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, (Trad. Bacigalupo Zapater, E.), *Nuevo Pensamiento Penal*, núm. 5, 1975 (publicado originalmente en *Festschrift für Rochard Honig zum 80 Geburtstag 3 Januar 1970*, Göttingen, 1970, págs. 151-167).

²⁹⁶ GÓMEZ BENÍTEZ niega la eficacia sistemática del concepto de bien jurídico para conformar el injusto y para limitar el *ius puniendi*, pues el elemento relevante viene determinado por la producción de un perjuicio social. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 69, 1983, págs. 101 y ss. JAKOBS niega la eficacia y suficiencia del concepto tradicional de bien jurídico para legitimar materialmente al Derecho penal. JAKOBS, G., *Derecho Penal - Parte General*, *op. cit.*, págs. 55 y ss.

²⁹⁷ Lo niega VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, pág. 484 (nota núm. 71); COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, págs. 317-319.

²⁹⁸ Un análisis práctico del principio de ofensividad en el campo del legislador y en el judicial sobre tres áreas del derecho penal relevantes (tentativa, delitos de peligro y autoría) puede verse en GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, *Poder Judicial*, núm. 28, 1992, págs. 7-36.

²⁹⁹ Una exposición detenida y crítica sobre la evolución histórica del concepto de bien jurídico y sus funciones puede verse en POLAINO NAVARRETE, M., *El Bien jurídico en el Derecho Penal*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1974; RUDOLPHI, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *op. cit.*; FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come

Para la concepción formal del bien jurídico, éste se revela como un principio o criterio interpretativo de los tipos penales e identificable con la *ratio legis*, con el fin que ha plasmado el legislador en las prescripciones legales. Para sus representantes, expone RUDOLPHI³⁰⁰, el eje del sistema jurídico penal es la norma y el bien jurídico es inmanente a ella, está por ella establecido —no sólo reconocido— de manera que no hay posibilidades de establecer sus bases más allá del derecho o del Estado. El bien jurídico es el bien del Derecho y la única lesión jurídica esencial a todos los delitos es la lesión del derecho subjetivo del Estado a que se acaten sus normas. Despojada de cualquier contenido material —de hecho, fue una respuesta doctrinal a las vanas pretensiones liberales de dotar de un contenido material único, genérico y común al concepto de bien jurídico— el positivismo renuncia a estructurar la dogmática del delito en torno a una idea de injusto concebida como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico de naturaleza material u ontológica y, en consecuencia, opta por un concepto formal del mismo entendido como pura desobediencia. La pretensión de dotar de eficacia al concepto de bien jurídico para limitar la acción del legislador era, desde luego, infructuosa desde esta posición, para la que, además, era algo innecesario dada su concepción del Derecho penal³⁰¹.

Frente a esto, las doctrinas materiales de bien jurídico que se han formulado, bien con apoyo exclusivamente en bienes materiales o admitiendo, también, los puramente espirituales, descansan en una concepción del Derecho Penal como instrumento de tutela. Ello ha permitido albergar la idea de que el bien jurídico puede cumplir eficazmente una función de límite a la acción del legislador, además de proyectarse sobre la tarea interpretativa y aplicativa de los tipos penales, convirtiéndose en el soporte para la contemplación del injusto como categoría

criterio di politica criminale”, *Rivista italiana di Diritto e Procedura penale*, Nuova Serie, año XXV, Milán, 1982, páginas 42-81; GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, págs. 98 y ss; HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Bien jurídico y Estado Social y Democrático (el objeto protegido por la norma penal)*, PPU, Barcelona, 1991.

³⁰⁰ Estos serían Honig y Binding. *Vid.*, RUDOLPHI, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *op. cit.*, págs. 330-332.

dogmática central³⁰². Ese concepto material de bien jurídico se nutrirá según los distintos autores de la idea de derecho subjetivo³⁰³, de bien, de valor, de interés o de estado³⁰⁴, con o sin la exigencia añadida —según quien lo formule— de la repercusión social del daño a aquél dirigido. Bajo esta concepción del bien jurídico late la idea de que la legitimación del Derecho Penal como orden jurídico depende de que protejan estrictamente intereses humanos vitales, intereses que le vienen dados al orden jurídico y, por tanto, no son creados, sino reconocidos por éste³⁰⁵.

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

El concepto de bien jurídico referido exclusivamente a bienes materiales es insuficiente frente a la realidad de unos Códigos que dispensan tutelan a valores espirituales (honor) y a otros intereses escasamente tangibles (seguridad, orden

³⁰¹ Vid., FIANDACA, G., "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale", *op. cit.*, págs. 43-44.

³⁰² *Ibid.*, pág. 45.

³⁰³ BIRNBAUM denuncia, precisamente, la concepción ius naturalista del bien jurídico como derecho subjetivo que mantenía Baumann. BIRNBAUM ("Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung zum Begriff des Verbrechens", *Archiv des Criminalrechts*, Neue Folge, Tomo 15, 1834, pág. 149 y ss.).

³⁰⁴ La calificación del bien jurídico como un bien corresponde a BETTIOL, "Bene giuridico e reato", *Scritti Giuridici*, Tomo I, Cedam, Padua, 1977, págs. 318 y ss. Para VON LISZT, en cambio, "todos los bienes jurídicos son intereses vitales del individuo o de la comunidad. El orden jurídico no crea el interés, lo crea la vida; pero la protección del derecho eleva el interés vital a bien jurídico". Cfr. LISZT, F. VON, *Tratado de Derecho penal*, Tomo II, (trad. Jiménez de Asúa, L. y adicionado por Saldaña, Q.), 3ª ed., Instituto Editorial Reus, Madrid, s.d., pág. 6. WELZEL se refería al bien jurídico como "todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones", WELZEL, H., *Derecho penal alemán*, (trad. Bustos Ramírez, J. y Yáñez Pérez, S.), 4ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1993, págs. 14-15.

³⁰⁵ VON LISZT concibe los bienes a tutelar como "las condiciones de vida de la comunidad estatal" que se identifican con independencia del derecho vigente y, precisamente por ello, cumplen su objetivo de dotar de un contenido material al concepto de bien jurídico que sirve para poner límites al legislador. LISZT, F. VON, *Tratado de Derecho penal*, págs 6-7. Según JESCHECK el Derecho Penal protege "bienes vitales imprescindibles para la convivencia humana en sociedad" que, al incorporarse a la esfera de protección del orden jurídico, se convierten en bienes jurídicos. JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, (trad. y notas Mir Puig, S. y Muñoz Conde, F.), Vol. I., Bosch, Barcelona, 1981, págs. 9-10.

público) mientras que la concepción espiritualizadora³⁰⁶, en cambio, no es idónea para limitar al *ius puniendi* estatal ya que nada le impide concebir los Códigos penales como códigos morales³⁰⁷ y no sabemos, en último término, “en virtud de qué criterios el derecho positivo distingue entre los intereses que han de reconocerse y los que han de rechazarse”³⁰⁸. Ninguna de ambas concepciones materiales de bien jurídico es apta “para acceder a un concepto material de antijuridicidad capaz de servir de límite material al derecho a penar del Estado”³⁰⁹. FIANDACA denuncia en referencia a estos conceptos que parten de la premisa del Derecho penal como una especie de “caja de resonancia” de los intereses sociales dominantes³¹⁰. Respecto de la función hermenéutica, y como bien objeta RUDOLPHI, semejante concepto resulta igualmente ineficiente pues “es problemática la cuestión de si y en qué medida es posible influir en la interpretación del derecho positivo con base en una idea valorativa prejurídica de la que surge la exigencia de que el derecho penal solamente sirve a la protección de bienes jurídicos”³¹¹.

³⁰⁶ Como bien apunta GÓMEZ BENÍTEZ, “en esa definición material del delito a través de la teoría del bien jurídico, es generalmente constatable la subsistencia de la influencia neokantiana, entendida ahora como tendencia a la espiritualización del bien jurídico (...) que se manifiesta en la remisión del contenido del bien jurídico al valor ideal protegido por el tipo penal y corporizado frecuentemente en el objeto allí protegido, pero también, a veces, directamente en el valor espiritual que lo motiva.” GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, pág. 86.

³⁰⁷ *Ibid.*, pág. 87.

³⁰⁸ JAKOBS, G., *Derecho Penal - Parte General*, *op. cit.*, pág. 51. El concepto liberal es “de limitado valor para la dogmática jurídico penal, (...) no se halla capacitado para proporcionar el núcleo material de todos los comportamientos punibles contenidos en la ley” como sostiene RUDOLPHI, “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 337. En el mismo sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, págs. 93 y 94, abogando por una teoría del injusto personal que reconsidere el recurso a la “lesión del bien jurídico” para la definición del contenido (“injusto”) de los hechos punibles a favor de la idea de perjuicio social necesitado de prevención. *Ibid.*, págs. 101-105.

³⁰⁹ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, pág. 88.

³¹⁰ FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *op. cit.*, pág. 62.

³¹¹ RUDOLPHI, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 337.

Puesto que la dogmática penal moderna está fundada sobre la categoría del fin, la pregunta del bien jurídico se concibe como una pregunta acerca de los fines legítimos del Derecho Penal y, concretamente, del fin de la pena. Para ROXIN las cuestiones sobre bien jurídico deben responderse en ese contexto, esto es, desde la política criminal y, en concreto, desde la teoría de la prevención que cumplen las penas en el sistema social, liberadas ya de todo resquicio retribucionista³¹². Lo relevante para legitimar una intervención penal no provendrá, entonces, de la identificación del valor que pretenda tutelarse, sino de la constatación de la perturbación o dañosidad social que una conducta provoca de manera que la pena se alce como respuesta necesaria y útil³¹³. Ese juicio de dañosidad fundamentará la necesidad de la intervención penal y alejará, al mismo tiempo —supuestamente—, los recelos hacia un derecho penal protector de concepciones morales, ideologías o maneras de sentir, de conductas que no comprometan en modo alguno la convivencia y frente a las cuales no se justifique la sanción por parte del Estado³¹⁴.

Considerando así las cosas, existe una diversidad de concepciones sociales del bien jurídico dependiendo de que se identifique el injusto con el daño a personas o al

³¹² Es indudable que el funcionalismo subyacente a la dogmática moderna, aun con notables diferencias de unos autores a otros, se ha consolidado como una orientación mayoritaria o, cuanto menos, la más importante, fundamentalmente por iniciativa de las escuelas alemanas. *Vid.* al respecto y ampliamente, SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992 y VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, págs. 434-452.

³¹³ En contra, GONZÁLEZ CUSSAC, para quien es necesaria la constatación de ambas exigencias en la intervención punitiva, pues el Derecho Penal es orden de convivencia externa que tutela bienes jurídicos en tanto lesionados o puestos en peligro. “Toda infracción penal requiere la exteriorización y materialidad de un hecho y, además, que este hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado”. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, *op. cit.*, pág. 7.

³¹⁴ Argumentos parecidos se emplean desde concepciones diferentes: así, por ejemplo, KARGL, W., “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, VVAA, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 49-50. Desde diferentes perspectivas, también denuncian la tipificación de conductas intrascendentes para la vida social e incluso atentatorias del respeto por la dignidad individual ROXIN y JAKOBS. ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, (trad. y notas, Luzón Peña, D., Díaz y García Conlledo, M., y de Vicente Remesal, J.), Tomo I, 2^a ed., Cívitas, Madrid, 1997, págs. 56-57. JAKOBS, G., “Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico” *Estudios de Derecho Penal*, (trad. Peñaranda Ramos, Suárez González, Cancio Meliá), Cívitas, Madrid, 1997, págs. 295-298.

sistema, esto es, entendido como lesión o la puesta en peligro de intereses o valores relevantes referidos a personas individual o colectivamente consideradas, o se aluda exclusivamente a su relevancia para la vida colectiva. En cualquier caso, el interés se centra, no tanto en la relevancia de los bienes o intereses tutelados, sino en la constatación del daño social que tales conductas comportan y de la utilidad de la pena como mecanismo de control apto para prevenirlo. De esta manera, un interés social relevante no será tutelado frente a cualquier lesión, pues de otra manera el Derecho Penal pierde su legitimidad y su limitada función de instrumento de control social para el orden de convivencia. La dificultad estriba, precisamente, en tratar de señalar qué criterios se deben seguir para efectuar la inicial selección de los intereses sociales a proteger, frente a qué lesiones y cómo determinar si la pena puede ser un eficaz recurso preventivo.

En esta orientación se inscribe la temprana formulación que en nuestro país hiciera MUÑOZ CONDE de la teoría de la función de control social de la norma penal³¹⁵ que tiene, no obstante, un sólido anclaje en un sistema de valores antropocéntricos. En efecto, este autor concibe que la teoría del bien jurídico se encuentra a caballo de un concepto material de delito y la forma en que se protegen los bienes jurídicos y su función como límite del poder punitivo del Estado. Los bienes jurídicos deben concebirse de modo personalista para lograr esa eficacia limitadora. En completa sintonía con HASSEMER, por ejemplo, ambos autores contemplan desde su llamada teoría monista-personalista del bien jurídico la vinculación del contenido de éste necesariamente con un interés humano, de forma que los bienes jurídicos universales remanentes sólo se protegen en tanto constituyen un interés mediato para éstos. SCHÜNEMANN califica de estrecha esta visión del bien

³¹⁵ MUÑOZ CONDE, F., *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985. Para MUÑOZ CONDE los bienes jurídicos “son los presupuestos que la persona necesita para su autorrealización y el desarrollo de su personalidad en la vida social” y su tutela penal está condicionada históricamente por concepciones sociales dominantes que exigen elaborar una teoría del bien jurídico personalista que responda, críticamente, tanto a su aspecto de elemento material del delito como a la forma en que se protegen los bienes jurídicos y su función como límite al poder punitivo del Estado. *Cfr.*, MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 64-67.

jurídico de la escuela de Frankfurt que encabeza HASSEMER³¹⁶ y que conduce, a su entender, a la infravaloración de los intereses de los individuos en un futuro frente a los de los actuales cuando es, precisamente, “la supervivencia de la especie humana lo que constituye el valor supremo, valor que desde el punto de vista de las personas que viven en el momento actual no es individual, sino universal”³¹⁷. Lógicamente con una visión individualista de los bienes jurídicos, debe postularse la reorientación del Derecho Penal hacia la exclusiva tipificación de delitos de resultado anatemizando —por usar las propias palabras críticas de SCHÜNEMANN— a los delitos de peligro abstracto³¹⁸. Ahora bien, el argumento incontestable que emplea SCHÜNEMANN contra la teoría personal del bien jurídico de MUÑOZ CONDE y HASSEMER es, sin duda, su disociación con la tendencia actual del Derecho Penal que se caracteriza —o debería—, precisamente, por una tutela racional de bienes jurídicos coherente con las condiciones de distribución del mercado actuales. Y ello, como afirma el autor, no conduce inexorablemente a una legislación penal simbólica, sobrecargada y, por ello deslegitimada, pues debe seguir exigiéndose que se respeten los intereses legítimos subyacentes a las conductas que se penalizan (no sancionándolos), las exigencias dimanantes del principio de determinación y, por supuesto, la proporcionalidad de las sanciones con respecto al injusto típico³¹⁹.

³¹⁶ En España, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 108-113.

³¹⁷ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, (trad. Cancio Meliá, M.), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996, pág. 21.

³¹⁸ En realidad, HASSEMER no sostiene una concepción tan estrecha como la que le atribuye SCHÜNEMANN, pues admite expresamente la protección penal de bienes jurídicos universales y no sólo a través de delitos de lesión, sino también de peligro. *Cfr.* HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 68.

³¹⁹ Es interesante la construcción que desarrolla SCHÜNEMANN a propósitos de las exigencias de legitimidad que deben observarse en la tipificación de estos delitos de peligro abstracto y que es válida, en si misma, como propuesta general de legitimidad de cualquier intervención punitiva: identificación de una conducta peligrosa, constatación de que no constituye ejercicio legítimo de algún derecho, observancia del principio de determinación en su definición y observancia del principio de proporcionalidad entre injusto y medida. SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, *op. cit.*, págs. 34-35.

También MIR —siguiendo expresamente a Callies— concibe el Derecho penal como un medio de control social formalizado, pero prescinde de esa perspectiva antropocéntrica de los autores antes mencionados y define los bienes jurídicos como **condiciones de la vida social**, en la medida en la que afecten a las **posibilidades de participación de individuos** en el sistema. Así, según afirma, los bienes jurídicos sólo merecerán protección penal si tienen una **importancia fundamental** (en negrita en el original)³²⁰. El bien jurídico no es sólo un valor aunque tampoco puede identificarse exclusivamente con su substrato; el bien es una *cosa valiosa* pero su protección sólo se explica cuando es contemplada funcionalmente en la dimensión social apuntada. Ahora bien, consciente de que dicho concepto no permite ofrecer criterios limitadores al *ius puniendi* en su función de prevención, sino sólo orientaciones, el autor acude a la noción de Estado social y democrático de Derecho para limitar el recurso a la pena³²¹.

Hay autores como ROXIN que se encuentran a caballo de una concepción puramente funcional —político-criminal— y una clásicamente liberal del bien jurídico, pues la idea de dañosidad social sólo se concibe como presupuesto justificativo de la intervención penal que, en última instancia, sigue estando referida alternativamente al individuo o al sistema³²². Su concepción —dualista— considera admisible la tutela como bienes jurídicos de cualesquiera “circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para

³²⁰ MIR PUIG, S., *Derecho Penal - Parte General*, 5ª ed., PPU, Barcelona, 1998, págs. 92-93. *Id.*, “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, *Estudios penales y criminológicos*, núm. XIV, 1990, págs. 203 y ss.

³²¹ Pero entonces, nos preguntamos, si no todo lo que resulta contrario al sistema precisa ser castigado ni es legítimo que así se haga, sino sólo lo que sea tenido como fundamental para el individuo en tal sistema, no hace falta recorrer tanto camino. La clave no se halla en el sistema sino fuera y necesariamente debe ser la propia defensa de la libertad.

³²² En cambio, como afirma OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., la referencia al individuo tampoco solventa satisfactoriamente los problemas de raíz de esta perspectiva funcionalista, pues si lo que legitima la intervención punitiva del Estado es el mantenimiento del sistema social es independiente que esa intervención favorezca a todos o sólo a algunos de los individuos que lo

el funcionamiento del propio sistema³²³, alternativa que le distancia abiertamente de otros funcionalismos—. Es el propio autor el que aclara que al atender en su definición “a circunstancias dadas y finalidades” en vez de a “intereses, de modo general”, abarca tanto estados previamente hallados por el Derecho como deberes de cumplimiento a las normas por él creadas, pero en todo caso, la prejudicialidad no sobrepasa —no podría— la Constitución³²⁴. Los fines de la pena, a la que se orienta la intervención del Derecho penal, quedan vinculados a la idea de prevención general y especial de la pena para favorecer las condiciones que traducen las concretas posibilidades de participación del individuo en los procesos de interacción y comunicación social.

Ha sido GÓMEZ BENÍTEZ quien ha lanzado las críticas más certeras a las definiciones sociales de bien jurídico que efectúan una suerte de bipartición en cuanto al fin sobre el que se legitima la intervención penal: el perjuicio que resulta útil prevenir para el individuo o para el funcionamiento del sistema social. Entiende este autor que dicha alternativa supone un obstáculo insalvable para la global comprensión del bien jurídico como concepto social y le parece que así sigue sin ofrecerse “un criterio social de referencia para la criminalización de lesiones de bienes jurídicos”³²⁵. Y ciertamente le asiste la razón a este autor en cuanto que resulta altamente inconveniente prescindir de referencias sociales para identificar los presupuestos de actuación del Derecho penal cuando éste se define, precisamente, como un orden de coexistencia externa, como un instrumento útil y legítimo sólo frente a conductas que alternan la convivencia gravemente.

integran. *Cfr.*, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, págs. 5 y ss..

³²³ ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General*, *op. cit.*, pág. 56.

³²⁴ ROXIN deriva de esta definición una serie de límites al legislador penal en su libertad de configuración de bienes jurídicos que excluye, necesariamente, las arbitrariedades, las ideologías, las inmorales y las meras contravenciones, entre otros, como objetos de protección penal. *Ibid*, págs. 56-57.

³²⁵ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, pág. 99.

Partiendo de una perspectiva estrictamente funcional del Derecho penal la doctrina penal más reciente da un paso más y trata de desvincular completamente la teoría del bien jurídico —entendida como tutela de bienes jurídicos— de los fines de control social que competen al Derecho penal a través de la pena³²⁶. En la medida en que se entienda el bien jurídico desde la perspectiva del sistema social, el criterio por el que se rija el proceso de criminalización será la constatación de un perjuicio para el desarrollo del sistema social frente al que se alzaría la necesidad de respuesta. La necesidad preventivo general de penar conductas disfuncionales o dañosas socialmente relega la función de tutela de bienes jurídicos a un segundo plano o incluso llega a prescindirse de ella en la definición del Derecho penal.

GÓMEZ BENÍTEZ, por ejemplo, insiste desde el primer momento en que las concepciones sociales comienzan a tener auge en nuestro país, que la función del Derecho penal se justifica estrictamente por la necesidad de protección del funcionamiento de los sistemas sociales y, por tanto, por la necesidad preventivo-general de penar ciertos comportamientos que son socialmente perjudiciales al mismo³²⁷. Ello permite, a su entender, limitar el *ius puniendi* al rechazar su intervención en los supuestos en que se apela a la necesidad de pena frente a desvalores morales, espirituales, culturales, etc. y también frente a las que denomina “teorías liberales del daño social”³²⁸. Los perjuicios sociales relevantes se definen y complementan con diversos criterios a la hora de conformar el elenco de conductas típicas. Dichos criterios serían la irrelevancia o insignificancia de ciertas acciones desde el punto de vista del perjuicio social, la inclusión de la ausencia de causas de

³²⁶ BUSTOS RAMÍREZ, J., *Bases y evolución del Derecho Penal*, 3ª ed., Ariel, Barcelona, 1986, pág. 107.

³²⁷ Ese concepto preventivo general de penar —no sólo intimidatorio sino, sobre todo, integrador—, lleva implícitamente consigo la exigencia de proporcionalidad y, en esa medida, resulta un concepto racionalmente más apto para limitar el *ius puniendi* que las concepciones valorativas propias del Derecho penal anclado en principios liberales. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, págs. 106 y 110-111; *Id.*, “Racionalidad e irracionalidad en la medición de la pena”, *op. cit.*, págs. 39-40.

³²⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, pág. 98.

justificación en la materia de prohibición y la inclusión de los componentes subjetivos del desvalor de la acción en el tipo. Todo ello lleva a un desplazamiento de la esencia del injusto desde el resultado a la acción, de la causación de resultados a la prevención de acciones peligrosas³²⁹.

Desde una tal perspectiva funcionalista que justifica el recurso a la pena mediante argumentos de utilidad, de prevención, no cabe hacer ninguna referencia o concesión en la legitimación del Derecho Penal como mecanismo de tutela del mundo de valores tradicionalmente liberales frente a eventuales lesiones. No hay que concebir el delito como lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos ni el Derecho como instrumento orientado a la tutela de dichos bienes; lo relevante es atender a la legitimación de la pena como respuesta necesaria a un daño social, a un daño al funcionamiento del sistema que puede y merece ser prevenido. Y, además, la prevención general así concebida —y frente a las concepciones retributivas o preventivo-especiales—, se autolimita³³⁰ porque está asentada en el principio de proporcionalidad.

Ahora bien, medir la dañosidad social no es tarea sencilla cuando pretende prescindirse de juicios valorativos. Y lo que es más importante, la dañosidad social inherente a cierta clase de conductas no legitima, sin más, el recurso a la pena³³¹. Esta afirmación sólo puede fundamentarse con arreglo a principios constitucionales y, en particular, a la idea de proporcionalidad, por lo que en último extremo, la dañosidad

³²⁹ *Ibid*, págs. 89, 102-104.

³³⁰ Se ha llegado a afirmar que una teoría material espiritual o valorativa del bien jurídico concluye necesariamente en una teoría de la pena esencialmente retributiva, en tanto que un contenido social de bien jurídico, y de perjuicio social como contenido del injusto, conduce a una teoría de la motivación y de la prevención general. *Vid.* en este sentido, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal. Concepto y método*, Bosch, Barcelona, 1976, pág. 59 y GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, págs. 89, 104-105. Críticamente, contra esta afirmación, CUERDA ARNAU, M^a L., “Aproximación al principio de proporcionalidad en derecho penal”, *Estudios jurídicos (en memoria del Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz)*, Vol. I., Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997, págs. 477-480.

³³¹ Resulta correcto exigir como condición necesaria que la tutela penal se cifa a las conductas socialmente dañosas, pero no cabe aceptar como necesario que toda conducta socialmente dañosa sea provista de sanción penal aun cuando este recurso resulte útil para prevenirla.

como contenido material del bien jurídico no aporta criterio definitivo alguno a la justificación de la intervención penal³³².

Desde las propias filas funcionalistas propone KARGL dos ejemplos de este tipo de dañosidad cuya respuesta penal sería —a su juicio— cuestionable: daños fácilmente compensados y daños nunca compensables. En el primero se desvanece la consideración tradicional de daño como perjuicio³³³ y en el segundo la referencia subjetiva del daño³³⁴. De esta forma concluye: “(...) el juicio de dañosidad no se basa primordialmente en el acaecimiento de un estado de cosas indeseado y perjudicial en sí, sino en la lesión de la pretensión de que tal estado de cosas eventualmente no llegue a producirse”³³⁵. Es decir, que la dañosidad social se debe identificar exclusivamente, según este autor con la desobediencia a la norma.

En esta línea se sitúa la concepción de JAKOBS quien también se rechaza, desde luego, la automática manera de presumir como daño penalmente relevante cualquier daño a los bienes, pues la misión del Derecho y aun más, la del Derecho Penal, no se caracteriza, a su entender, por servir a la conservación de bienes: ni toda lesión de bienes debe presumirse como socialmente perturbadora, ni el Derecho penal se limita a la sanción de conductas que lesionan bienes jurídicos³³⁶. El autor descarta la afirmación de que el Derecho Penal se legitima materialmente por medio de la

³³² Vid., VIVES ANTÓN, T.S., “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, *Estudios de Derecho Constitucional. Homenaje al profesor Dr. D. Joaquín García Morillo*, (Coord. López Guerra, L.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 285.

³³³ El autor propone como ejemplo hipotético si unos daños a un vehículo que adquieran, por su entidad, categoría delictiva, podrían dejar de considerarse un perjuicio en tanto que a su propietario se le indemnizara con otro vehículo de valor económico claramente superior.

³³⁴ La muerte es un daño nunca compensable para el titular de la vida lesionada. KARGL, W., “Protección de bienes jurídicos mediante protección del Derecho. Sobre la conexión delimitadora entre bienes jurídicos, daño y pena”, *op. cit.*, págs 51-53.

³³⁵ *Ibid.*, pág. 54. Para este autor, el Derecho penal es protección de bienes jurídicos, entendidos como condiciones de desarrollo de las facultades de percepción y la capacidad de comunicación de los hombres, es decir, de crear su autonomía. Pero como no todas las condiciones que, en principio, son merecedoras de protección lo alcanzan realmente porque unas gozan de respaldo social y otras no, la única función del Derecho penal es “aportar capacidad de resistencia, en caso de conflicto, a un sistema de expectativas”. *Ibid.*, págs. 57-58.

protección de bienes jurídicos³³⁷ y, en todo caso, también reformula la pregunta de cuál es el criterio que se sigue para decidir la incriminación penal de una conducta.

A su entender la clave para determinar qué bienes —se asignen a quien se asignen— merecen tutela pública es, desde luego, la dañosidad social de una conducta lesiva para el mantenimiento del sistema y no la desvaloración del comportamiento lesivo para con dichos bienes; a ello debe añadirse que para que dichos bienes públicos alcancen tutela penal hay que considerar quién tiene capacidad para disponer de dichos bienes, pues siendo de titularidad pública no hay duda que pueden alcanzar la tutela penal pero siendo de titularidad privada (de individuos solos o en grupo) es la desconfianza ciudadana la que produce una tendencia a desplazar la facultad de disposición a favor del Estado y, con ella la de su tutela penal, que no se materializa sino en el mero restablecimiento de la vigencia de la norma quebrantada³³⁸.

Si la pregunta relevante sobre los presupuestos de intervención le viene dado al Derecho Penal desde el resto del ordenamiento jurídico —puesto que los bienes jurídicos residen precisamente en otros ámbitos normativos—, bien puede sostenerse que el concepto de bien jurídico penal es estrictamente formal, puesto que al Derecho penal no le corresponde sino la tarea de dar respaldo a dicho ordenamiento mediante la reclamación de respeto a sus normas. El regreso a la concepción formal de BINDING parece indiscutible. JAKOBS y su amplia escuela no pretenden ofrecer un fundamento material, sino sólo un límite al ámbito objetivo de intervención sancionadora del Estado.

Las soluciones intrasistémicas no son, en cambio, la vía idónea para lograr un cierto efecto limitador al *ius puniendi*, presupuesto característico de los sistemas

³³⁶JAKOBS, G., *Derecho Penal - Parte General*, op. cit., pág. 56.

³³⁷*Ibid.*, págs. 47-49.

³³⁸El bien jurídico penal no debe identificarse, según este autor, con el objeto de protección de la norma, pues es la propia validez de una norma el bien jurídico-penal. *Ibid.*, pág. 48.

constitucionales de Derecho a los que no parece que estemos en vías de renunciar. Aunque tampoco hay que negar el esfuerzo llevado a cabo por estas corrientes para racionalizar las respuestas a tantas preguntas dejadas sin contestar desde concepciones materiales tradicionales del bien jurídico supuestamente limitadoras³³⁹. Por otra parte, tampoco cabe en el concepto funcionalista de bien jurídico penal un criterio de interpretación del Derecho positivo capaz de orientar racionalmente la aplicación judicial de las normas³⁴⁰. Como bien apunta ALCÁCER en relación a la concepción del injusto del funcionalismo sistémico de JAKOBS, pero que igualmente puede oponerse a cualesquiera concepciones formales de lo injusto “¿de qué sirve entonces una noción de lo injusto que a su vez remite la decisión al propio ordenamiento legal, si de lo que se trata es precisamente de hallar una noción de lo injusto que sirva como criterio de interpretación del Derecho positivo, con el fin de determinar el contenido de sus normas?”³⁴¹.

C. La concepción constitucional del bien jurídico

Según afirma RUDOLPHI, la única forma de eludir los aspectos contradictorios entre los clásicos conceptos teleológico-formal y dogmático-material del bien jurídico (uno por vacuo, y el otro porque su materialidad se basa en valores prejurídicos) sería deduciendo, si fuera posible, dicho concepto de las prescripciones jurídico positivas, que son previas a la legislación penal pero vinculantes para ésta³⁴².

³³⁹ Como bien apunta GÓMEZ BENÍTEZ, el escaso efecto limitador del *ius puniendi* es común a las teorías espiritualizadoras y sociales del bien jurídico, pues tanto unas como otras se basan en una teoría legitimadora por el interés general, en un caso completada por referencia a lo “espiritual” o lo “cultural”, en otro a lo “social”. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., “Sobre la teoría del ‘bien jurídico’ (aproximación al ilícito penal)”, *op. cit.*, págs. 88 y 91.

³⁴⁰ Aparentemente ese no es un problema que preocupe a los funcionalistas, lo mismo que a Binding, en tanto que la norma es ya portadora del injusto. Entonces surge la duda de si realmente tiene algún sentido hacer construcciones dogmáticas.

³⁴¹ Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000, pág. 351.

³⁴² RUDOLPHI, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *op. cit.*, págs. 337-338.

Tales decisiones valorativas previas y obligatorias para la legislación penal únicamente se pueden hallar en la Constitución —al menos implícitamente— al proclamarse la vigencia del Estado de derecho³⁴³. Y concluye: “sólo pueden ser objeto de las amenazas penales aquellos comportamientos que lesionan o ponen en peligro los presupuestos de una vida social próspera, apoyada en la libertad y responsabilidad del individuo”³⁴⁴.

Precisamente en la búsqueda de un concepto material de bien jurídico que resultara indiscutiblemente vinculante para el legislador en cuanto a la selección de valores tutelable, se ha ofrecido por parte de cierta doctrina lo que se conoce como un concepto constitucional de bien jurídico³⁴⁵. La propuesta se desarrolla en Italia, muy señaladamente por BRICOLA³⁴⁶, y en España ha sido acogida por un relevante grupo de autores³⁴⁷. Todos ellos, en mayor o menor medida, consideran que existe un concepto constitucional de bien jurídico en tanto que la Norma Fundamental

³⁴³El autor continúa: “soy de la opinión de que nuestra Ley Fundamental las ha decidido al afirmar que la República Federal Alemana es un Estado de Derecho (...) El Estado de derecho corporeiza en sí la protección de la libertad personal y política de los ciudadanos y la moderación y juridicidad de todo ejercicio del poder público”. *Ibid.*, págs. 338-339.

En el mismo sentido *vid.* OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *op. cit.*, pág. 15, donde afirma que los “intereses a proteger y a destutelar por el Derecho Penal serán, precisa y respectivamente, aquellos nacidos y recibidos y aquellos puestos en vías de extinción a causa de las mismas transformaciones materiales de la sociedad que han dado origen al Estado social y democrático de Derecho. Lo cual... no implica un inconcreto criterio de averiguación de los bienes jurídico-penales. O, por menos decir, no implica una inconcreción mayor que la que pueda aquejar (...) al método de singularización de los fundamentos y finalidades del propio Estado social y democrático de Derecho”.

³⁴⁴RUDOLPHI, H.J., “Los diferentes aspectos del concepto de bien jurídico”, *op. cit.*, pág. 341.

³⁴⁵La denominación no es precisamente ajustada por cuanto que todas las concepciones de bien jurídico hoy en día apelan a la legitimidad constitucional de sus propuestas. Lo definitorio en los defensores de esta concepción constitucional es que pretenden hallar en la Constitución un concepto de bien jurídico penal, no sólo un referente de legitimación.

³⁴⁶BRICOLA, F., “Teoria Generale del Reato”, *Novissimo Digesto Italiano*, (Dir. Azara, A y Eula, F.) Tomo XIX, VTET, Turín, 1975, págs. 8 y ss.; MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, Giuffrè, Milán, 1974.

³⁴⁷GONZÁLEZ RUS, J.J., *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, Fundación Juan March, Madrid, 1983, *passim*; ÁLVAREZ GARCÍA, F.J., “Bien jurídico y Constitución”, *op. cit.*, *passim*; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. y ARROYO ZAPATERO, L., *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Praxis, Barcelona, 1994, págs. 43 y ss.; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs. 27 y ss.

constituye el parámetro de referencia para la selección de los hechos que legítimamente pueden asegurarse mediante la pena e incluso para determinar la medida de la misma³⁴⁸. Dado que en la Constitución se encuentran reflejadas las decisiones valorativas fundamentales de la sociedad, el Derecho penal debe ofrecer su respaldo, vinculando sus respuestas a la tutela de dichos valores. La Constitución es la única vía para vincular al legislador ordinario “ante el peligro de perversión del bien jurídico” frente a los continuos cambios sociales, de manera que los bienes jurídicos deben equipararse a los valores constitucionales³⁴⁹. Así, se ha llegado a afirmar que “la sanción penal puede adoptarse solo en presencia de la violación de un bien que, si no tiene el mismo grado de reconocimiento que el valor (la libertad personal) sacrificado, esté, al menos, dotado de relevancia constitucional”³⁵⁰. Desde tal concepto, el delito se define como “hecho lesivo de un valor constitucional cuya significación se refleja en la medida de la pena”, que se determina en función de la importancia jerárquica del valor lesionado³⁵¹.

Las objeciones que plantea esta teoría son de diverso calado: por un lado, resulta difícil admitir que la Constitución contenga algo a sí como una escala de valores jerárquica y lo mismo cabe decir respecto de su contemplación como un programa cerrado a ulteriores consideraciones legislativas³⁵². Las normas penales son, desde luego, normas de tutela, pero no hay tal identificación entre los “bienes

³⁴⁸ También la vinculación entre la teoría del bien jurídico y la Constitución ha sido puesta de manifiesto desde finales de los sesenta y principios de los setenta por la doctrina alemana —SAX, ROXIN— Vid. FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *op. cit.*, págs. 45-50.

³⁴⁹ GONZÁLEZ RUS, J.J., *Bien Jurídico y Constitución (Bases para una teoría)*, *op. cit.*, págs. 33-35.

³⁵⁰ BRICOLA, F., “Teoria Generale del Reato”, *op. cit.*, pág. 15.

³⁵¹ *Ibid.*, págs. 17-19.

³⁵² En el siguiente Capítulo se abordará la relación entre el legislador y los derechos fundamentales por cuanto que esta materia ofrece un campo de pruebas idóneo para contrastar las distintas concepciones en torno al papel y posición del legislador en el diseño constitucional del Estado de Derecho. Por el momento baste señalar con POLAINO, que esta fórmula condena al desarrollo social a un indudable inmovilismo jurídico. POLAINO NAVARRETE, M., *El Bien jurídico en el Derecho Penal*, *op. cit.*, págs. 206 y 249.

jurídicos constitucionales” y los que son objeto de tutela penal. Sólo ciertos valores y derechos constitucionales son tutelados penalmente y los son sólo fragmentariamente³⁵³. Por otra parte, no hay problema en admitir, y así se ha hecho, la legitimidad de la sanción penal de conductas que no atentan sino a intereses estatales, colectivos o supraindividuales legítimos —véase la seguridad del tráfico, la fe pública o la Hacienda comunitaria— pero que, desde luego, no son susceptibles de ser calificados ni como derechos fundamentales ni como “bienes constitucionales”³⁵⁴. Este reconocimiento prepositivo (en sentido estricto, pre-legislativo) de los bienes jurídicos constituye, precisamente, uno de los principales obstáculos para el reconocimiento de alguna virtualidad legitimadora del *ius puniendi* a esta concepción, porque la identificación de cualquier derecho fundamental como bien jurídico penal sería automática y obligada (una especie de legalidad invertida, en la que todo ilícito podría ser estimado digno de sanción penal ante la relevancia del valor lesionado)³⁵⁵. Por eso, desde un tal concepto material del bien jurídico que se nutre de apelaciones a derechos y valores constitucionales cuya tutela se alza como fin último, es necesaria la llamada posterior a los principios constitucionales que limiten adecuadamente cuándo esa tutela puede articularse por medio de la pena.

Precisamente la doctrina penal española alineada en estas concepciones, formula unas propuestas más moderadas en las que, no obstante, los bienes jurídicos siguen estando vinculados o definidos constitucionalmente por referencia a valores implícita o explícitamente consagrados en la Constitución, mientras que el papel

³⁵³ Ni el Derecho penal se limita a la tutela de valores constitucionales lesionados o en peligro, ni la sola constatación de este dato justifica, sin más la legitimidad de la intervención penal. No cabe identificar los bienes jurídicos con los derechos fundamentales, como se verá en el siguiente apartado.

³⁵⁴ Sobre la distinción entre derechos fundamentales y bienes constitucionales, *vid.* la STC 116/1999, F.J.º 5.

³⁵⁵ Este problema de las teorías constitucionalistas se pone especialmente de manifiesto en la interpretación y construcción dogmática de los tipos penales, momento en el que ponen siempre en el frontispicio el principio de “constitucionalidad” por encima del de legalidad, ignorando el papel del legislador en la conformación del ordenamiento jurídico —o negándosele si entienden la Constitución como un programa cerrado a ulteriores decisiones legislativas—.

fundamental en la limitación del *ius puniendi* lo juega el principio constitucional de legalidad y prohibición de exceso³⁵⁶.

D. Conclusiones y toma de posición: la teoría procedimental del bien jurídico

Como resumen y conclusión de lo dicho hasta ahora puede sostenerse lo siguiente:

1º Las teorías propiamente dichas del bien jurídico (formales o materiales) no son capaces de suministrar los criterios por los que un bien merece protección penal por resultar circulares (bien jurídico es todo lo que recibe protección penal y sólo la recibe lo que la merece porque es, precisamente, un bien jurídico) o excesivamente imprecisas y, por tanto, peligrosas (cualquier interés o valor necesitado de tutela)³⁵⁷. No cabe reducir a un concepto común la clase de “objetos” sobre los que discurre el referido debate acerca de la legitimidad de la intervención penal como instrumento de tutela jurídica.

2º Por otra parte, la dañosidad social de la conducta aporta un elemento contingente a la idea de bien jurídico, pero no puede suplantarla en condiciones ventajosas para dar respuesta a la pregunta sobre el fundamento legitimador del *ius puniendi*, pues no todo daño social —sea concebido desde los intereses individuales o desde la perspectiva social de defensa del sistema— que pretende y necesita ser evitado justifica, sin más, el recurso a la pena por útil que resulte operar así³⁵⁸. Desde

³⁵⁶ *Vid.*, por todos, CARBONELL MATEU, J. C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs. 27-32, quien prefiere aludir a la relevancia constitucional de los bienes jurídicos, y no a la exigencia de concreta y explícita proclamación constitucional de los mismos (pág. 29).

³⁵⁷ Ni siquiera, como hemos visto, cabe acudir al correctivo de la Constitución como fuente de los valores que merecen tutela penal. El legislador tiene legitimidad para proteger penalmente muchas clases de intereses que difícilmente pueden hallarse reflejados en las Constituciones.

³⁵⁸ *Vid.*, VIVES ANTÓN, T.S., “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, *op. cit.*, pág. 285.

el funcionalismo estricto el fundamento y el límite del *ius puniendi* se encuentra en la utilidad que supone para la defensa del sistema, la imposición de una pena que restablezca la vigencia de la norma infringida; pero la defensa del sistema tiene, como sabemos, pretensiones de infinidad, difícilmente compatibles con una indiscutible concepción del Derecho penal mínimo propio de un sistema de libertades de manera que la indiscutible pretensión de sus defensores de autolimitar el recurso a la pena mediante unos u otros correctivos (dentro o fuera del ordenamiento penal), no ofrece la seguridad ni la garantía de que la pena resulte no sólo útil y necesaria, sino justa.

3º La pretensión de la concepción constitucional de vincular y limitar la tutela penal de bienes jurídicos con la de los valores constitucionales resulta insostenible desde un entendimiento de la Constitución como norma que ordena la convivencia, que limita, pero no orienta, las decisiones de los poderes públicos, y que reconoce la legitimidad de una diversidad de opciones plurales y de políticas (también políticas criminales) diferentes.

Volvemos inevitablemente al punto de partida que late, en definitiva, bajo cualquier pretendido concepto unitario de bien jurídico: la excusa en torno a la que preguntarnos la justificación de la intervención penal sobre el sistema social de convivencia. La pregunta está, en efecto, bien formulada por los funcionalistas como alternativa a un concepto de bien jurídico capaz de autolimitar las pretensiones de intervención penal, aunque la respuesta no resulte definitivamente convincente para quienes concebimos el sistema jurídico de un Estado de Derecho como un orden autónomo sólo en la medida en que pueda defenderse su racionalidad, una racionalidad que debe ser de tipo ético³⁵⁹.

Es evidente que las pretensiones de ofrecer un concepto de bien jurídico como categoría dogmática u orden de cosas que “evoca” al valor o interés protegido por la

³⁵⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Derecho Penal y teoría de la democracia”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 30, 1995, pág. 11.

norma penal no satisface a la doctrina penal³⁶⁰, o al menos a parte de ella³⁶¹ en cuanto a la pretendida función fundamentadora del *ius puniendi*. Por ello le asiste razón a JAKOBS, entre otros, cuando denuncia la esterilidad del concepto como eje sobre el que hacer bascular la teoría del injusto, la teoría de la interpretación penal, y cualesquiera otras funciones que tradicionalmente se le han atribuido al bien jurídico penal³⁶².

Con un planteamiento ciertamente diferente, afirma FIANDACA que el bien jurídico simplemente cumple la función de ofrecer una directiva programática de tutela potencialmente vinculante y orientada constitucionalmente³⁶³. La legitimación de la tutela jurídica por medio de la sanción punitiva se evalúa tanto conforme a criterios de justicia como de utilidad lo que, dicho en lenguaje de los penalistas, exige prioritariamente la observancia del principio de ofensividad, esto es, de exclusiva protección de bienes jurídicos³⁶⁴ y de mínima intervención

³⁶⁰ También denuncia el exceso de funciones asignadas al concepto de bien jurídico HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op. cit., pág. 105.

³⁶¹ Y no se trata de ningún descubrimiento de las corrientes funcionalistas, pues ya HONIG, en 1919, denunciaba la ineficacia del concepto.

³⁶² JAKOBS, G., *Derecho Penal - Parte General*, op. cit., pág. 55. En otro lugar manifiesta este autor la limitada función que cumple la teoría de los bienes jurídicos para limitar la acción del legislador y, en cambio, el efecto tan nocivo desde el punto de vista de los principios que rigen un Estado de libertades que ha favorecido una particular lectura del mismo, a saber, que la sola constatación de que ciertas conductas son potencialmente lesivas para algún bien jurídico individual y, en todo caso, lesivas al orden, la paz y la seguridad jurídicas permite asegurar su punibilidad (ej: castigo generalizado de los actos preparatorios). Esta tendencia conforma el llamado Derecho penal de enemigos como contrario del Derecho penal de ciudadanos. Vid., al efecto, JAKOBS, G., "Criminalización en el estadio previo a la lesión de un bien jurídico", op. cit., págs. 293-324.

³⁶³ FIANDACA, G., "Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale", op. cit., pág. 65.

³⁶⁴ El principio de subsidiariedad constituye, según la formulación de JAKOBS, la variante penal del principio constitucional de proporcionalidad, según el cual no es lícita una intervención punitiva, cuando el mismo efecto puede lograrse con medidas menos graves. JAKOBS, G., *Derecho Penal - Parte General*, op. cit., pág. 61. VIVES prefiere establecer el paralelismo con el principio de ofensividad. VIVES ANTÓN, T.S., "Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión", op. cit. También en COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., op. cit., págs. 84-90.

(proporcionalidad), que ha llevado a la clásica calificación doctrinal del Derecho penal como *ultima ratio* del ordenamiento³⁶⁵.

Desde luego, no parece que pueda definirse el bien jurídico como un concepto y, por otra parte, resulta irremediable volver la vista, de nuevo, a los injustamente denostados principios “liberales”, en tanto que ahora ya formalmente respaldados en las Constituciones³⁶⁶. Mas no con la pretensión de hallar en ellos los presupuestos de la intervención (valores, intereses legítimos, etc.) sino las reglas de procedimiento para valorar la legitimidad del Derecho penal. Porque la clave del problema, como recientemente ha puesto VIVES de manifiesto, es que existe una insalvable dificultad si, como hasta ahora, se trata de identificar al bien jurídico como un “objeto”: tanto a un objeto ideal que sería el interés o valor protegido por la norma, delimitable por el tipo abstracto, como al objeto material —que podría contraponerse a aquél— y que se referiría al sustrato sobre el que recae la conducta delictiva³⁶⁷. En cualquiera de los casos, ambos objetos material e ideal compartirían un mismo “status” ontológico y unas características sustantivas que los “definirían”.

Sin embargo, los bienes jurídicos son de tan dispar naturaleza que no se dejan reducir a un concepto. El bien jurídico no puede definirse como una clase de objetos (ni materiales ni ideales). Y por lo mismo que no hay un concepto de bien jurídico, no hay una clase de objetos a los que podamos denominar bienes jurídicos o, dicho de otro modo, los objetos materiales o ideales que llamamos bienes jurídicos no

³⁶⁵ El principio de ofensividad —como en general los principios constitucionales que limitan el *ius puniendi*— se proyecta, como es natural, sobre el legislador penal, pero también sobre otros poderes del Estado pues, como señala GONZÁLEZ CUSSAC, el *ius puniendi* no se acaba en aquél. Por ello el principio de ofensividad se extiende, muy especialmente, al poder judicial, de manera que si la conducta enjuiciada no ha lesionado el objeto tutelado, debe declararse su atipicidad. GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal”, *op. cit.*, pág. 9.

³⁶⁶ Es característico de los ordenamientos modernos la internalización de su propia autojustificación. Así, las Constituciones actuales —a diferencia de las del siglo XIX— lo hacen al proclamar los fundamentos de su sistema en principios generales y valores superiores que le preceden y el legislador hace lo propio al recurrir a la Constitución como criterio de racionalidad de sus actos. *Vid.*, JIMÉNEZ REDONDO, M., *Estudio Preliminar* a la obra de VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs 93 y ss.

³⁶⁷ VIVES ANTÓN, T.S., *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, pág. 484, nota 71.

pertenecen a una misma clase. Si no podemos definir el bien jurídico materialmente, en términos de objeto, habremos de hacerlo, como VIVES, procedimentalmente³⁶⁸, en términos de justificación: bien jurídico es aquello cuya tutela legitima el castigo.

La legitimación proviene simple y directamente de la conformación de la intervención punitiva a los derechos fundamentales, las normas y los principios constitucionales. Las limitaciones al legislador a la hora de optar por una u otra política criminal y, muy especialmente, cuando nos referimos a la tarea de la tipificación de infracciones existen, en definitiva, porque la Constitución ha proclamado que la libertad es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico; por ello, y en la medida en que la tipificación de una conducta como infracción y su correspondiente sanción por medio de una pena es la más expeditiva de las limitaciones (no sólo a la libertad general de actuación sino, muy frecuentemente, de otras libertades y derechos fundamentales), —y lo mismo cabe decir respecto de la aplicación de la ley que corre a cargo del juez penal³⁶⁹—, es por lo que el alcance de tal limitación debe ser determinado conforme a las exigencias constitucionales que legitiman una restricción o limitación de la libertad³⁷⁰, que son mucho más que “orientaciones” de política criminal³⁷¹. De esta forma, en lugar de inventar un “concepto” unitario de bien jurídico que desde la teoría general del Derecho llevara a

³⁶⁸ *Ibid.* pág. 484; *Id.*, COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., págs. 318-319, *Id.*, “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, *op. cit.*, pág. 291.

³⁶⁹ En este sentido, el TC ha afirmado: “Es la ley, en una primera instancia, la que debe garantizar que el sacrificio de los derechos de los ciudadanos sea el mínimo imprescindible y que los límites y restricciones de los mismos sean proporcionados. Por ello, en tanto una condena penal pueda ser razonablemente entendida como aplicación de la ley, la eventual lesión que esa aplicación pueda producir en los referidos derechos será imputable al legislador y no al Juez.” STC 136/1999 de 20 de julio, FJº 21.

³⁷⁰ En este sentido, ROXIN, C., *Derecho Penal, Parte General, op. cit.*, págs. 55-56 y también en Italia, FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *op. cit.*, pág. 47.

³⁷¹ En contra del criterio, aunque probablemente coincidente en sus resultados, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal, op. cit.*, págs. 65-75, donde efectúan un análisis acerca de las exigencias de una conducta para ser merecedora de pena como objeto de la Política Criminal y se refieren a ella como una cuestión de merecimiento de pena (citando como criterios, precisamente, la Justicia y la utilidad).

cabo semejante cometido, hay que dar paso a la dogmática constitucional para hallar los parámetros en los que el legislador puede moverse libremente a la hora de configurar el ordenamiento penal. Preguntarse acerca del bien jurídico no tiene otro sentido que indagar aquello que legitima o justifica la intervención penal.

El bien jurídico es aquello que sirve como *prius* lógico de un discurso jurídico dirigido a indagar si la limitación de la libertad que contiene una norma penal puede justificarse racionalmente desde la idea de legalidad y proporcionalidad³⁷². Si se asume, como VIVES ANTÓN, que los derechos fundamentales son técnicas de distribución de bienes que contienen las reglas que establecen y guían los procesos de participación y actuación en un Estado democrático, la idea de bien jurídico debe tratarse necesariamente desde una perspectiva o sentido procedimental, y no como un concepto formal o material³⁷³. Ello no implica a renunciar —como se denuncia de las sistemáticas funcionalistas— a la idea de valor, un valor que no es identificable, desde luego, con derecho subjetivo ni determinable con mentalidad individualista, sino desde una perspectiva social, puesto que la tutela de algo considerado valioso constituye el presupuesto de la intervención³⁷⁴. Probar la peligrosidad o el daño social de un comportamiento para un valor constitucionalmente reconocido o, cuanto menos, no proscrito es condición necesaria, pero no suficiente, para la legitimación de la intervención penal³⁷⁵, pues frente a determinadas conductas el Derecho penal no

³⁷² VIVES ANTÓN, T.S., “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, *op. cit.* pág. 286; *Id.*, *Fundamentos del Sistema Penal*, *op. cit.*, pág. 484 en cita 71.

³⁷³ En este sentido, *vid.* también, GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., “El desarrollo de las sistemáticas objetivas”, *Estudios jurídicos en memoria del Profesor Dr. D. José Ramón Casabó Ruiz*, Primer Volumen, Instituto de Criminología de la Universidad de Valencia, Valencia, 1997, pág. 909.

³⁷⁴ La idea de bien jurídico puede, desde luego, apoyarse en la idea de valor, tal y como hiciera ROCCO, no un valor en sentido exclusivamente ético, sino como aquello que es apto para satisfacer una necesidad humana. ROCCO, A., *Opere giuridiche: l'oggetto del reato e della tutela giuridica penale*, Vol. I, Società Editrice del “Foro Italiano”, Roma, 1932, págs. 259-261. En el mismo sentido, destacando la pluridimensionalidad del valor apto para constituirse en bien jurídico, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., “Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos”, *op. cit.*, pág. 6.

³⁷⁵ Cuando se alude al sustrato de la intervención penal como un valor o como un daño social sobre el que se proyectan las demás exigencias constitucionales se está diciendo mucho y a la vez muy poco: ni toda intervención se realiza conforme a lo que comúnmente se entiende como un valor (no lo

puede ofrecer su protección sin menoscabar esencialmente otros valores reconocidos u otros principios constitucionales de convivencia³⁷⁶, con lo que se estaría negando su propio fundamento que es, precisamente, la tutela *jurídica*. La tutela —de bienes e intereses— del Derecho penal es jurídica, y por ser jurídica, debe ser limitada y racionalmente fundada en el respeto a los derechos fundamentales según criterios de justicia distributiva inherentes a cualquier régimen constitucional de Derecho³⁷⁷. Aun cuando un valor sea digno y esté necesitado, no siempre es susceptible de protección penal. La conducta que lo lesione sólo será sancionable penalmente si, además, su prohibición penal no limita irracionalmente, injustificadamente, el ámbito de libertad.

En definitiva, la legitimidad de una norma penal se condiciona, en primer término, a la pretensión de tutela frente a conductas que representan un daño o un peligro para la sociedad, y para ello, la tutela debe dirigirse a un bien o un interés que pueda merecer reconocimiento jurídico, esto es, que no sea socialmente irrelevante y que no esté proscrito constitucionalmente. Ni menos, ni más. No se exige que el bien se halle explícitamente reconocido en una norma constitucional, pero sí que ésta, en ningún caso, lo impida³⁷⁸. La libertad de configuración del legislador tiene tanto reconocimiento constitucional como la proclamación de los valores superiores y los principios generales que rigen su actuación y ambos

es, estrictamente, la autotutela del ordenamiento) ni la constatación de que precisamente se protege un valor resulta suficiente; lo mismo se ha afirmado respecto del daño social. Tal vez esas carencias del concepto de bien jurídico han favorecido que autores como SILVA recurran a la combinación de ambos substratos para legitimar la intervención penal a las que añade, desde luego, las exigencias de necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, desde el momento en que este autor parte de la idea de valor como presupuesto de la intervención —definido como objeto que el ser humano precisa para su libre autorrealización—, pueden formularse las mismas objeciones que antes se han dirigidos a las concepciones materiales del bien jurídico. SILVA SÁNCHEZ, J.M^a, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 271-273.

³⁷⁶ Asimismo, FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *op. cit.*, pág. 59.

³⁷⁷ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5^a ed., *op. cit.*, pág. 823.

³⁷⁸ En este sentido, FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *op. cit.*, págs 52-53 y 57; CARBONELL MATEU, J.C., *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, *op. cit.*, págs. 28-30.

permiten una diversidad de opciones acerca de qué intereses primarios o secundarios —sea la vida o la autotutela del ordenamiento— se estiman merecedores de protección penal en un determinado momento y con arreglo a concretas circunstancias sociales³⁷⁹.

La “dignidad” de un valor (condición externa de la libertad) permite considerarlo como bien jurídico sólo cuando concurre la necesidad de tutelarlos frente a comportamientos que lo lesionan o ponen en peligro, sin impedir, con ello, la efectividad de los procesos de participación y actuación de los ciudadanos³⁸⁰. Su tutela penal sólo se justificará cuando la clase de conducta que genera el peligro para la subsistencia de dicho valor y los medios que pretenden emplearse para sancionarla no sean impeditivas, al propio tiempo, de la subsistencia de otras libertades por cuanto se ven irracional o ilegítimamente recortadas. En definitiva, la identificación del fin de protección de un interés es el presupuesto de la justificación de la intervención penal, una justificación que discurre racionalmente y cuyo examen remite a las comunes exigencias que se derivan de la proyección de los principios de legalidad y proporcionalidad por cuanto que la regulación supone una restricción de la libertad³⁸¹.

³⁷⁹ En el mismo sentido, HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op. cit., págs. 75-77.

³⁸⁰ El mantenimiento de una apelación a un sistema de valores como instancia indispensable de determinación de los bienes jurídicos diferencia, esencialmente, a la llamada teoría procedimental del bien jurídico de VIVES de las concepciones funcionales que definen el mismo como condiciones de participación en la interacción social y que concretan el objeto de protección de la norma no en defensa de valores —cuya lesión no siempre estiman concurrente— sino en la defensa del sistema social o alguno de sus subsistemas, incluido el ciudadano. Así JAKOBS, G.,

??

mantenido, de la siguiente forma: un interés se convierte en bien jurídico cuando posee una importancia tal para los individuos personal y socialmente considerados que su preservación no puede confiarse al juego desreglamentado de las fuerzas sociales; ese bien jurídico lo será, además, penal si su tutela se compadece con el carácter fragmentario de la tutela penal (pena como sanción merecida SAX o adecuada FRISCH y proporcionada). Para ello es preciso que se trate de una prevención frente a lesión o peligro concreto, que el objeto y la forma de afectación sean objetivamente descriptibles y su significado comprensible a los destinatarios. Por último, la propuesta debe resultar susceptible de implementación práctica.

Ello permite eludir el empleo de “métodos” de ponderación entre bienes o valores para justificar si el ejercicio de unos debe ser soportado pese a la lesión de los otros, cualquiera que sea la clase de ejercicio o de lesión concreta. No existiendo jerarquías de valores formalmente establecidas, el referido método se convierte en una arbitraria determinación conforme a las valoraciones personales sobre qué interés se estima preferente y cuál prescindible. En cambio, la apelación a libertad ordenada, a reglas que justifican racionalmente la coexistencia de derechos e intereses, ofrece un criterio mínimo pero, al menos, no arbitrario, para la determinación de la legitimidad de una intervención penal: ésta se dará siempre que se garantice mayor libertad que la que se restringe, siempre que el balance resulte positivo³⁸².

En este sentido pueden interpretarse las palabras del TC cuando se pronuncia acerca de la operatividad del principio de proporcionalidad en el ámbito penal —a la que me referiré posteriormente— y lo hace paradigmáticamente en las SSTC 55/1996 y 136/1999 de 20 de julio. En esta última, su FJº 23 dice lo siguiente:

“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, puesto que la vulneración de la proporcionalidad podría declararse ya en un primer momento del análisis ‘si el sacrificio de la libertad que impone la norma persigue la prevención de bienes o intereses no sólo, por supuesto, constitucionalmente proscritos, sino ya, también, socialmente irrelevantes’ (STC 55/1996, fundamento jurídico 7º; en el mismo

³⁸² La doctrina constitucional ha estudiado en el seno de su disciplina el principio de proporcionalidad pero es en el campo del derecho penal donde su discurso resulta, en cierto modo,

sentido, STC 111/1993, fundamento jurídico 9º). 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.”³⁸³

Por cierto, que en esta sentencia se analiza la supuesta desproporción de la sanción penal frente a una conducta lesiva y no amparada por el ejercicio de derecho fundamental³⁸⁴ alguno por lo que se refuerza, aun más si cabe, la creencia acerca de la

natural. *Vid.*, al respecto, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *Cuadernos de Derecho Público*, núm. 5, 1998, págs. 159-189.

³⁸³ En esta sentencia se aprecia claramente la distinción entre la relevancia de la finalidad de tutela (protección de un bien no proscrito constitucionalmente), y la necesidad, adecuación a dicho fin de la intervención, y, por último, proporcionalidad estricta de la misma. En la doctrina se emplean diversos términos para referirse a los distintos componentes del juicio de legitimidad (proporcionalidad en sentido amplio) de la intervención penal, pero suele convenirse en el empleo de expresiones como intervención mínima, última ratio o necesidad de tutela —en el que se integran los principios o aspectos de subsidiariedad y fragmentariedad— y, además, la proporcionalidad estricta de la sanción. *Vid.* COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, págs. 85-87; MUÑOZ CONDE, F. y GARCÍA ARÁN, M., *Derecho Penal - Parte General*, 4ª ed., *op. cit.*, págs. 79-93.

Para PRITTWITZ cabe distinguir la fragmentariedad de la subsidiariedad: “La expresión de carácter fragmentario del Derecho Penal indicaría entonces ante todo que sólo son punibles algunos fragmentos —más bien pocos, pero seleccionados no con criterios sistemáticos— del grupo de las conductas merecedoras de pena.” (pág. 430); la subsidiariedad, en cambio vincula al legislador en la selección de los fines (y en menor medida a los operadores jurídicos) como una “norma de competencia” de la siguiente manera: implica la obligada asistencia en lo necesario (aspecto positivo) y la no intervención en lo no necesario (última ratio). *Vid.* PRITTWITZ, C., “El derecho penal alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón y límites de los principios limitadores del Derecho Penal”, *VVAA, La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, págs. 432-439.

Para la mayoría de la doctrina española, en cambio, el principio de subsidiariedad y el carácter fragmentario integran conjuntamente el principio de intervención mínima. *Vid.* MUÑOZ CONDE, F., *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975. (Reeditado por B de F Ltda., Buenos Aires, 2001), págs. 59 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho Penal. Parte General*, Cívitas, Madrid, 1977, pág. 19; SILVA SÁNCHEZ, J.Mª, *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, *op. cit.*, págs. 246 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, pág. 85-87 y MIR PUIG, S., *Derecho Penal - Parte General*, *op. cit.*, págs. 89-90,

³⁸⁴ Al igual que sucede con el ejemplo propuesto por VIVES de la apología, nos hallamos con supuestos en los que el ejercicio de la libertad de expresión no es inocuo y, a veces, hasta es ajeno al contenido constitucionalmente reconocido de dicho derecho, sin que, no obstante, ello permita sin más castigarlo. “Si el castigo supone una injerencia en la libertad de expresión que no puede justificarse, el ordenamiento no considera lesiva esa conducta, por más que a nosotros pueda parecernos que lo es”.

genuina concepción y limitada función procedimental o indiciaria que hay que atribuir al bien jurídico en el análisis global de legitimidad de la intervención penal³⁸⁵.

Una vez más: la legitimidad de la restricción de las libertades, utilizando las propias palabras del TC, se reduce a la constatación de que: “la norma persiga la preservación de bienes o intereses que no estén constitucionalmente proscritos ni sean socialmente irrelevantes”; a ello habrá que añadir la constatación de que “la pena sea instrumentalmente apta para dicha persecución..., además, habrá de ser necesaria y, ahora en un sentido estricto, proporcionada.” (STC 136/1999 de 20 de julio, FJº 23)³⁸⁶. Se trata de garantizar la constitucionalidad y adecuación de la incidencia de la actuación de los poderes públicos (en este caso el legislador penal) en el ámbito de determinados derechos constitucionales de los ciudadanos; en nuestro estudio, por ejemplo, se debe descartar que la sanción penal suponga un sacrificio desproporcionado de los derechos a la libertad de información y expresión, y a la libertad personal (si se optara por sancionar los atentados a la imparcialidad mediante el recurso a una pena privativa de libertad).

No existe una única fórmula de justificación posible a la restricción de la libertad mediante la pena, sino genéricas apelaciones a las exigencias de legalidad y proporcionalidad a que la tutela jurídica debe condicionarse. La legitimidad de la

VIVES ANTÓN, T.S., “Apología del delito, principio de ofensividad y libertad de expresión”, *op. cit.*, pág. 291.

³⁸⁵ Por cierto, que el TC al entrar a analizar la argumentación de los recurrentes advierte: (FJº 21) “En la argumentación de los recurrentes las alegaciones relativas a la proporcionalidad de la pena y a la necesidad de la medida en una sociedad democrática se confunden. Lo mismo sucede en nuestra jurisprudencia, ya que la proporcionalidad en sentido estricto y necesidad de la medida constituyen dos elementos o dos perspectivas complementarias del principio de proporcionalidad de las sanciones penales, ínsito, en supuestos como el presente en la relación entre el art. 25.1 C.E. y los demás derechos fundamentales y libertades públicas, en este caso la libertad personal del art. 17 C.E. y las libertades de los arts. 20 y 23 CE”.

³⁸⁶ LASCURAÍN sostiene que la valoración global de la proporcionalidad de la norma se realiza en términos de costes y beneficios; en los primeros se incluye el carácter coactivo de la norma, tanto como portadora de una sanción, como por la limitación de la autonomía que en si misma supone y, además, los costes económicos que su efectiva aplicación generan. En los beneficios se debe tomar en cuenta el valor del propio del bien jurídico protegido, la medida en que se tutela y la dañosidad social (grado de amenaza) del comportamiento incriminado. LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., “La proporcionalidad de la norma penal”, *op. cit.*, pág. 188.

intervención depende de la naturaleza y entidad del delito y de la propia sanción penal escogida, así que no cabe deducir un número y entidad común de requisitos o elementos definitorios —que integrarían un concepto de bien jurídico— para determinar la legitimidad de la intervención penal. La elección de aquello que pretende tutelarse descansa en un juicio valorativo con una base empírica endeble, de manera que la decisión por parte del legislador de tutelar penalmente un valor o interés, puede someterse a mecanismos jurídicos de control ciertamente limitados. Ello produce una necesaria “self-restraint” por parte del Tribunal Constitucional, tanto en la valoración político-criminal que precede a la norma, como de la sanción concreta con que se responde a la necesidad de tutela³⁸⁷.

3. Derechos fundamentales y bienes jurídicos penales

La imposición de la pena, e incluso la simple acusación penal, supone una injerencia del Estado en las libertades que ha de justificarse. Como se afirma en la introducción a este Capítulo, la alegación de que el derecho a un juez imparcial es un derecho fundamental reconocido en la Constitución española en su artículo 24 permite afirmar, sin lugar a dudas, que puede tomarse por el legislador como bien digno de protección jurídica. No sólo es que no estamos ante un valor proscrito o socialmente irrelevante —exigencias mínimas—, sino que al ser un derecho

³⁸⁷ La STC 161/1997, F.º 9 lo expresa así: “En el ejercicio de dicha potestad ‘el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...) De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad’ que no supone una mera ejecución o aplicación de la constitución, y para el que ‘ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos: a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de una serie de factores tales como la gravedad del comportamiento que se

fundamental su tutela jurídica es una exigencia conceptual, y su tutela penal algo más que una simple opción³⁸⁸.

Que esta tutela pueda dispensarse por el ordenamiento penal va a depender definitivamente de otras exigencias, como acabo de expresar siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, derivadas del principio constitucional de proporcionalidad inherente a toda tutela jurídica y, especialmente, penal³⁸⁹. Sus exigencias se proyectan sobre cualquiera que sea el interés que pretenda tutelarse, sea un determinado contenido de derecho fundamental o no. Como bien afirma HASSEMER “la relación entre derechos fundamentales y merecimiento de pena no es tan lineal como para que el legislador penal sólo tenga sin más que proteger los derechos fundamentales en las correspondientes conminaciones penales; la protección de los derechos fundamentales, (...), no implica necesariamente un mandato de criminalización”³⁹⁰.

pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena’ (STC 55/1996, fundamento jurídico 6.)”.

³⁸⁸ Como ya se estudiará más adelante, se plantea por parte de la doctrina la doble vinculación de los poderes públicos a los derechos fundamentales y, junto a una vinculación negativa consistente en la prohibición de injerencias no fundamentadas constitucionalmente sobre los mismos, existiría también la llamada vinculación positiva, “que se traduce en el mandato de lograr que los mismos desplieguen plenamente su eficacia”. MEDINA GUERRERO, M., *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 4. Como hemos visto, las teorías constitucionalistas del bien jurídico penal son un reflejo directo de este presupuesto de partida.

³⁸⁹ Interesante al respecto resulta la referencia a una “pugna de principios” en el Derecho penal a la que se alude en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992.

³⁹⁰ HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, *op. cit.*, pág. 69. Sin embargo, como denuncia entre otros MARIJON KAYBER, “Del principio de protección de bienes jurídicos se dice que ha experimentado un cambio, convirtiéndose ‘de un principio negativo en un principio positivo de la incriminación’ (...) lo que ante todo se intentará mostrar (en este trabajo) es un proceso como éste en uno de los grandes principios limitadores del Derecho penal, el principio de ultima ratio.” KAYBER, M., “Sobre el potencial incriminador de los principios limitadores del derecho penal. Competencias penales en la cuestión del aborto”, VVAA, *La insostenible situación del derecho penal*, Comares, Granada, 2000, pág. 149. En el mismo sentido, GREGOR STAEHELIN se manifiesta en contra de la llamada prohibición de infraprotección “considerada la antagonista de la tradicional prohibición de exceso y (que) representa el límite inferior de la libertad de valoración del legislador.” STAEHELIN, G., “¿Es compatible la ‘prohibición de infraprotección’ con una concepción liberal del Derecho penal?”, *op. cit.*, pág. 289. Su denuncia proviene de la vinculación entre este postulado y el llamado pensamiento de la seguridad, que soslaya reflexiones legislativas necesarias incompatibles con el concepto liberal de Derecho penal que se ha

Por otra parte, no cabe duda de que los preceptos constitucionales relativos a derechos fundamentales no se agotan con el reconocimiento estricto de éstos, sino que pueden proyectar otro tipo de exigencias sobre el legislador y, entre ellas, la de configurar adecuadamente su tutela jurídica. Así los establecen, entre otras las SSTC 212/1996, F.J.º 3 y 116/1999, F.J.º 5³⁹¹. Por cierto que, como se deduce de la STC 116/1999 en su F.J.º16, la protección de dichos bienes y derechos constitucionales no puede aspirar a revestir un carácter absoluto y compete al legislador determinar si ésta es de carácter penal guiándose, por lo demás, por el principio de mínima intervención. El constituyente y el legislador penal tienen diversos objetivos y eso provoca que los respectivos bienes jurídicos no puedan ni deban siempre coincidir³⁹². En la Constitución se expresan las decisiones valorativas fundamentales que aseguran la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico, mientras que el legislador penal se limita al aseguramiento de las mismas en la medida en que su mediación resulte indispensable³⁹³.

Como veremos más detenidamente a continuación, el contenido del derecho fundamental a un juez imparcial que puede protegerse penalmente viene condicionado por el resultado que arroje la proyección de los principios de legalidad

esbozado: "Parece urgente salir al paso del discurso de la política-criminal práctica para reclamar que se vuelva a plantear un tratamiento orientado a principios del sistema de Justicia criminal que tome en serio la dignidad y la libertad de la persona." *Ibid, op. cit.*, pág.304.

³⁹¹ Esta última resolución resuelve el recurso de inconstitucionalidad de la Ley 35/1988 sobre Técnicas de Reproducción Asistida y establece que los preceptos relativos a derechos fundamentales y libertades públicas "pueden contener exigencias dirigidas al legislador en su labor de continua configuración del ordenamientos jurídico, ya sea en forma de las llamadas garantías institucionales, ya sea en forma de principios rectores de contornos más amplios, ya sea, como enseguida veremos, en forma de bienes jurídicos constitucionalmente protegidos".

³⁹² En el mismo sentido, LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., "La proporcionalidad de la norma penal", *op. cit.*, págs. 164-165.

³⁹³ De esta manera lo expresa VIVES ANTÓN cuando afirma que "la libertad se concreta en una serie de bienes e intereses que representan las condiciones externas —materiales— de su ejercicio. Por lo que la idea del Derecho como orden de coexistencia de las libertades comporta una opción acerca de la función primordial del Derecho Penal, que no puede ser otra que la protección de ese conjunto de bienes e intereses reconocidos por el Derecho como correlatos materiales de la libertad". VIVES ANTÓN, T.S., "Introducción. Estado de Derecho y Derecho Penal.", *VVAA, Comentarios a la legislación penal*, Vol. I, Edersa, Granada, 1982, págs. 24 y ss.

y de proporcionalidad sobre la concreta conducta que pretenda prohibirse³⁹⁴. Entonces nos podemos encontrar con diversos factores que modulan la legitimidad de la pretensión punitiva: la gravedad o inminencia del riesgo para la integridad del bien cuya tutela se pretende, la clase de conducta que lo genera (y varía si se trata de conductas que tienen que ver con el ejercicio de otro derecho fundamental o si son ajenas a éste) y la gravedad de la sanción (pues siendo penal, la respuesta puede oscilar en gravedad considerablemente)³⁹⁵.

Si ésta se halla vinculada al ejercicio de los derechos de expresión e información, el juicio sobre la legitimidad de su prohibición es muy severo. Pese a quienes afirman que un tipo penal no puede/debe sancionar supuestos de ejercicio legítimo³⁹⁶, estimo, más bien, que el contenido del derecho no viene prefigurado jurídicamente antes de su proclamación constitucional y, por tanto, a salvo del respeto por el contenido esencial, el legislador puede operar legítimamente restricciones a los derechos declarando la ilegitimidad de ejercicio de ciertas conductas. Si dicha restricción proviene de la sanción penal, los límites al legislador son aun más estrictos que los que, con carácter general, se imponen a toda legislación (el llamado límite de los límites o respeto al contenido esencial) debido a la especial

³⁹⁴ HASSEMER emplea la noción de merecimiento de pena que engloba dos criterios, de justicia y de utilidad, y de los que nos interesa, por el momento el primero. Entre los principios que conforman la idea de Justicia como límite (más que fundamento) para la sanción penal este autor cita los siguientes: Principio de dañosidad social, principio penal del hecho, principio de subsidiariedad, principio de proporcionalidad estricta y de adecuación a la culpabilidad de las consecuencias jurídico-penales, principio *in dubio pro libertate*, principio de la tolerancia y de respeto a la dignidad humana, principio de certeza y prohibición de retroactividad (más otros que completarían el criterio de Justicia). En definitiva, toda la dogmática constitucional resumida en torno a la vinculación del legislador penal a los derechos fundamentales. HASSEMER, W. y MUÑOZ CONDE, F., *Introducción a la Criminología y al Derecho Penal*, op. cit., págs. 71-73.

³⁹⁵ Para Mir, el grado de protección que el Derecho Penal puede dispensar a un derecho fundamental va a depender de tres factores: el interés social en su tutela, el grado de afectación que la conducta provoque en el derecho en cuestión y la necesidad de protección. MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona, 1994, págs. 165-166.

³⁹⁶ Frente a quienes entienden que el ejercicio de un derecho fundamental no puede nunca ser prohibido o sancionado penalmente (ÁLVAREZ GARCÍA, J., *El derecho al honor y las libertades de información y expresión*, op. cit., págs. 79-86), hay autores que entienden que sí cabe hacerlo, pero sólo cuando la prohibición trae causa en la necesidad de tutela de explícitos intereses-límite u otros

rigurosidad del principio de proporcionalidad. Así, pues, aun un cuando no cabe sostener su inconstitucionalidad en todo caso, hay que admitir, desde luego, la difícil legitimidad de tal opción. Sólo visto así, en efecto, cabe afirmar que la conducta penada no sería ya ejercicio legítimo precisamente por disposición de la ley. En cambio, si la conducta que atenta contra el derecho al juez imparcial no constituye propiamente ejercicio de derecho alguno, pero se halla próxima a éste, el juicio de proporcionalidad de la sanción penal se determina conforme a un canon menos riguroso.

A propósito de la STC 136/1999 en el caso “Mesa nacional de HB” se puede llamar la atención sobre un aspecto sin duda relevante: en él se planteaba la ilegitimidad de una sanción penal porque operaba, supuestamente, una restricción sobre el ejercicio legítimo de varios derechos fundamentales (libertades de expresión, ideológica y de asociación política). Pues bien, se declaró la ilegitimidad de la sanción penal prevista y aplicada pese a que la conducta podía razonablemente ser considerada socialmente dañosa y a que no constituía ejercicio legítimo de ninguno de esos derechos, sino algo, a lo sumo, próximo a ellos³⁹⁷. El fundamento de la decisión, como vemos, apenas incidió en la “dignidad” del bien jurídico que, por cierto (orden público), no tiene rango de derecho fundamental ni valor constitucional expresamente definido sino por referencia, precisamente, a lo que establezca el legislador. El fundamento del fallo se concreta en el juicio de proporcionalidad estricto, es decir, en la ponderación entre la carga coactiva de la pena y el fin perseguido por la conminación penal.

intereses igualmente dotados de relevancia constitucional (FIANDACA, G., “Il ‘bene giuridico’ come problema teorico e come criterio di politica criminale”, *op. cit.*, pág. 66).

³⁹⁷ Según esta sentencia “así se explica que el art. 16.1 C.E. no establezca ‘más limitación’ (en singular), en las manifestaciones de esta libertad, ‘que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley’. Límite que, por la particularidad y necesidad con que se establece en la Norma fundamental, no puede hacerse coincidir, en términos absolutos, con las restricciones que impone el art. 20.4 C.E. a los derechos de libertad de expresión e información (por todas, SSTC 20/1990)” FJ^o 12. Y respecto de éstos añade “...también en este caso y por el mismo motivo que el señalado respecto de los derechos del art. 23 C.E., no cabe considerar ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información a los mensajes que incorporen amenazas o intimidaciones a los ciudadanos o a los electores, ya que como es evidente con ellos ni se respeta la libertad de los demás, ni se contribuye a la formación de una opinión pública que merezca el calificativo de libre.” (STC 136/1999, FJ^o 15).

Hago una advertencia sobre esta cuestión porque en este estudio, el interés cuya tutela se pretende es, precisamente, un derecho fundamental (al juez imparcial) y la misma se proyecta, asimismo, sobre conductas relacionadas con otro derecho fundamental (sin perjuicio de que las mismas constituyan unas veces ejercicio legítimo, y otras no, del derecho a la libertad de expresión), de manera que el análisis de legitimidad de tal intervención penal no difiere del empleado en la referida sentencia.

La doble presencia de derechos fundamentales en el papel de objeto de tutela y, de otro, en ocasiones, como objeto de restricción, nos emplaza a la observancia de cuantos límites constitucionales establecen la especial sujeción del legislador a los derechos fundamentales, esto es, al conjunto de exigencias formales y materiales sobre el legislador que conforman la llamada vinculación negativa a dichos derechos³⁹⁸. Especial sujeción que, como sostiene, el Tribunal, es especialmente rigurosa cuando el recorte de las libertades se lleva a cabo mediante el recurso a la pena. Este procedimiento permite obviar totalmente la necesidad de justificar la legitimidad de la limitación mediante una eventual ponderación de derechos en conflicto, algo que no compete declarar al legislador, pero tampoco al juez constitucional, pues el fundamento de la limitación trae causa en la necesidad de tutela de un derecho fundamental, no en su supuesta supremacía sobre el derecho sobre el que incide³⁹⁹.

Concluyendo: la naturaleza de derecho fundamental que ostenta el derecho a un juez imparcial nos permite soslayar el preceptivo examen acerca de la idoneidad del valor como objeto de tutela penal. No obstante, la legitimidad del alcance de dicha tutela se ve condicionada por el modo y el grado de incidencia en las libertades que la misma comporte para otros valores que son, asimismo, derechos fundamentales a

³⁹⁸ A ellas me remito en el Capítulo Tercero en el apartado referido al legislador y los derechos fundamentales.

³⁹⁹ El Tribunal Constitucional ha abandonado progresivamente la recurrente referencia a la ponderación de derechos sobre la que fundamentaba sus decisiones en el pasado (por ejemplo, SSTC 107/1988, F.J.º 2; 105/1990, F.J.º 4; 171/1990, F.J.º 4) . Cuando hoy menciona la ponderación, el Tribunal alude, invariablemente, a la valoración sobre si los contenidos de los derechos han sido correctamente reconocidos por el juez en la aplicación de la ley o por el legislador que la formula, y cuyas decisiones controlan (SSTC 78/1995, F.J.º 2; 136/1999, F.J.º 13).

propósito de cuyo ejercicio se producen algunas de las conductas que amenazan su vigencia efectiva. Tanto si las conductas que suponen un riesgo para el derecho al juez imparcial constituyen ejercicio de los derechos de expresión e información, como si sólo son próximas a éstos, el alcance de la tutela penal se ve extraordinariamente limitado. Las exigencias que la Constitución impone a todos los poderes públicos en garantía de los derechos fundamentales en el artículo 53.1, son tanto de carácter formal (principio de legalidad), como material (el respeto al contenido esencial de dichos derechos), sin olvidar las derivadas del principio de proporcionalidad⁴⁰⁰. Este examen de legitimidad de la intervención penal sólo concluirá cuando se aborden en un capítulo posterior el examen de tales exigencias formales y materiales en el campo penal. Si he comenzado en este punto la exposición ha sido exclusivamente por deferencia a las sistemáticas tradicionales que contemplan el análisis del bien jurídico de un modo autónomo.

Un análisis de la jurisprudencia del TEDH nos lleva, como no podría ser de otra manera, a la misma conclusión en torno al acierto que supone vincular la idea de bien jurídico con el proceso de legitimación de la intervención penal. En todos los casos que el Tribunal ha juzgado la justificación de la imposición de una restricción a las libertades de expresión e información con base en las previsiones del art. 10.2 CEDH ha empleado un mismo método o test: el de la comprobación de que la medida en cuestión esté legalmente prevista, que persiga una finalidad legítima y, en tercer lugar, que sea necesaria en una sociedad democrática. A la primera exigencia corresponde nuestro principio de legalidad, a la segunda, la idea de legitimidad del

⁴⁰⁰ PEDRAZ PENALVA se refiere a las consecuencias que la calificación de la publicidad como derecho fundamental del acusado (art. 24.2CE) conlleva y entre ellas, destaca la exigencia de proporcionalidad de toda formalidad, condición o sanción impuesta a la misma: "además de ser 'legítima' en cuanto normativamente contemplada, se ha de caracterizar por venir exigida en la estricta medida en que fuere inevitable para la tutela de intereses generales constitucionalmente reconocidos; que medio elegido y objetivo perseguido han de estar entre sí en una relación razonable; que la lesión de ese Derecho fundamental en que la publicidad del proceso consiste, ha de ser adecuada y necesaria para el fin marcado y, finalmente, que no debe ser de tal entidad la injerencia que llegue a ser inasumible por el afectado," Aptitud y necesidad conforman la proporcionalidad. PEDRAZ PENALVA, E., "Notas sobre publicidad y proceso", *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, pág. 118 (en nota nº 15).



bien jurídico protegido o principio de ofensividad y, a la última, el principio de proporcionalidad. Respecto del llamado **test de legalidad**, el Tribunal maneja un concepto de ley forzosamente amplio para adecuarse a las peculiaridades de los diversos sistemas jurídicos europeos, pero exigiendo, en todo caso, observancia a las exigencias de seguridad jurídica y, en concreto, a los elementos de accesibilidad y previsión normativa⁴⁰¹. En cuanto a la **legitimidad del fin** perseguido por la injerencia cabe apuntar que el propio art. 10.2 del Convenio enumera las finalidades legítimas de restricción a la libertad de expresión e información, siendo el tercer requisito, el de necesidad de la medida el que, precisamente, suele plantear discrepancias con mayor asiduidad.

Sin así definirlo expresamente, el Tribunal ha declarado lo que constituye el contenido esencial de la libertad de prensa al afirmar que existe un campo inabordable, un límite al margen de discreción de las autoridades, que consiste en la necesidad de garantizar que aquélla pueda ejercer su función vital de “perro guardián público” (“public watchdog”) suministrando información de interés público relevante e incluso que se le permita hacerlo recurriendo a un cierto margen de exageración o incluso de provocación⁴⁰². Es importante destacar este aserto porque el objetivo perseguido con la tutela del derecho al juez imparcial puede enfrentarse, en ocasiones, con ambos aspectos: el de las noticias de interés público relevante y con la de la crítica hiriente o mordaz, por lo que este campo debe quedar ajeno a toda prohibición o injerencia absolutas, aunque ello no prejuzgue todavía, definitivamente, la posibilidad de articular dicha tutela penal en otros casos.

⁴⁰¹ STEDH caso Sunday Times, parágrafos 46 a 53.

⁴⁰² Así se afirma desde la Sentencia del caso De Haes y Gijssels c. Bélgica, de 24 febrero 1997, §37.

II. Incidencia de la actividad informativa sobre la imparcialidad del juez penal

1. Lesiones generadas a la imparcialidad del juez penal por la actividad informativa

A. Introducción sobre las fuentes empleadas en este análisis

Existen numerosos estudios y monografías en nuestro país que se dedican a los delitos cometidos con ocasión del ejercicio de las libertades de expresión e información o, visto desde otro ángulo, a los límites penales al ejercicio de dichas libertades. En menor medida, hay también estudios acerca del derecho a un juez imparcial, aunque normalmente se aborda este derecho no con carácter autónomo sino como una garantía más del derecho a la tutela judicial efectiva, del derecho al proceso con todas las garantías o del concepto de proceso o juicio justo. Dentro de estos estudios (normalmente de procesalistas) el objeto de estudio se centra fundamentalmente en las llamadas garantías procesales e institucionales de la imparcialidad y en el estudio de las causas de abstención y recusación.

Sin embargo, recientemente comienzan a aparecer con cierta asiduidad (sobre todo alentadas desde el propio CGPJ) algunos estudios que cruzan estos dos campos, es decir, la contemplación del derecho a un juez imparcial como límite al ejercicio de las libertades de expresión e información. Escasos son, sin embargo, los trabajos que afrontan el estudio de la tutela de la imparcialidad desde la perspectiva del Derecho penal como límite de aquellas libertades⁴⁰³.

⁴⁰³ La bibliografía más reciente dedicada a las libertades de expresión e información y los procesos penales incluye, entre otras, las siguientes monografías: MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, Ariel, Barcelona, 1988; VVAA, *El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la sociedad*, Poder Judicial, núm. especial XI, 1989; VVAA, *Libertad de Expresión y Medios de Comunicación*, Poder Judicial, núm. especial XIII, 1990; ÁLVAREZ VIZCAYA, M., *Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato*, Bosch, Barcelona, 1993; MORAL GARCÍA, A. DEL y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, Comares, Granada, 1996; VEGA RUIZ, J.A. DE., *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, Universitas, Madrid, 1998; QUINTERO OLIVARES, G., *La Justicia Penal en España*, Pamplona, Aranzadi, 1998; MONTERO AROCA, J., *Sobre la imparcialidad del juez y la incompatibilidad de funciones procesales: (el sentido de las reglas de que quien instruye no puede luego juzgar y de que quien ha resuelto en la instancia no puede luego*

Desde luego, ello se explica fácilmente si atendemos al hecho de que la legislación penal vigente no contempla ningún delito o falta que proteja directamente el derecho a un juez imparcial frente al uso o el abuso de las referidas libertades. Sin embargo, la doctrina tampoco parece haberse planteado de *lege ferenda* la necesidad o la posibilidad, al menos, de que así sea, pese a que suele admitirse y denunciarse al

conocer del recurso), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*; RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, Dykinson, Madrid, 1999; VVAA, *Justicia, Información y Opinión Pública*, Revista del Poder Judicial, núm. especial XVII, 1999; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., *La contaminación procesal: el derecho al juez imparcial: Causas de abstención y recusación*, Comares, Granada, 2000.

Entre los artículos dedicados a la cuestión destacamos:

MONTERO AROCA, J., "El derecho a la información y la función jurisdiccional", *op. cit.*; BACIGALUPO ZAPATER, E., "¿Necesita el derecho penal español un delito de indiscreción?", *Poder Judicial*, núm. 15, 1989; BELLOCH JULBE, J.A., "Los jueces y la libertad de información", *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989; BERLANGA RIBELLES, E., "Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales", *Poder Judicial*, núm. especial XIII, 1990; ESPÍN TEMPLADO, E., "En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales", *Poder Judicial*, núm. especial XIII, 1990; del mismo autor "Libertad de información y publicidad de los juicios (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1982)", *op. cit.*, págs. 107-126; VARELA CASTRO, L., "Proceso penal y publicidad", *Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, págs. 37-44; GUZMÁN FLUJA, V.C., "Algunos aspectos de la relación Justicia - medios de comunicación", *Justicia 91*, núm.3, Bosch, 1991; ARAGÓN REYES, M., "Independencia judicial y libertad de expresión", *Derecho privado y Constitución*, año 4, núm. 10, 1996, págs. 259-267; BUENO ARÚS, F., "Libertad de expresión y Administración de Justicia", *Estudios sobre el Código Penal de 1995. (Parte Especial)*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1996; DÍAZ CABIALE, J.A., *Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del Juez*, *op. cit.*; GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., "Justicia y medios de comunicación", *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, núm. 16, 1996, págs. 29-41; VERGER GRAU, J., "Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado", *op. cit.*, págs. 191-238; SABÁN GODOY, A., "La aplicación del principio de imparcialidad la jurisdicción contencioso-administrativa", *op. cit.*, págs. 72-80; PICÓ I JUNOY, J., *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y recusación*, Bosch, Barcelona, 1998; GIMENO SENDRA, V., "La sumisión del juez a la crítica política", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 295-306; GOMIS SANAHUJA, L. "Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 159-170; JUANES PECES, A., "Los juicios paralelos" *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 378, 1999, págs. 1-5; del mismo autor, "Los juicios paralelos. Doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Derechos Humanos. El derecho a un proceso justo", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 141-157; LÓPEZ ORTEGA, J.J., "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 37-140; MARTÍNEZ PEÑA, E., "Procesos 'paralelos': Información y veracidad. Marco jurisprudencial", *La Ley*, 19-2-1999; PÉREZ MORATE, J.E., "El juez ante la crítica pública", *op. cit.*, págs. 285-294; QUINTERO OLIVARES, G., "Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial", *op. cit.*, págs. 335-359; MIGUEL ZARAGOZA, J. DE, "Libertad de información y 'juicios paralelos': La Doctrina del Consejo de Europa", *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, núm. 1881, 2000, págs. 3779-3794; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos", *op. cit.*; BOIX REIG, J., "La difamación en la prensa", *Revista General de Derecho*, núm. 669, 2000, págs. 7317-7332.

mismo tiempo la existencia de riesgos relevantes para el derecho a un juicio justo debidos al abuso o a la intromisión indebida de los medios de comunicación en los juzgados y la frecuente “indiscreción” que manifiestan lo intervinientes en un proceso desde cualesquiera que sean sus posiciones en el mismo: jueces, personal de la administración de justicia, abogados, partes, testigos, etc.⁴⁰⁴. Desde la apreciación de la imparcialidad como atributo personal de los jueces, parece imponerse como presunción *iuris et de iure* que a éstos no les pueden afectar las presiones que se ejercen a su alrededor precisamente porque son profesionalmente competentes y moralmente independientes. De lo contrario, prevaricarían y no serían merecedores de ejercer esa función.

En las monografías que abordan los mecanismos legales de tutela de este derecho no hay apenas referencias a esta cuestión. Siendo así las cosas, la identificación de las conductas que lesionan de forma relevante el derecho a un juez imparcial que pudieran ser objeto de sanción penal ha sido realizada por referencia a la doctrina española pero, sobre todo, mediante un estudio sistemático de la cuestión en la jurisprudencia constitucional y del TEDH y, en menor medida, también de la doctrina y jurisprudencia norteamericanas.

⁴⁰⁴ CÓRDOBA RODA, J., “Libertad de expresión y secreto sumarial”, *Actualidad Jurídica IV*, 1981; BACIGALUPO ZAPATER, E., “¿Necesita el derecho penal español un delito de indiscreción?”, *op. cit.*; BELLOCH JULBE, J.A., “Los jueces y la libertad de información”, *op. cit.*; BERLANGA RIBELLES, E., “Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*; ESPÍN TEMPLADO, E., “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*; CARRILLO LÓPEZ, M., “Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?”, *Jueces para la Democracia*, núm. 23, 1994; JIMÉNEZ GARCÍA, J., “Incidencia del derecho a la información en los juicios de jurado” *Jueces para la Democracia*, núm. 27, 1996; VEGA RUIZ, J.A. DE, *Libertad de expresión, información veraz, juicios paralelos, medios de comunicación*, *op. cit.*; RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, R., “El secreto del sumario como límite al derecho a la libertad de información”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III, 1998; MARTÍNEZ PEÑA, E., “Procesos ‘paralelos’: Información y veracidad. Marco jurisprudencial”, *op. cit.*; LACABA SÁNCHEZ, F., “Libertad de información y derecho a la seguridad: ¿bienes en necesario conflicto?” *La Ley*, núm. 5.079, 2000; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos”, *op. cit.*

B. *Tipos de conductas que inciden sobre los procesos*

EMERSON⁴⁰⁵ extrae de la jurisprudencia norteamericana dos categorías o clases de situaciones que pueden plantearse como conflictivas en las relaciones entre libertad de prensa y juicio justo:

a) Las manifestaciones efectuadas fuera de la presencia del Tribunal que constituyen una **crítica** directa o alguna otra clase de ataque al mismo o a sus actuaciones.

b) Las **publicaciones perjudiciales** (entendidas en un sentido amplio) concernientes a asuntos que son objeto de un proceso pendiente tendentes a crear hostilidades o prejuicios hacia alguna de las partes.

Mientras que las primeras afectan fundamentalmente a la institución del Poder Judicial o a un juez en concreto, en las segundas el impacto recae principalmente en los testigos, jurados u otros miembros de la comunidad en general.

Como podemos ver, el autor concentra su atención en las conductas que se realizan desde fuera del proceso mismo, dejando al margen aquellas manifestaciones realizadas en su presencia y cuya limitación o restricción puede ordenar el juez para garantizar el buen orden en la sala, el decoro, el respeto al tribunal o otros intervinientes en el mismo y, en general para la debida conducción del proceso. Estas limitaciones a la expresión, según EMERSON, no se consideran restricciones (“abridgment”) en el sentido manifestado por la Primera Enmienda y el juez no cuenta con otras limitaciones para imponerlas que las que se derivan de la Constitución, y en especial, de su conformidad con las exigencias del “due process”⁴⁰⁶. Ello es así porque si no se conciben como ejercicio de las libertades de

⁴⁰⁵ EMERSON, T.I., *The System of Freedom of Expression*, Random House, Nueva York, 1970, págs. 450 y ss.

⁴⁰⁶ El control constitucional de estas actuaciones viene, básicamente, de la mano del principio de razonabilidad o proporcionalidad y legalidad (“due process”). Son las “actions” de EMERSON, las

expresión (sólo campo próximo a ellas), no representan ninguna clase de conflicto con el derecho fundamental al juicio justo garantizado en la Sexta Enmienda y el canon de la legitimidad de su restricción es mucho menos severo que el que corresponde emplear en un auténtico supuesto de limitación, como a continuación se expondrá:

1º Críticas a los Tribunales

Para EMERSON, las críticas a los Tribunales o a su manera de actuar pueden ser relevantes por la concurrencia de alguna de estas dos circunstancias: bien porque se pretenda desprestigiar a la institución o al titular del órgano que trata de algún asunto judicial concreto logrando, de ese modo, una pérdida de efectividad en su funcionamiento, o bien porque se pretenda específicamente presionar en contra de alguna de las partes y, con eso interferir en su derecho a una imparcial y justa resolución del caso o, al menos, dar la apariencia de que así ocurre⁴⁰⁷.

La jurisprudencia del TSFA ha abordado estos problemas en algunas conocidas sentencias⁴⁰⁸ y, pese a reconocer que tales actuaciones pueden provocar daños sobre el debido respeto al poder judicial y sobre una ordenada y justa (“orderly and fair”) administración de justicia, diferencia el tratamiento radicalmente en uno u otro caso. En general, el Tribunal Supremo niega, con carácter general la legitimidad y la utilidad de “blindar” a los órganos judiciales frente a tales daños a su prestigio imponiendo sanciones o prohibiciones mediante procedimientos sumarios. No se ha podido probar en ningún supuesto que tales críticas superen el canon exigible para su prohibición, esto es que puedan poner el prestigio del poder judicial —un interés cuyo contenido es bastante difuso— en peligro grave y manifiesto (“clear and

“expression plus” de CORTNER (“time, place and manner”), el “track two” (ponderación de intereses) de TRIBE o “due process” (digno y proporcionado) de NIMMER.

⁴⁰⁷ EMERSON, T.I., *The System of Freedom of Expression*, *op. cit.*, pág. 451.

⁴⁰⁸ *Bridges vs. California*, 314 U.S. (1941); *Pennekamp vs. Florida*, 328 U.S. (1946); *Craig vs. Harney*, 331 U.S. (1947); *In re Sawyer*, 360 U.S. (1959); *Wood vs. Georgia*, 370 U.S. (1962). En todas ellas se rechazó (si bien por escasa mayoría) el empleo por los tribunales ordinarios de citaciones y sanciones por contempt o la alegada vulneración de la Sexta Enmienda.

present danger”)⁴⁰⁹. En cambio, en los casos en los que se pudiera probar que tales críticas al Juez o a sus actuaciones suponen una injerencia sobre el proceso, es decir, que pueden producir con un alto grado de probabilidad un grave daño para el derecho a un juicio justo e imparcial —derecho cuyo contenido es mucho más determinado—, cabría la sanción, incluso penal, de la conducta⁴¹⁰ —supuesto que no ha sido apreciado hasta el momento excepto en opiniones particulares disidentes de algunos jueces—.

2º Publicidad perjudicial u hostil

La segunda clase o categoría de actos analizados por EMERSON⁴¹¹ se engloba bajo el concepto de “publicaciones perjudiciales” (prejudicial publicity) y son aquellas que tienen como objeto cualesquiera otros protagonistas del proceso —excluidos los jueces— con el efecto de perjudicar a los intereses de alguna de las “partes”. Suelen referirse a la publicación de las circunstancias que rodean la comisión del delito, la detención, la eventual confesión del acusado⁴¹², sus antecedentes, presuntas pruebas de cargo, historias acerca de los testigos, víctimas, etc. cuando el juicio es inminente o durante el mismo⁴¹³. Particularmente tendenciosa

⁴⁰⁹ Los argumentos que se aducen son que, por una parte, se trata de asuntos públicos objeto de legítimo debate y, por otro que, aunque este tipo de conductas no se consideran ab initio, protegidas absolutamente frente a cualquier restricción —porque no constituyen, según su esquema, expresiones puras sino acciones—, ocurre que, en la práctica, la rigurosa aplicación del canon para medir la constitucionalidad de la prohibición o sanción de tales conductas no ha superado la prueba en ningún caso concreto.

⁴¹⁰ Debe destacarse que en el planteamiento de este autor y, en general, de la doctrina norteamericana especializada, destaca la incidencia que estas conductas pueden tener sobre los derechos del acusado más que en el modo (objeto inmediato) de su realización. La perspectiva es normalmente la contraria en Europa, donde escasamente se aborda el problema desde la perspectiva del acusado y sus derechos y, en cambio, se ha atendido en casi todos los ordenamientos tradicionalmente a tutelar al titular de la función jurisdiccional (“desacato”) y a la función misma (“atentados a la independencia”, “obstrucción a la justicia”).

⁴¹¹ EMERSON, T.I., *The System of Freedom of Expression*, op. cit., págs. 459-465.

⁴¹² *Rideau vs. Louisiana*, 373 U.S. 723, (1963) analiza que la emisión televisiva reiterada de la confesión del acusado desde la cárcel creó una “atmósfera de prejuicios” que hizo imposible la debida selección de un jurado imparcial.

⁴¹³ Las sentencias en las que se analiza la posible vulneración del derecho a un jurado imparcial y, por tanto, la vulneración del derecho a un juicio justo garantizado por la Sexta Enmienda, se

ha estimado el TSFA la publicación de aquellos hechos u opiniones que crean una atmósfera de hostilidad (también lo serían las que persiguen la adhesión) social hacia el caso, que revelan hechos (inculpatórios o exculpatórios) que no serían admitidos como pruebas en el juicio o que de cualquier otro modo incidan sobre la voluntad de quienes prestan testimonio y, sobre todo, de quienes están llamados a decidir sobre la culpabilidad o inocencia del acusado⁴¹⁴. En estos casos el TSFA ha aplicado el canon del peligro grave e inminente y ha anulado condenas dictadas en procesos en los que no se había garantizado el derecho a un jurado imparcial debido a que las circunstancias que rodearon la celebración del juicio no permitían excluir el temor de que se hubiera influido indebidamente en su decisión⁴¹⁵.

ROXIN, por ejemplo, aun reconociendo el papel fundamental que los medios de comunicación desempeñan a favor del necesario control de la rectitud procesal y material de las decisiones judiciales, también admite que su actividad no está exenta de riesgos: por un lado, el de causar daños directos al inculpado cuando se le trata como culpable (intimidación, honor, bienes) y, por otro, el de falsear la decisión judicial influyendo en el juez mediante una campaña de prensa⁴¹⁶. El autor manifiesta su escepticismo frente a las soluciones ofrecidas en los distintos países para solucionar

refieren a publicaciones previas o simultáneas a la celebración del juicio que pueden influir en la toma de decisión del jurado basada exclusivamente en lo oído y visto en la sala. En los casos en que el TSFA así se estimó, la condena dictada por el jurado influenciado por publicidad perjudicial queda anulada por estimarse vulnerada la garantía del derecho a un jurado imparcial, un principio consolidado desde *Irvin vs. Dowd*, 366 U.S. 717 (1961).

⁴¹⁴ En la sentencia dictada en el caso *Estes vs. Texas*, el TSFA estimó que el exceso de publicidad del juicio, de cuya celebración se hacía cobertura televisiva, radiofónica, etc. desde la propia sala, unido al hecho de que el juez no adoptara medida alguna que aplacara sus efectos potencialmente peligrosos impidió al acusado disfrutar de su derecho a un juicio justo y, por ello, anuló la condena dictada. *Estes vs. Texas*, 381 U.S. 532, (1965).

⁴¹⁵ No obstante, aunque se reconoce jurisprudencialmente que un exceso de publicidad sobre los procesos puede vulnerar el derecho a un jurado imparcial y, por tanto, a un juicio justo, no existen apenas medidas legales reales para limitarla, sino que se ha optado por aplacar su incidencia sobre el jurado, a diferencia de lo que ocurre en Gran Bretaña, donde el Contempt of court ha servido como instrumento para incentivar la disciplina y contención de los medios de comunicación al respecto. *Vid. CORKER, D. y LEVI, M., "Pre-Trial Publicity and its Treatment in the English Courts", Criminal Law Review*, septiembre 1996, pág. 623-624.

⁴¹⁶ ROXIN, C., "El proceso penal y los medios de comunicación", *Revista del Poder Judicial*, núm. 55, 1999, págs. 73-93.

estos riesgos. En cualquier caso, lo que interesa destacar es su planteamiento acerca de la autonomía que merece la protección del proceso en si mismo y al margen del inculpado⁴¹⁷. Dicha protección frente a las campañas o presiones de la prensa se proyecta fundamentalmente en la garantía de imparcialidad del juez y, con ella, del riesgo de que se enjuicie injustamente o se dicte una sentencia injusta (absolución o condena injustificada o pena diferente a la que correspondería) desde una visión de la resolución justa como aquella que se corresponde exclusivamente con la llamada “verdad material” y la conformidad a Derecho. Aun cuando he criticado abiertamente esta concepción del objeto y finalidad del proceso, y del papel que cabe atribuir al juez en el mismo, ello no impide que asuma algunas de las conclusiones de este autor, especialmente en lo que se refiere a la necesidad de impermeabilizar el proceso frente a determinadas pretensiones de los medios de comunicación.

En la doctrina española se plantea el problema de la influencia de los medios de comunicación sobre el desarrollo de los procesos desde distintas perspectivas. Podemos comenzar por la opinión de GUZMÁN FLUJA, para quien “la información y crítica durante un proceso puede suponer un riesgo o peligro para la independencia e imparcialidad del juez”⁴¹⁸, bien directamente mediante presiones a él dirigidas, bien indirectamente, mediante injerencias sobre “elementos extraños” al mismo, “pero que pueden alterar su decisión”⁴¹⁹. En esta línea cabría distinguir tres aspectos: el impacto de la actividad mediática que recae sobre la actuación del Juez en la conducción del proceso y, en especial, sobre sus resoluciones no decisorias; por otro lado, el riesgo de que se produzca un proceso paralelo y, por último la presión social que influye sobre el juez cuando se produce un exceso de atención sobre las partes del proceso. En todos esos casos, lo relevante para el autor es la influencia que tales

⁴¹⁷ *Ibid.*, págs. 77-78.

⁴¹⁸ GUZMÁN FLUJA, V.C., “Algunos aspectos de la relación Justicia - medios de comunicación”, *op. cit.*, pág. 599. No obstante, el autor opina que los riesgos en la práctica son remotos y que basta con apelar a la responsabilidad de todos los implicados para lograr el equilibrio (pág. 606).

⁴¹⁹ *Ibid.*, pág. 605. Esos “elementos extraños” son las presiones e interferencias sobre las partes del proceso.

actuaciones pueden tener en la toma de decisiones del juez, frente a quien únicamente debería servir como criterio la Ley. Entre los riesgos más relevantes destaca, en el caso de los juicios penales⁴²⁰, las “instrucciones o investigaciones paralelas” puesto que pueden llegar a frustrar líneas de investigación oficiales, sugerir alternativas o desviar la atención respecto de ciertas personas hacia otras y, en ocasiones, llegar a alterar las propias estrategias de las partes. Además, ejercen una fuerte presión sobre la opinión pública que puede, en ocasiones, influir en el juez.

Por su parte, OTERO GONZÁLEZ⁴²¹ aborda la cuestión exclusivamente desde la problemática incidencia de los llamados juicios paralelos sobre el proceso y distingue varios efectos nocivos: a) la indebida influencia sobre “el carácter equitativo del proceso” y, en particular, sobre la imparcialidad⁴²² del órgano judicial (siendo específicamente más vulnerable la del jurado, en su opinión), b) el prejuicio sobre la inocencia o culpabilidad del acusado⁴²³ y, por último, aunque en otro grupo, c) la eventual incidencia sobre otros aspectos: el genérico interés del estado en la administración de justicia, el interés del público por conocer de los asuntos judiciales

⁴²⁰ En el caso de los juicios penales, y dado que el proceso se divide en dos fases, el problema de los juicios paralelos reviste especiales problemas: respecto de la fase sumarial, en la que se supone rige el secreto externo, no se sabe ya bien en qué consisten “la revelación indebida” y “el conocimiento ilícito”, pero parecen los únicos límites a la publicidad de la información sobre el mismo y, por tanto, a la lícita actuación de los medios respecto de su contenido; en cuanto al juicio oral, en que rige la publicidad, “el derecho a la libertad de información puede ser ejercido plenamente sin que deba haber problemas, siempre que se lleve a cabo de forma responsable y profesional (...)”. *Ibid.*, pág. 602.

⁴²¹ OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs 31-56.

⁴²² Para OTERO, la presunción de inocencia es el bien jurídico directamente protegido por la imparcialidad.

⁴²³ No obstante, ello no comporta a juicio de la autora, una vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia pues este opera exclusivamente frente a los poderes públicos. En el mismo sentido, ESPÍN TEMPLADO, E., “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*, pág. 125, para quien la naturaleza del derecho hace imposible que se vulnere por particulares.

y, sobre todo el honor y la intimidad del acusado⁴²⁴. Por “juicios paralelos” se acoge en el estudio la definición ofrecida por ESPÍN TEMPLADO⁴²⁵ como el “conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un periodo de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto *sub judice*, a través de las cuales se efectúa una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial”⁴²⁶. En ellos, continúan afirmando ambos, los medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal, de abogado defensor y hasta de juez.

A juicio de la autora, es la publicidad abusiva y, en concreto, en la filtración de noticias judiciales (normalmente procedente de la revelación de secretos del sumario) la fuente que alimenta dichos juicios paralelos. Sin embargo, la realidad muestra que la actuación periodística más incisiva en este campo consiste, además, o fundamentalmente, en “apoyar” estas informaciones con testimonios y pruebas cuyo acceso al juicio estaría vetado por haberse obtenido con vulneración de las debidas garantías —procedentes o no del sumario—, o por haber sido “engendradas” por propia iniciativa del periodista, con sus particulares medios y, por supuesto, sin ninguna garantía⁴²⁷. Con todo, es absolutamente oportuno plantear, como ha hecho ella, la incidencia directa que la revelación del secreto del sumario tiene sobre los

⁴²⁴ En este último grupo de intereses diversos destaca la repercusión negativa que el juicio paralelo puede tener por diversas razones: el del Estado por cuanto que también tiene interés en la correcta y efectiva administración de justicia; el del público, porque el amarillismo entorpece la debida información sobre un asunto de relevancia para la opinión pública y, por último, el del honor y la intimidad del procesado, cuyos derechos se ven vulnerados ante la publicación de determinadas acusaciones y pruebas contra ellos sin las debidas garantías.

⁴²⁵ ESPÍN TEMPLADO, E., “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*, pág. 123.

⁴²⁶ En apoyo de esas valoraciones, se ofrecen a menudo encuestas de opinión sobre la confianza del público en el Juez o Tribunal o pronósticos sobre el resultado de su veredicto. *Vid.* al respecto ZARZALEJOS NIETO, J.A., “Estrategias informativas de la crónica judicial”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, pág. 223.

⁴²⁷ Así, también, MORAL GARCÍA, A. DEL y SANTOS VUJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, *op. cit.*, pág. 22.

derechos del acusado⁴²⁸ a través de los juicios paralelos, aunque no sea ésta la única fuente de problemas que ocasiona la actuación de los citados medios de comunicación sobre las garantías del proceso⁴²⁹.

Otro análisis crítico del problema de lo

??

??

dia, enumera este autor un primer grupo de conductas bajo lo que denomina “la inmersión en los hechos justiciables *subjudice*”, entre las que incluye la construcción de acusaciones, la intervención directa sobre las fuentes de prueba (sin control ni autorización, por supuesto) o la propuesta de

⁴²⁸ Aspecto éste que, en ocasiones se olvida, al asignar exclusiva o fundamentalmente como bien jurídico perturbado en las correspondientes figuras delictivas de la revelación de secretos de actuaciones judiciales secretas el de la tutela del interés del Estado en la administración de justicia.

En contra de considerar la incidencia de estas conductas sobre los fines de la justicia, *vid.* BUENO ARÚS, F., “Libertad de expresión y Administración de Justicia”, *op. cit.*, probablemente debido a una diversa comprensión a la que se sostiene en este trabajo de lo que son esos fines.

⁴²⁹ También destaca los efectos nocivos de los juicios paralelos sobre la presunción de inocencia y la imparcialidad del juez, VERGER GRAU, J., en “Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado”, *op. cit.*, págs. 201 y ss. Y para garantizar la efectividad de esos mismos dos derechos, CARNELUTTI, F., “La publicidad del proceso penal”, *Cuestiones sobre el proceso penal*, (trad. Sentís Melendo, S.), Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1961, pág. 125. BERLANGA RIBELLES rechaza que el riesgo de los juicios paralelos en la fase sumarial radique en la frustración del interés de la Justicia penal en “asegurar la investigación de la verdad de los hechos”, esto es, en la protección del secreto del sumario por sí mismo (tal y como justifica la STC 176/1988 la previsión legal y tutela del secreto de sumario) sino en que se impida al acusado un juicio con todas las garantías, entre las cuales, destaca, la imparcialidad del juzgador. BERLANGA RIBELLES, E., “Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*, pág. 113.

⁴³⁰ Es común en el planteamiento de la doctrina procesal acerca de estos temas el poner de relieve un mayor número de intereses relevantes; así, el derecho a un proceso público, el principio de publicidad de los actos procesales, las garantías del procesado a un juicio justo e imparcial y, por supuesto, el derecho a la información (dar, recibir y acceder a las fuentes). En esta línea, *vid.* ampliamente MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, págs. 281-294, y, en especial, 292; RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, *op. cit.*, págs. 25-29.

⁴³¹ HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos”, *op. cit.*, págs. 73-75. Una visión crítica del primitivo sentido liberal de la publicidad como forma de control de la justicia, puede leerse con detalle en PEDRAZ PENALVA, E., “Notas sobre publicidad y proceso”, *op. cit.*, págs. 128-129, para quien sólo quedan dos baluartes, la exigencia de motivación de las resoluciones y la acción popular. También advierte de los peligros que corre el principio de la publicidad actualmente dado el desigual interés y expectativas que los procesos penales despiertan en la ciudadanía alentados por los intereses comerciales de los medios de comunicación que sirven de

veredictos conforme al desarrollo y expectativas del propio juicio paralelo. En segundo lugar, estarían todas las conductas “que trasladan espacios o zonas de duda sobre la imparcialidad del Tribunal o de alguno de sus miembros”. Como finalidad de estas actuaciones, sostiene este autor⁴³², se esconde la manipulación configurativa del proceso, la deslegitimación de la resolución si, pese a todo, llega a ser adversa o finalmente, comprometer la efectividad de los derechos que conforman el paradigma constitucional del proceso justo: fundamentalmente, la presunción de inocencia, la garantía de contradicción y de inmediación en la práctica de la prueba y la dignidad e intimidad de los intervinientes⁴³³.

También MUÑOZ MACHADO ofrece otro análisis de la actuación de la prensa con relación a los procesos⁴³⁴. Siguiendo a este autor —cuyo interés central es, no obstante, el de los procesos por difamación y su comparación con los equivalentes del sistema norteamericano—, podemos distinguir, de un lado, la difusión de informaciones y opiniones que pueden influir en el juez o tribunal e impedir la limpieza del proceso y, por otro, aquellas publicaciones que difunden anticipadamente opiniones sobre personas sometidas a procesos no concluidos lesionando su honor. Puesto que, como decimos, el eje central sobre el que bascula el estudio de su obra es el derecho al honor en relación con la libertad de información, la distinción operada entre las distintas clases de publicaciones sobre procesos judiciales se lleva a cabo, como vemos, desde este mismo criterio y deteniéndose a estudiar, precisamente, las que aquí se van a dejar a un lado: las que consisten en una lesión del honor. En esta línea⁴³⁵ plantea directamente la cuestión de si la

intermediarios entre ellos, HASSEMER, W., *Fundamentos de Derecho Penal*, (trad. y notas de Arroyo Zapatero L., y Muñoz Conde, F.), Bosch, Barcelona, 1985, pág. 284.

⁴³² HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos”, *op. cit.*, págs. 76-77.

⁴³³ A las que habría que añadir expresamente el derecho a un juez imparcial, el derecho de defensa, la igualdad de armas y hasta la garantía del plazo razonable.

⁴³⁴ MUÑOZ MACHADO, S., *Libertad de prensa y procesos por difamación*, *op. cit.*, págs. 67 y ss.

⁴³⁵ *Ibid*, Concretamente en las páginas 166 a 169, *op. cit.*

publicación de datos procedentes del proceso o de informaciones acerca de alguna persona involucrada en el mismo constituyen por su contenido una difamación a su protagonista y pueden, en consecuencia, ser penados. Para ello distingue dos situaciones: la difamación de una persona sometida a proceso (que se sancionará o no conforme a la acción civil o penal del honor que corresponda) y la difusión de materiales procedentes del proceso (no distingue de qué fase del mismo, lo cual puede tener relevancia) que implican desprestigio para el honor del procesado, y en ese caso no hay difamación posible porque se trata de la reproducción fiel de los testimonios vertidos durante el mismo y realizados con veracidad (nada se dice sobre las opiniones o juicios con que a veces se acompañan).

Sin embargo, y sin perjuicio de reconocer la evidente importancia y repercusión que en el honor o la intimidad del procesado tienen ciertas publicaciones, éstas inciden sobre muchos otros intereses relevantes, y en este trabajo sólo se atiende a aquellas actuaciones de los medios de comunicación que tienen incidencia en el derecho a un juicio justo e imparcial o, como gusta en llamar MUÑOZ MACHADO, en el derecho a un tribunal imparcial y a un proceso limpio⁴³⁶.

En esta línea, y resumiendo las claves del problema tal y como expone mayoritariamente la doctrina, las conductas más relevantes de los medios de comunicación en su relación con el proceso penal son las críticas a las actuaciones de jueces y magistrados —con riesgo para su imparcialidad en el juicio y, además, para la dignidad institucional del poder judicial— y las publicaciones adversas o excesivas sobre el objeto y los sujetos intervinientes en el mismo —que pueden afectar al debido desarrollo del proceso y, por tanto, a los derechos de acusado—. Coincido en el diagnóstico de los **bienes jurídicos** puestos en peligro, aunque el sentido concreto que en este trabajo se asigna a la **imparcialidad, la autoridad del**

⁴³⁶ ARAGÓN REYES, M., “Independencia judicial y libertad de expresión”, *op. cit.*, aborda la cuestión de las relaciones entre libertad de expresión (en sentido amplio) e independencia judicial (también en sentido amplio) y admite la posibilidad de limitar la libertad de expresión —como excepción— en los casos en que se produce un juicio paralelo. A propósito de ello critica la estrechez

poder judicial y el derecho a un juicio justo difieren, en algunos aspectos, del de estos autores.

Tomando en cuenta todos los supuestos relevantes que se acaban de exponer, trataré de ofrecer una exposición de las actuaciones de los medios de comunicación que generan riesgos de una u otra clase para los intereses de la justicia desde la perspectiva de su **incidencia en el derecho del acusado a un juicio justo y, en particular sobre la imparcialidad del juez**. Los problemas que originan las actuaciones de los medios de comunicación sobre este derecho están relacionados con alguna de las siguientes cuestiones:

- a) el acceso de los medios de comunicación a las fuentes de información de los asuntos judiciales;
- b) la publicidad perjudicial acerca de los hechos investigados o las personas acusadas de los mismos durante la vigencia del proceso;
- c) las críticas y presiones a las partes, testigos, peritos, abogados, fiscales, jurados o jueces intervinientes en los procesos con incidencia en su libertad de actuación⁴³⁷.

En todos los casos, habrá que modular el riesgo de perjuicio para el derecho que las conductas concretamente analizadas en cada categoría puedan acarrear según distintos criterios: el **momento** procesal en que se producen —en la fase del sumario, en la intermedia, en el juicio oral o durante los recursos—, el **modo** de llevarlas a cabo —distinguiendo los hechos aislados de las campañas, o su incidencia inmediata o mediata en el juez—, así como **quién** las realiza —pues en ocasiones las informaciones u opiniones provienen de las propias partes intervinientes en el juicio

del TC al incorporar la cláusula del artículo 10.2 CEDH con relación a nuestro artículo 24 CE, esto es, los límites a la libertad de expresión en favor de la autoridad e imparcialidad del poder Judicial.

⁴³⁷ En términos parecidos efectúa una enumeración de situaciones entre Justicia y Prensa (sin duda un ámbito más amplio que el que aquí interesa), GONZÁLEZ BALLESTEROS, T., "Justicia y medios de comunicación", *op. cit.*, págs. 30-31.

aun cuando empleen a los medios de comunicación como soporte para su publicidad, mientras que en otras ocasiones la publicidad es orquestada por personas ajenas al mismo, bien sean particulares o colectivos (incluidas las propias empresas de comunicación)—⁴³⁸.

2. Valoración de la gravedad de la lesión para la imparcialidad del juez según la clase de conducta realizada
 - A. *Problemas derivados del acceso de los medios de comunicación a las fuentes de información de los asuntos judiciales*

Para evaluar las conductas de los medios de comunicación en relación con los procesos penales debemos considerar todos los bienes en juego: los medios de comunicación son titulares del **derecho a dar y recibir información veraz** de acuerdo con lo establecido en el art. 20.1,d) CE; además, el TC ha vinculado el **principio de publicidad de las actuaciones judiciales** proclamado en el art. 120 CE y el propio **derecho fundamental del procesado a un proceso público** del art. 24.2 CE con la intervención de los medios de comunicación⁴³⁹. Si el principio de la publicidad de los juicios en su aspecto externo “implica que éstos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección

⁴³⁸ GIMENO SENDRA considera que los criterios relevantes que deben ponderarse para “resolver el conflicto” entre la libertad de prensa y otros derechos fundamentales (defensa, presunción de inocencia) o intereses constitucionales (secreto, “autoridad e imparcialidad del poder judicial”) son: el procedimental (si la actuación judicial objeto de crítica es pública o secreta) el subjetivo (la naturaleza pública o privada de la persona criticada) y el material (según la importancia del derecho pasivo afectado: honor, intimidad). Estimamos que o se trata de criterios para ponderar, sino los que definen el ejercicio legítimo de la libertad de expresión y sus límites respecto de otros derechos e intereses constitucionales. No obstante, ese no es sino el primer paso en el camino para analizar la constitucionalidad de una limitación legal o su correspondiente aplicación judicial, al ejercicio de la libertad de expresión. GIMENO SENDRA, V., “La sumisión del juez a la crítica política”, *op. cit.*, págs. 295-306.

⁴³⁹ Como bien afirma HERA OCA, M. DE LA, “El Derecho al Juicio justo”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. V, 1992, “el derecho al proceso público y oral, pese a estar recogido en el art. 120 de la Constitución, tiene rango fundamental, debido a la interconexión del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 6 del CEDH y 24-1 de la CE), y el derecho a la publicidad y oralidad del proceso penal (art. 6 CEDH), debiendo interpretarse el 24-1 CE siempre en relación con el 6 CEDH, a consecuencia del 10 CE.”

general”, la asistencia de los medios de comunicación es necesaria y les convierte en los intermediarios naturales entre la noticia y la generalidad de los ciudadanos (STC 30/1982, F.J.º 41, entre otras)⁴⁴⁰. De esta forma **la publicidad** ha pasado de contemplarse sólo como un **derecho** del procesado (sobre todo como derecho subjetivo)⁴⁴¹, a ser también una **garantía** de todos los ciudadanos frente al peligro que supondría la arbitrariedad de una justicia secreta y de un ámbito de poder del Estado ajeno a su control⁴⁴². En esa medida, el acceso a la información judicial y su divulgación se han convertido, a través del principio de publicidad en contenidos propios del derecho a la información, reconociendo a los medios los derechos a obtener y dar información⁴⁴³ y a los ciudadanos el de estar informados⁴⁴⁴. Además, se ha dicho con razón que la publicidad refuerza la legitimidad de los jueces al servir de medio de control social del poder Judicial, como corresponde efectuar en un Estado

⁴⁴⁰ En el mismo sentido, MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 286.

⁴⁴¹ Se ha puesto en cuestión por algunos autores como FERRAJOLI si en el actual modelo de proceso mixto la media publicidad es, verdaderamente, una garantía para el acusado, ya que la unión de secreto y resonancia comporta para el imputado tanto las desventajas de uno como las de la otra. FERRAJOLI, L., *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, *op. cit.*, pág. 618.

⁴⁴² Las SSTC 96/1987 y 65/1992 afirman que el derecho a un juicio público tiene como finalidad proteger a las partes frente a una justicia sustraída al conocimiento público y mantener la confianza de la comunidad en los tribunales. Para una lectura constitucional del principio de publicidad y sus fundamentos puede verse PEDRAZ PENALVA, E., “Notas sobre publicidad y proceso”, *op. cit.*, págs. 115-130; sobre la consolidación del principio de publicidad del proceso penal liberal *vid.* LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia”, *op. cit.*, págs. 45-59.

⁴⁴³ “Right to acces to court proceedings” en el constitucionalismo americano. *Vid.* HOLSINGER, R.L. y DILTS, J.P., *Media Law*, 3ª ed., McGraw-Hill, Nueva York, 1994.

⁴⁴⁴ De esa manera, el derecho a la publicidad del juicio cuya titularidad corresponde obviamente al procesado, se ha visto sobredimensionado por al presencia de los derechos del art. 20.1, d) y el valor del principio reconocido en el 120, ambos de la Constitución. No existe ya una ilimitada capacidad de disposición del procesado sobre la apertura o cierre del juicio pues, desde que primero estableció la jurisprudencia del TSFA (en *Richmond Newspapers Inc. vs. Virginia*, 448 U.S. 555 (1980) y, después, la del TEDH (STEDH 21 de febrero de 1990, caso *Hakansson y Sturesson*)), las limitaciones a la publicidad de los procedimientos son excepcionales y en la medida en que no se hurte ningún interés público importante, sobretodo, el derecho del público a la información. *Vid.* en relación con Estados Unidos, *Ibid.*, págs 289-295. En lo referente al TEDH, *vid.* LÓPEZ ORTEGA, J.J., “Libertad de información y proceso penal a la luz de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Justicia* 92, núm. 1, 1992, págs. 134 y ss.

constitucional democrático sobre todo poder público, una de cuyas notas básicas es el de ser un régimen de publicidad⁴⁴⁵.

Sin embargo, el ámbito de ejercicio de ese derecho no es ilimitado, pues el mismo principio que ha servido para apuntalarlo (art.120 CE) admite expresamente como excepciones aquellas actuaciones que las leyes de procedimiento prevean como secretas. Es cierto que el legislador carece de absoluta discrecionalidad para establecer esas excepciones, esto es, cuáles, cuándo, cómo y por cuánto tiempo las actuaciones son secretas y, desde luego, sería inconstitucional que pretendiera hacerlo más allá de lo estrictamente necesario. Existe un entramado de pretensiones⁴⁴⁶ (éxito de la investigación, **honor, intimidad, presunción de inocencia, derecho de defensa, imparcialidad y legitimación del Poder Judicial**, libertades de expresión e información, publicidad procesal) que precisan ser dilucidadas porque no se trata tan sólo de despejar la posibilidad de ser juzgado rectamente sin interferencias de la actividad informativa, sino también de determinar hasta dónde es razonable en una democracia la pretensión de limitar la actuación informativa con apoyo en la necesidad de juzgar rectamente⁴⁴⁷.

Con todo, nuestra LECrim declara que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral con las excepciones determinadas en la

⁴⁴⁵ ARAGÓN REYES, M., "Independencia judicial y libertad de expresión", *op. cit.*, págs. 259-260.

⁴⁴⁶ QUINTERO destaca que en ocasiones, los derechos del procesado son relegados a un segundo plano, como si los titulares de las pretensiones en conflicto fueran exclusivamente los jueces y los informadores. QUINTERO OLIVARES, G., "Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial", *op. cit.*, pág. 358.

⁴⁴⁷ El art. 6.1 CEDH reconoce expresamente la posibilidad de limitar la publicidad de las actuaciones judiciales en los siguientes términos: "(...) el acceso a la Sala de Audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la Justicia".

propia Ley (art. 301)⁴⁴⁸. A continuación reconoce que las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento (art. 302.1) pero si el delito fuere público podrá el Juez de instrucción, 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 (art. 302.2)⁴⁴⁹. La publicidad, pues, sólo rige plenamente en la fase de juicio oral de nuestro proceso penal.

a) *Durante la instrucción del sumario*

¿Cómo se traduce ello en el derecho a obtener y transmitir información de contenido jurisdiccional? En la fase en que se está instruyendo el sumario, el secreto a terceros de las diligencias judiciales es un instrumento para garantizar el éxito de la investigación, como afirma la STC 13/1985 o, si se prefiere, “para asegurar un juicio con todas las garantías”⁴⁵⁰, en especial la presunción de inocencia y el derecho a un juez imparcial, sin olvidar que favorece el respeto al honor y la intimidad del imputado⁴⁵¹. No cabe apelar por parte de terceros durante esta fase procesal a ninguna

⁴⁴⁸ Según MORENO se refiere a la practica de la prueba anticipada. 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 de extender el secreto a las partes. OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, op. cit. págs. 89-90.

⁴⁴⁹ Este es el texto vigente desde la reforma operada por la Ley 53/78, pues la redacción originaria era, en cambio, la siguiente: “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.”

⁴⁵⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, op. cit., pág. 116.

⁴⁵¹ Así, llega a afirmar MUÑOZ MACHADO que “un informe de un fiscal o un auto de un juez de instrucción son documentos, por naturaleza, acusatorios y recogen opiniones que pueden llegar a ser difamatorias aunque, obviamente no punibles, porque se amparan en la peculiaridad del proceso

clase de derecho de acceso a dicha información y, por supuesto, no existe ningún correlativo deber de proporcionarla⁴⁵².

Ello no obsta, por supuesto, y así sucede habitualmente, a que los medios de comunicación se relacionen con los particulares que tienen acceso al sumario o han intervenido en alguna diligencia y hasta con los jueces y demás funcionarios judiciales (aunque con un objeto muy limitado), o que busquen otras fuentes de acceso a la información de los hechos que constituyen el objeto de dicha instrucción y, caso de obtenerla, la difundan⁴⁵³.

El TC se ha pronunciado varias veces al respecto desde la primera STC 13/1985 de 31 de enero recaída en el recurso de amparo que presentó el diario mallorquín “Última Hora” contra una resolución de un juez de instrucción prohibiendo la publicación de cualquier fotografía, elemento o noticia referente al fallecimiento de una persona cuyo acaecimiento estaba siendo investigado judicialmente bajo secreto de sumario. El Tribunal estimó que “la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite a la libertad de información”, sino “como un impedimento al conocimiento por cualquiera (...) de las actuaciones

judicial y en las necesidades de la acusación”. Sin embargo, —continúa diciendo— el periodista que divulga sin contrastar dichos informes o autos, los saca del ámbito procesal en que es legítimo y los abre a la opinión pública y este cambio de foro exige, cuanto menos, indagar la verdad contrastándola con todas las partes afectadas. MUÑOZ MACHADO, S., “Informe de una causa penal”, *Diario El Mundo*, 17 de abril de 1998.

⁴⁵² Pese a lo cual existe una generalizada creencia acerca de la publicidad externa de las actuaciones sumariales salvo en los casos en que el juez acuerde el secreto de las mismas expresamente que se traduce en un divorcio entre el régimen legal y la *praxis*. *Vid.*, al respecto, MORAL GARCÍA, A. DEL y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, *op. cit.*, págs. 113-115.

⁴⁵³ En el mismo sentido, *vid.*, ESPÍN TEMPLADO, E., “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*, pág. 127 en la que destaca la diferencia señalada por el TC en la referida sentencia entre los hechos objeto de las actuaciones judiciales y las actuaciones judiciales en sí mismas: “el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el artículo 20.4 de la CE) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre ellos están en curso unas determinadas diligencias sumariales”. Para DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el*

seguidas en esta etapa del procedimiento penal (...) en aras de alcanzar (...) una segura represión del delito”. No obstante, a continuación el Tribunal reconoce que si los datos a los que no se tiene acceso legítimo no pueden ser objeto de difusión, ello “implica un límite del derecho a informar, pero sólo de modo derivado”, es decir, “en la medida en que aquello que se quiera difundir o comunicar haya sido obtenido ilegítimamente quebrando el secreto del sumario”, esto es, mediante lo que la ley llama una “revelación indebida”⁴⁵⁴.

El límite “infranqueable” con relación al contenido del sumario que puede difundirse proviene, pues, según se expone en esta sentencia, de dos aspectos: el de “la obtención ilegítima, quebrando el secreto del sumario” y el de la “revelación indebida”⁴⁵⁵. Puesto que todas las personas que tienen acceso a las diligencias del sumario tienen prohibida su revelación a terceros bajo amenaza de sanción, la “revelación” se nos antoja que siempre será “indebida”⁴⁵⁶ y la difusión de su contenido, por tanto, ilícita⁴⁵⁷.

proceso penal, op. cit., págs.119-120, esta es una conclusión forzada por la interpretación del secreto sumarial que ha hecho el TC y que califican de cicatera.

⁴⁵⁴ Para una amplia reseña de la citada sentencia puede consultarse OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos, op. cit.*, págs.122-125.

El TC reitera su doctrina en las SSTC 14/1984 de 1 de febrero, la 171/1990, de 12 de noviembre y en los AATC 419/1990, de 28 de noviembre y 195/1991, de 26 de junio.

⁴⁵⁵ En el mismo sentido, pero advirtiendo que su licitud queda, también, condicionada al respeto debido a los derechos mencionados en el artículo 20.4 como límites a las libertad de expresión e información, tal y como se deduce de la STC 13/1985, *vid.* MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 302

⁴⁵⁶ Tan superfluo o reiterativo merece el adjetivo “indebidas” respecto a las revelaciones, como “ilegítima” lo es a la obtención de información, dada la regulación legal del secreto sumarial. En el mismo sentido, OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos, op. cit.*, pág.124.

⁴⁵⁷ El TEDH ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la legalidad de imponer sanciones a las partes que revelen los secretos del sumario en el caso Weber c. Suiza, de 22 de mayo 1990 (Serie A, nº 177). Existe traducción y comentario al castellano por Tejera Victory en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 145 (1993), págs. 271-287. Pese a que estimó violación del art. 10 CEDH con la imposición de una multa por tal conducta, el Tribunal reconoce que la restricción obedecía a una finalidad legítima (la tutela de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial). La base del fallo radica en la falta de necesidad de la medida en el caso concreto, puesto que los datos ya se habían revelado por el propio condenado con anterioridad a la ocasión que dio lugar a la sanción y no eran ya, pues, secretos. Como con acierto critica el traductor y comentarista “La fase procesal a que se refiere [el

Así pues, si cualquier información sobre las actuaciones del sumario es ilícita al proceder de estas fuentes, y ello convierte en ilícita *a fortiori* también su difusión⁴⁵⁸, sólo quedan dos posibilidades a los medios para comunicar información sin incurrir en algún tipo de responsabilidad en lo que al contenido del sumario se refiere: 1ª la obtención y difusión de información sobre los hechos objeto del sumario fruto de sus propias investigaciones paralelas o previas a las oficiales⁴⁵⁹; y, 2ª la difusión de algún contenido del sumario que obtengan anónimamente y del que no haya constancia evidente de su ilícita procedencia. La eventual relevancia de dichas conductas será analizada en el siguiente Capítulo, pero ya cabe adherirse a la aseveración de OTERO GONZÁLEZ: “ni toda información obtenida al margen del sumario es lícita, sino sólo aquella que no afecte al bien jurídico protegido por el secreto sumarial (nuevamente es un problema de bien jurídico), y por otra parte, toda revelación del secreto sumarial es *indebida*”⁴⁶⁰. A la valoración de la licitud o ilicitud de la información difundida se une la relevancia de otros derechos

sumario] es secreta, y lo sigue siendo, aunque no se haya respetado con anterioridad por cualquier obligado a ello. Si así no fuera, el alzamiento del secreto no dependería de la ley y de la autoridad judicial, sino de la voluntad de un infractor” (pág. 273).

⁴⁵⁸ Pudiendo el juez, por tanto, prohibir legítimamente su difusión al medio de comunicación en todos los casos en que la información proceda de un quebrantamiento del secreto sumarial, sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, corresponda a quien así lo hubiere hecho.

⁴⁵⁹ Este es un problema que no es denunciado suficientemente a pesar de su importancia y la frecuencia con que se produce. Lo hace, sin embargo, VARELA CASTRO al referirse a la regulación del denominado procedimiento abreviado en la que, “al restablecer el *dies a quo* en el del inicio de la actividad jurisdiccional, hasta cuyo momento no existen ‘diligencias sumariales’, deja fuera del veto de revelación el descubrimiento de los actos policiales presumariales, siendo precisamente ese segmento cronológico el de mayor potencialidad dañosa para el éxito de la investigación que luego ha de ser pilotada judicialmente, con criterios de eventual discrepancia respecto del entendimiento y voluntad policial”. VARELA CASTRO, L., “Proceso penal y publicidad”, *op. cit.*, pág. 41.

⁴⁶⁰ OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, pág. 124. Por cierto, esta autora considera que el secreto del sumario no es un bien jurídico en sí mismo, sino que los únicos bienes jurídicos tutelados con el secreto sumarial constitucionalmente relevantes para operar semejante restricción del derecho a la publicidad son, precisamente, “el derecho a un juicio justo e imparcial, la independencia como instrumento de la imparcialidad y la presunción de inocencia, como derecho fundamental directamente protegido a través de la imparcialidad”. *Ibid*, pág. 132.

constitucionales⁴⁶¹, de manera que el problema para los medios no se centra, exclusivamente, en descartar la publicación de informaciones de las que conste la ilicitud de su procedencia, esto es, en el quebrantamiento del secreto sumarial, sino que la presencia de otros derechos fundamentales puede representar límites externos adicionales a la inmunidad de tales actuaciones en el ejercicio de las libertades de expresión e información. En cualquier caso, lo que interesa ahora poner de manifiesto es que no cabe descartar la peligrosidad de algunas conductas de este tipo para el debido desarrollo del proceso, aunque remotamente pueden apreciarse como lesivas de la imparcialidad del juez. Tan solo cabe afirmar que denotan un escaso respeto por la exclusividad de la función jurisdiccional al pretender suplementar o suplantar al poder judicial en la investigación y enjuiciamiento de los delitos y faltas.

b) Durante la fase de juicio oral o con posterioridad a la sentencia

Como contrapartida, la Ley de Enjuiciamiento Criminal anuncia que el juicio oral será público (arts. 231 y 191 LOPJ y 649.2 LECrim) bajo pena de nulidad (art. 680.1 LECrim) y durante el mismo, el acceso de los medios de comunicación a la información que se obtiene en las vistas está garantizado, no sólo por respeto al principio de publicidad en relación con el derecho del acusado a un juicio público, sino como contenido del derecho a dar y recibir información del art. 20.1, d) que asigna a los medios de comunicación la función de servir de correa de transmisión entre lo acontecido en la sala y el público no presente.

⁴⁶¹ En la STC 176/1988 de 4 de octubre (ponente Díaz Eimil) se reconoce que el derecho de defensa puede operar como límite a la publicidad en los procesos. Las limitaciones que el secreto sumarial opera sobre la libertad de información se fundamentan, según entiende mayoritariamente la doctrina, en la protección de otros bienes jurídicamente relevantes: el honor, la intimidad, la propia imagen, la protección de la juventud o de la infancia, el valor constitucional de la justicia, el derecho a un proceso con todas las garantías o la garantía de un tribunal independiente e imparcial. Así, expresamente, SENENT MARTÍNEZ, S., "El secreto sumarial como límite al derecho a la libertad de información", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXXIII, 1993, págs. 291-292. Literalmente igual a SENENT se expresa RODRÍGUEZ BAHAMONDE, R., *El secreto del sumario y la libertad de información en el proceso penal*, op. cit., pág. 293 y en *La libertad de información y el secreto de la instrucción*, Comares, Granada, págs. 18-19.

No obstante la vigencia de este principio general, existen ciertas excepciones o limitaciones a la publicidad de las actuaciones durante la fase del juicio oral⁴⁶² puesto que, como prevé el art. 680.2 LECrim, la vista puede celebrarse a puerta cerrada o los debates en secreto por razones de moralidad, orden público o respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia. La lectura actualizada de tales expresiones se contiene en el art. 232.2 LOPJ⁴⁶³ en el que se determina la posibilidad de acordar el secreto de todas o parte de las actuaciones mediante resolución judicial motivada por razones de orden público o en protección de los derechos y libertades⁴⁶⁴.

El legislador, en cualquier caso, ha “recordado” al juez algunos supuestos en que puede ordenar restricciones a la publicidad del juicio oral como salvaguarda de algunos de esos intereses mencionados anteriormente y, entre ellos, expresamente, la intimidad e imagen de los menores, el respeto a la intimidad de las víctimas o la seguridad personal de testigos y peritos⁴⁶⁵. En cualquier caso, las restricciones a la publicidad no pueden reputarse, genuinamente, como actuaciones judiciales secretas

⁴⁶² La publicidad, como su contrapartida en la fase de sumario, el secreto, no son fines absolutos que se justifiquen por su sola consecución, de manera que cabe imponer ciertas restricciones en la medida en que resulten necesarias para salvaguardar otros valores como la imparcialidad, la independencia, los derechos del acusado y los demás intervinientes o la legalidad del proceso. En el mismo sentido, LÓPEZ ORTEGA, J.J., “La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia”, *op. cit.*, pág. 65.

⁴⁶³ Para una interpretación del precepto puede consultarse MORAL GARCÍA, A. DEL y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, *op. cit.*, págs. 155-156.

⁴⁶⁴ El CEDH también se pronuncia expresamente al respecto proporcionando pautas interpretativas a nuestro constituyente en su artículo 6.1: “El acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia”.

⁴⁶⁵ Así, arts. 2 y 4 de LO 19/1994, de 23 de diciembre de protección a testigos y peritos en causas criminales. Sobre protección de la imagen de los menores, en general, *vid.* art. 4 de la LO 1/1996 y 158 CC; sobre su posición en el proceso penal, *vid.* los arts. 544 bis, 707 y 713 LECrim., tras reforma operada por LO 14/1999. La Ley 35/1995 de 11 de diciembre de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, atribuye en su art. 15.5 al Ministerio Fiscal la responsabilidad de proteger a la víctima de toda publicidad no deseada que revele datos de su vida

y, de hecho, la ley las contempla de forma diferenciada en el art. 279.2 LOPJ, cuando al referirse a la expedición de certificados o testimonios a las partes interesadas por los secretarios, se refiere a las “actuaciones judiciales no secretas ni reservadas”.

En caso de que el Juez haya optado por declarar la celebración de los debates del juicio oral a puerta cerrada, la revelación de información de lo acontecido durante ellos tendrá relevancia si afecta, precisamente, a los datos o informaciones de particulares cuya reserva ha motivado la decisión de celebrar el debate a puerta cerrada, calificándose la conducta como infracción disciplinaria, ilícito civil o penal, según los casos⁴⁶⁶.

Cuando se prohíba la presencia del público en la sala, la prensa se halla obligada a respetar la orden como cualquier otro particular, sin que pueda alegar privilegio de ninguna clase. En cambio cuando se establecen limitaciones a la asistencia por razón del aforo u otras circunstancias, la prensa goza de preferencia para obtener acceso a las vistas en la medida en que con su función sirve a los intereses generales pero, además, el acceso debe establecerse en condiciones de igualdad con los demás medios⁴⁶⁷. La posible amplificación de los efectos nocivos para el honor, la intimidad o incluso la seguridad personal de los participantes en el proceso por la difusión de lo acontecido en la sala por parte de los medios de comunicación no puede ser tomada

modo en que éstos pueden tener acceso a la información, los límites a su difusión, o su comportamiento durante las vistas, lo que sin duda revierte negativamente en las

privada o su dignidad, y le “recuerda” que puede solicitar la celebración del proceso penal a puerta cerrada, de conformidad con lo previsto por la legislación procesal.

⁴⁶⁶ De otra opinión son LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, Cedecs, Barcelona, 1998, pues en la medida en que equiparan la declaración judicial del debate “a puerta cerrada” con “actuación judicial declarada secreta” del artículo 466 CP, califican estas conductas de revelación como constitutivas del delito tipificado en dicho precepto, e incluyendo a los jurados entre los sometidos a responsabilidad penal (pág. 91).

⁴⁶⁷ Así expresamente, la STC 30/1982 de 1 de junio, F.J.º 4.

necesarias garantías que los medios precisan para trabajar libremente y, al mismo tiempo, en la debida consideración que merece la ordenada conducción del proceso y, sobre todo, los derechos del acusado.

Respecto del acceso a la información debe distinguirse aquella que se obtiene o se suministra por el propio órgano a través de la oficina judicial y la que obtienen los propios medios al asistir a las sesiones abiertas al público. En cuanto a las primeras, existen diversos preceptos en la LOPJ que resultan relevantes a estos efectos y en los que se distinguen dos niveles de acceso a dicha información: una que sólo corresponde a los “interesados” o “partes interesadas” y otro a “cualquier interesado”. La información sobre el estado de las actuaciones no declaradas secretas para las partes podrá facilitarse por la oficina judicial sólo a los “interesados” mediante exhibición, expidiendo testimonio o certificación (arts. 234, 235 LOPJ)⁴⁶⁸. En cambio, el acceso al texto de las sentencias que están depositadas en la Secretaría del Juzgado o Tribunal se permite a cualquier interesado (art. 266.1 LOPJ) salvo casos muy excepcionales⁴⁶⁹. De todo ello se desprende que la información no es directamente accesible a los medios de comunicación desde las oficinas judiciales durante la pendency del proceso y, sí en cambio, respecto de la sentencia ya dictada⁴⁷⁰. No existe ninguna norma en el ámbito de actuación jurisdiccional que establezca la obligación jurídica de proporcionar información noticiable a la prensa

⁴⁶⁸ Art. 279: “1. Las actuaciones de los Secretarios en el curso de los procedimientos judiciales se denominarán actas, diligencias o notas. 2. También podrán expedir copias certificadas o testimonios de las actuaciones judiciales no secretas ni reservadas a las partes interesadas y bajo su responsabilidad, con sujeción a lo establecido en las leyes.”

⁴⁶⁹ Por ejemplo, lo establecido en el art. 906 LECrim en cuanto a evitar la identificación de los afectados en delitos contra el honor o sexuales y, en general, como determina el Acuerdo del CGPJ de 12 de enero de 1994, cuando el respeto por los derechos fundamentales de los intervinientes aconseje limitar el acceso al texto íntegro o parcial de las sentencias.

⁴⁷⁰ No obstante, se muestra partidario de extender la aplicación del art. 235 a los medios de comunicación para garantizar el debido derecho de los ciudadanos a estar informados RUIZ VADILLO, E., *El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo*, Actualidad Editorial, Madrid, 1994, págs. 146-147.

por parte de los órganos judiciales⁴⁷¹ durante el proceso. La única disposición legal de la que se desprende una “facultad” de hacerlo así se contiene en el Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal: podrá informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto de sumario (art. 4.5).

Desde luego no puede entenderse el derecho a la información del art. 20. 1.d) CE como una prerrogativa de la prensa frente a la que surge la correlativa obligación —en este caso de los órganos judiciales— de proporcionar información concreta. La ley ha establecido un régimen claro (que el propio Consejo General del Poder Judicial ha interpretado en el sentido apuntado en su Acuerdo del Pleno de 15 de noviembre de 1989) por el que la única información que debe facilitarse a terceros no interesados (interesados en sentido jurídico, no coloquial) es el texto de la sentencia.

Lo que sí cabe sostener conforme al artículo 9 CE es que los poderes públicos — incluido el judicial— están sujetos a **la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico** y como tales les corresponde promover las condiciones para que la libertad y la igualdad (...) sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Si este precepto es, como dice el TC norma suprema directamente aplicable y alegable ante los tribunales (SSTC 21/1981, de 15 de junio y 16/1982, de 28 de abril, respectivamente), su traducción práctica en el campo que aquí se estudia es incuestionable: también los órganos judiciales están vinculados positiva y negativamente con las libertades de expresión e información esenciales para garantizar el principio democrático. Por ello, deben facilitar el control público de su actividad —y eso incluye facilitar a la prensa su colaboración en esa tarea— garantizando, además, la efectividad del derecho a recibir información y a un juicio público, sin obviar con ello los demás derechos del

⁴⁷¹ Con mayor rotundidad lo afirma MÉNDEZ DE LUGO Y LÓPEZ DE AYALA, A., “Los Tribunales de Justicia y sus obligaciones informativas”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999,

procesado a un juicio justo e imparcial que en su favor establece el art. 24.2 CE. La forma de hacerlo es, sin duda, con estricto sometimiento al marco de legalidad establecido, pues no existen otros límites a la publicidad que los que la ley determina pero, en lo demás, se les concede a los jueces la facultad de ordenar el proceso velando por la efectividad de todos los derechos e intereses en juego.

La realidad demuestra la necesidad de una mayor exhaustividad en la regulación de las relaciones entre los medios de comunicación y la administración de justicia y, por ello, se está generalizando el recurso de las propias Salas de Gobierno de los Tribunales a dictar normas para que los secretarios judiciales y demás personal competente faciliten su tarea a los medios de comunicación y éstos cuenten con pautas normalizadas de comportamiento en los Juzgados y Tribunales⁴⁷².

En relación con la información que durante el juicio pueden obtener los medios mediante su asistencia a las vistas (la publicidad externa), ya advertí anteriormente que nuestras leyes tampoco contienen previsiones específicas al respecto, ni tampoco acerca del modo en que los medios de comunicación pueden desarrollar sus funciones. La regla general será la de que la libre asistencia a las vistas se traduzca en un prácticamente ilimitado acceso a la información que ellas proporcionen; no obstante, aquellas actuaciones probatorias que, por diversos motivos, no puedan desarrollarse en la sala donde se celebra la vista, quedan fuera de este aspecto de la publicidad consistente en garantizar la presencia directa en el acto procesal de terceros ajenos al proceso y, en consecuencia, no se tiene más posibilidad de conocimiento de las mismas que la que derive de la lectura del acta extendida por el secretario al reanudar la vista en la sala de audiencias⁴⁷³. Por lo demás, el juez puede,

págs.174-176: "no existe obligación jurídica de suministrar información por parte de los órganos judiciales, sin perjuicio de su conveniencia".

⁴⁷² Incluso desde 1986 viene reclamándose la puesta en marcha de Servicios u Oficinas de Información en determinados órganos judiciales y, aunque no todos, algunos ya las tienen (TS, AN y algunas AAPP y TTSSJ).

⁴⁷³ Así lo entienden, entre otros, MORAL GARCÍA, A. DEL y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal, op. cit.*, pág. 127 y citan como ejemplos el interrogatorio del testigo imposibilitado de acudir al juicio o la diligencia de reconocimiento o inspección ocular.

en el uso de sus facultades de Policía de Estrados permitir o impedir la toma por audio o vídeo de la vista o su emisión en directo, así como la toma de fotografías, pero deberá hacerlo expresa y motivada y razonablemente⁴⁷⁴ en atención a la ordenada conducción del proceso y al respeto debido al derecho a la imagen, la intimidad, o la seguridad de ciertas personas⁴⁷⁵. Lo dicho aquí respecto de la publicidad de las vistas durante las sesiones del juicio oral puede extenderse a las eventuales vistas públicas que el Tribunal decida celebrar en la fase de impugnación que corresponda, esto es, al recurso de apelación o al de casación —arts.795.6 y 893 bis a) LECrim, respectivamente—⁴⁷⁶.

Recientemente se ha comenzado a especular con la posibilidad de retransmitir íntegramente los juicios por televisión, en directo o en diferido. Como precedentes de tales actuaciones encontramos los canales de televisión privada que en Estados Unidos se dedican exclusivamente a la retransmisión y comentario de casos fundamentalmente criminales con gran impacto en la ciudadanía⁴⁷⁷. Sea puntualmente o de forma continuada, lo cierto es que no parece hacer argumento de índole constitucional para impedir la presencia de las cámaras de televisión o de otro tipo de equipos de captación y transmisión de la imagen o el sonido en los procesos

⁴⁷⁴ Léase, conforme al principio general de proporcionalidad que exige, en este asunto, que las medidas adoptadas sean necesarias para el fin perseguido

⁴⁷⁵ Por cierto que la LO 19/1994 de protección a testigos y peritos en causas criminales, que da cobertura al juez para ordenar estas restricciones a la captación o reproducción de imágenes, identidades, etc. ha “olvidado” incluir a los jurados, de manera que los temores de los ciudadanos llamados a colaborar con la justicia a que hace referencia la Exposición de Motivos para justificar tales restricciones a la publicidad, no se ha hecho extensiva a los jurados, algo que parecería sensato. *Vid.*, al respecto, LLABRÉS FUSTER, A. y TOMÁS-VALIENTE LANUZA, C., *La Responsabilidad Penal del Miembro del Jurado*, *op. cit.*, págs. 141 y ss.

⁴⁷⁶ Para un análisis más pormenorizado de los problemas que suscita la publicidad en esta fase y, en particular, de la exigencia de vista pública en los recursos puede consultarse DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, *op. cit.*, págs. 176-199.

⁴⁷⁷ La cadena norteamericana Court TV ha anunciado su intención de implantarse en España para dedicarse a idénticas actividades en nuestro país. Entretanto, ya ha habido un programa de televisión “En tela de juicio” dedicado a retransmitir crónicas judiciales con imágenes de las salas de vistas. Una opinión sumamente crítica sobre este tipo de producto televisivo es la manifestada por

pero, desde luego, tampoco para exigirla: ni constituye un elemento esencial o consubstancial a la publicidad —puesto que ésta puede garantizarse por otros medios—, ni lo es del derecho a la información, pues no afecta al contenido de ésta, sino a uno de los medios o modos de ofrecerla⁴⁷⁸.

En ausencia de normativa específica⁴⁷⁹ la decisión de permitir la entrada al juicio de equipos audiovisuales u otros instrumentos de transmisión del sonido o la imagen, así como el alcance de su utilización durante el mismo corresponde, de momento, a todos y cada uno los órganos jurisdiccionales en el ejercicio de sus funciones quienes, en cada caso, determinarán si procede o no hacerlo y su alcance. Para la obtención y transmisión puntual de la imagen o la voz durante el juicio, el Juez tendrá en cuenta las circunstancias del caso concreto en el marco de decisión que la ley le conceda, pues la oposición legítimamente de los particulares que intervienen en el juicio a que se difunda su imagen es suficiente, en principio, para prohibir que así se haga⁴⁸⁰, especialmente en el caso de las personas especialmente

VERGER GRAU, J., "Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado", *op. cit.*, págs. 214-216.

⁴⁷⁸ Los derechos del acusado son, ciertamente, los que pueden incidir más fuertemente en la decisión acerca de admitir o no la presencia de cámaras de televisión en los juicios.

⁴⁷⁹ En los ordenamientos jurídicos europeos, por el contrario, cabe encontrar referencias específicas a esta cuestión. Así, en Alemania, se permite libremente el acceso de la prensa escrita pero se prohíben absolutamente "las grabaciones magnetofónicas, televisivas o radiofónica, así como las grabaciones de sonido y filmicas, con el fin de transmisión pública o de publicación de su contenido" (parágrafo 169 de la Ley Orgánica de los Tribunales). En Francia se prohíbe desde la Ley 6 de diciembre de 1954 con carácter general, salvo autorizaciones excepcionales (juicios sobre crímenes contra la humanidad) el empleo de toda clase de aparatos de registro o transmisión, cámaras de televisión o cine y aparatos fotográficos; en algunos casos, y previo consentimiento de las partes, se permite la toma de imágenes generales de la sala de audiencias antes de dar comienzo a las vistas. En Italia el Presidente del Tribunal tiene amplias facultades para ordenar la publicidad, tanto a favor —permitiendo la grabación de la vista— como en contra —prohibiendo la publicación de datos o imágenes obtenidos durante el proceso—. En los artículos 86 a 88 del Código de proceso penal portugués se regula exhaustivamente el acceso a la información y la posibilidad de su difusión (publicabilidad), resultando esta última más restringida. Sobre el régimen legal previsto para la difusión de los procesos penales en derecho comparado puede consultarse LÓPEZ ORTEGA, J.J., "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *op. cit.*, págs. 111-118.

⁴⁸⁰ Ver art. 8.2.c) de la LO 1/1982 de 5 de mayo de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Respecto de los funcionarios públicos y durante el ejercicio de sus funciones en un acto público (y esto incluye, en principio, a los jurados) no cabe, ordinariamente, oposición a la captación de imágenes (art. 8.2.a) de la misma Ley. En el mismo sentido, O'CALLAGHAN, X., "Audiencias públicas y cobertura informativa" *Revista del Poder*

protegidas por los motivos antes mencionados. Sólo si no existe oposición, o existe acuerdo expreso favorable de todas las partes, podrá el juez acordar la entrada y utilización de los citados medios audiovisuales durante las vistas y ello, sin perjuicio de valorar otros riesgos que tal autorización puede acarrear⁴⁸¹.

En efecto, se ha denunciado⁴⁸² —por propia experiencia y, sobre todo, por la que nos ofrece la problemática surgida en otros sistemas jurídicos como Estados Unidos, donde la presencia de cámaras o aparatos de sonido durante el juicio tiene más tradición—, que la utilización de los equipos de grabación y reproducción audiovisuales en la sala acarrea ciertos riesgos para la debida conducción del proceso y, sobre todo, para los derechos del acusado si no se adoptan ciertas cautelas⁴⁸³. Desde luego amplifica las lesiones al honor y la intimidad del acusado al divulgarse masivamente su imagen y los hechos que se le imputan (con independencia de que luego sea absuelto o condenado, pues hasta en este último caso, puede perjudicar su reinserción social posterior); por otro lado la presencia de aparatos necesarios para la retransmisión de las imágenes o el sonido plantea, si las condiciones de la sala no son óptimas, una dificultad añadida a la práctica de las pruebas (alterando la percepción y atención necesarias por parte del tribunal, las partes y el público, dificultando la

Judicial, núm. especial XVII, 1999, págs. 279-280. En contra, al menos en lo que al acusado se refiere se manifiesta GARCÍA PÉREZ, S.F., “La Televisión desde la sala del juicio en los procesos penales”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 232-233 para quien la obligación de estar presente en la sala le impide oponerse a la captación de su imagen.

⁴⁸¹ Para contar con una visión de la situación en España y en el Derecho comparado, puede verse OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 150-157.

⁴⁸² *Vid.* GARCÍA PÉREZ, S.F., “La Televisión desde la sala del juicio en los procesos penales”, *op. cit.*, págs. 229-235 y OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 154-157.

⁴⁸³ El Tribunal Supremo de Florida fue en 1976 el primer órgano judicial en Estados Unidos en admitir la retransmisión de las sesiones por televisión y lo hizo exigiendo una serie de condiciones ambientales: sólo se admite un cámara con un aparato en la sala que no podrá moverse durante el juicio; el cámara no puede cambiar lentes, películas o cintas durante la sesión. Sólo se puede captar el sonido a través del propio sistema de micrófonos del tribunal y queda prohibido grabar las conversaciones entre abogados, entre éstos y las partes o con el juez. Este puede prohibir, sin posibilidad de recurso, la grabación del testimonio de ciertos testigos; el jurado no puede ser filmado bajo ninguna circunstancia, etc. *Post-Newsweek Statios*, 370 So.2d 764 (Fla.1979). HOLSINGER, R.L. y DILTS, J.P., *Media Law*, *op. cit.*, págs 306-307.

espontaneidad y tranquilidad con que deben prestar testimonio los testigos, etc.)⁴⁸⁴; por último, se favorece la presentación sesgada de la información al permitir la manipulación en la toma y emisión de las imágenes⁴⁸⁵. Por ello me sumo a las pautas que apunta OTERO GONZÁLEZ para paliar los inconvenientes que presenta la presencia física de los medios de comunicación, en especial, audiovisuales, durante las vistas⁴⁸⁶ y consideramos útil su consideración en una futura regulación de la materia⁴⁸⁷.

B. Publicidad perjudicial acerca de los hechos investigados o de las personas acusadas de los mismos durante la vigencia del proceso

Voy a comenzar la valoración de esta categoría de actos de los medios de comunicación desde la **perspectiva temporal**: ¿cuándo dicha publicidad puede acarrear un riesgo relevante para las garantías del derecho a un juicio justo e imparcial?. A primera vista parece fácil afirmar que sólo se puede vulnerar el derecho desde que existe un titular del mismo, esto es, desde que un sujeto es

⁴⁸⁴ BUENO ARÚS, F., "Libertad de expresión y Administración de Justicia", *op. cit.*, págs. 226-227.

⁴⁸⁵ *Vid.* GARCÍA PÉREZ, S.F., "La Televisión desde la sala del juicio en los procesos penales", *op. cit.*, pág. 321. Para evitar este último problema, DEL VAL propone que se retransmitan las sesiones del juicio íntegramente porque el problema de deformación se presenta, inevitablemente, al resumir lo acontecido en una crónica, operación que incorpora inevitablemente una dosis de subjetividad del informador. VAL, L. DEL, "El tratamiento televisivo de las noticias criminales", *Revista del Poder judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 238-240.

⁴⁸⁶ OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 155-156: tales como limitar el número y lugar de emplazamiento de las cámaras, la grabación sin perturbaciones en la sala y su difusión en diferido, etc. Véase, también GARCÍA PÉREZ, S.F., "La Televisión desde la sala del juicio en los procesos penales", *op. cit.*, pág. 233.

⁴⁸⁷ Aunque el propio CGPJ haya avalado en un acuerdo de 25 de febrero de 1998 la iniciativa adoptada por el Consell de L'Audiovisual de Catalunya en favor de la autorregulación (Dictamen 6/1997 sobre celebración de los juicios y su tratamiento por televisión), consideramos necesario regular legalmente la actividad de los medios de comunicación en relación con los procedimientos judiciales, pues corresponde precisamente al legislador valorar todos los intereses en conflicto. Sólo la generalidad y previsibilidad de las leyes justifica la adopción de cuantas medidas compulsivas se estimen necesarias para garantizar su observancia por todos los implicados, que no son sólo los citados medios de comunicación. En el mismo sentido DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VJUANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, *op. cit.*, págs. 163 y ss.

formalmente acusado como autor de unos hechos constitutivos de infracción penal y, por tanto, ya es sujeto procesal⁴⁸⁸. Ello sucede desde el momento en que se adquiere la condición de imputado pero, como bien apunta MORENO CATENA, “nuestro ordenamiento no distingue entre la imputación del denunciante o del particular que proporciona una *notitia criminis*, y la imputación o incriminación oficial (sea del Ministerio Fiscal, sea de la propia autoridad judicial)”⁴⁸⁹. De esta forma, ocurre que durante un cierto tiempo (a veces muy prolongado) un sujeto puede ostentar un estatus procesal indefinido⁴⁹⁰.

Con el fin de asegurar la adquisición de la condición de imputado lo antes posible y garantizar así, sobre todo, el derecho de defensa⁴⁹¹, el art. 118 LECrim vincula su declaración a las siguientes situaciones: acuerdo de detención preventiva o cualesquiera otras medidas cautelares, auto de procesamiento, admisión de la

⁴⁸⁸ ASENCIO MELLADO, J.M^a, “El imputado en el proceso penal español”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. XXIX, 1993, pág. 64. El imputado es, según este autor *la parte pasiva del proceso penal* que se concreta “en la configuración del imputado como sujeto procesal y, por tanto, con plena capacidad para ser titular de derechos y obligaciones procesales y, especialmente, el derecho de defensa y su instrumentales, medio necesario para hacer valer el también fundamental a la libertad personal” (pág. 62).

⁴⁸⁹ MORENO CATENA, V., “El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal”, *op. cit.*, pág. 303.

⁴⁹⁰ ASENCIO MELLADO vierte una dura crítica al dilatamiento de las investigaciones y consiguiente retardo en el conferimiento de la condición de imputado que posibilita una “investigación inquisitiva que difícilmente es compatible con un sistema político democrático y respetuoso con los derechos fundamentales de la persona humana”. ASENCIO MELLADO, J.M^a, “El imputado en el proceso penal español”, *op. cit.*, pág. 64. A nuestro entender el problema es, mas bien, de otra índole: el proceso, con toda su carga infamante para el denunciado, empieza demasiado pronto cuando no hay más que meras conjeturas, ni siquiera constancia de que el hecho delictivo aconteció y por ello se dilata tanto en el tiempo. La investigación debe comenzar desde que se conoce que acaeció el hecho para confirmar su realidad, pero el proceso para depurar quien es autor del hecho, no debiera comenzar sino con un pronunciamiento judicial acerca de la razonabilidad de la pretensión acusatoria hecho en forma contradictoria, es decir, oído el acusado y por juez distinto de quien dirigió la investigación.

⁴⁹¹ Sobre los problemas a que ha llevado el adelantamiento generalizado en la adquisición de la condición de imputado sobre la vulneración del secreto del sumario, *vid. infra*, Capítulo IV, apdo. IV.

denuncia o querrela y, finalmente, cualquier otra situación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas⁴⁹².

Desde luego ello no excluye, antes al contrario, que el sujeto que con anterioridad a ese momento⁴⁹³ es sometido a investigación oficial tenga ya conocimiento de los hechos punibles que presuntamente se le atribuyen y, desde luego, no cabe eludir esta exigencia por la vía de citarle como testigo —obligado a decir verdad y sin necesario asesoramiento legal— para obtener la información necesaria con la que apoyar fundadamente la acusación formal contra él (entre otras, SSTC 37/1989, 135/1989, 128/1993). Por otra parte, si la investigación sigue a la presentación de una denuncia o querrela, ya se ha adquirido materialmente la condición de imputado, pues la LECrim no admite la práctica de tales actos de investigación sino posteriormente a la admisión de aquéllas (arts. 269, 312 y 313 LECrim.)⁴⁹⁴ y, en ese caso, la falta de declaración formal de la imputación no obsta para que el sujeto disfrute de todos los derechos que como tal imputado le corresponden.

Lo importante por ahora es advertir que ya en esta fase previa al proceso propiamente dicho comienzan a evidenciarse los riesgos para el sujeto, pues es muy posible que la presentación de la denuncia o querrela o la apertura de diligencias de investigación por la policía o el Ministerio fiscal haya trascendido públicamente y comiencen a ser objeto de atención periodística tanto él personalmente como el

⁴⁹² No podemos detenernos en el análisis de la problemática que rodea la interpretación de cada una de estas situaciones, para lo cual pueden consultarse los manuales generales sobre el proceso penal, los comentarios a la LECrim y algunos trabajos específicos como ASENCIO MELLADO, J.M^a, “El imputado en el proceso penal español”, *op. cit.*, págs. 61-78; SERRA DOMÍNGUEZ, M., “El imputado”, *op. cit.*, y MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, *op. cit.*

⁴⁹³ Y especialmente, como ha señalado la doctrina, en el procedimiento abreviado ya que, al no existir auto de procesamiento, el sujeto sometido a investigación no tendría capacidad para defender su inocencia hasta llegar al juicio oral.

⁴⁹⁴ En este sentido, ASENCIO MELLADO, J.M^a, “El imputado en el proceso penal español”, *op. cit.*, págs. 73-74.

hecho presuntamente cometido⁴⁹⁵. Si no ha adquirido formalmente la condición de imputado cualesquiera imputaciones periodísticas se convierten en acusación sin la oportunidad de defenderse públicamente frente a ellas, hacer valer la presunción de inocencia, exigir contradicción o igualdad de armas. En estos caso, los riesgos para el sujeto-objeto de estas publicaciones se reducen a su derecho al honor y a la intimidad, lo mismo que si las publicaciones se refieren a las víctimas, testigos o círculo próximo a éstos⁴⁹⁶. En definitiva, no hay riesgos sobre los derechos procesales ya que ni siquiera se ha dado formalmente inicio al proceso⁴⁹⁷. Ahora bien, ello no excluye la posibilidad de que ya desde este momento se empiece a generar un volumen o tipo de información perjudicial para el investigado si llega a ser formalmente acusado más tarde.

Cuando el sujeto ha sido formalmente imputado y se está instruyendo el sumario, las garantías legales sólo le asisten de puertas adentro del proceso, de manera que para evitar la interferencia externa sobre las investigaciones (y no sólo,

⁴⁹⁵ Precisamente, uno de los factores que GOMIS SANAHUJA apunta como favorecedores de la tendencia actual al juicio paralelo es lo pronto que comienzan los casos a tener relevancia, junto con el hecho de que la conflictividad judicial se ha acrecentado extraordinariamente y, con ella el de los casos que afectan a personajes famosos. Todo ello hace que la presentación del caso se haga a modo de historia de un suceso, con sus protagonistas (incluido los jueces) y se explote con un interés comercial, no siempre informativo. GOMIS SANAHUJA, L. "Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos", *op. cit.*, págs. 161-164.

⁴⁹⁶ Así lo confirma la STC 6/1996 en su FJº 5 al rechazar la vulneración del derecho a la libertad de expresión e información por la condena civil respecto de unas informaciones deshonrosas basadas en la imputación de unos hechos sometidos a investigación judicial. Para el TC la apertura de unas diligencia no es suficiente prueba de la veracidad de la información y, por tanto, la condena civil es conforme a la Constitución.

⁴⁹⁷ Una de las posibles fuentes de información para la prensa en esta fase pre-procesal suele ser la propia policía judicial encargada de investigar a las órdenes del fiscal o incluso éste mismo. Dado que no se han dado inicio a las actuaciones judiciales propias del sumario, los riesgos que se pueden derivar para el honor y la intimidad del ciudadano investigado no pueden ser controlados sino conforme a los mecanismos propios de la obligación de guardar silencio que impone la ley a todas las autoridades y ciudadanos públicos respecto de los secretos o informaciones que conocieren en el ejercicio de sus funciones. El CP sanciona su revelación en el artículo 417 CP agravando la pena en caso de que se refieran a secretos de un particular o se causare grave daño a la causa pública o a tercero.

ni precisamente porque él las favorezca), además de otros perjuicios⁴⁹⁸, el ordenamiento procesal español establece el secreto sumarial externo, es decir, prohíbe el acceso a las fuentes oficiales de conocimiento de todos aquellos que no forman parte del proceso. Como ya se ha visto, en el artículo 301 LECrim se prohíbe la revelación de las “diligencias” del sumario, por una parte, a abogados y procuradores de las partes, por otro, a los funcionarios que intervengan en las mismas y, por último, a cualquier otra persona —que intervenga en el proceso, se entiende—. Esta medida se refuerza con la previsión, como ya he mencionado, de sanciones de distinta gravedad para su quebrantamiento⁴⁹⁹, con lo que los eventuales riesgos que se producen del simple conocimiento público de los contenidos del sumario se tienen legalmente por graves y, al menos teóricamente, están prevenidos y sancionados⁵⁰⁰.

Sin embargo, el control de las fuentes de información oficiales no excluye, obviamente, la posibilidad de que los hechos que constituyen esas diligencias puedan ser objeto de publicidad. El primer obstáculo que establece la ley y que el TC ha

⁴⁹⁸ Fundamentalmente sobre los derechos al honor e intimidad del imputado, sin contar el principal argumento “oficial”: el éxito de la investigación. En la STC 171/1990, FJº 9, el Tribunal analiza incluso la posible incidencia que la revelación de unas informaciones acerca de unos hechos sometidos a investigación oficial podía acarrear para garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial. En efecto, “Para la Sentencia de instancia [que condenaba al autor de la información por una injerencia ilegítima en el honor y la intimidad], la extralimitación del derecho a la información se habría producido porque la causación del accidente se encontraba en fase de investigación y *sub judice*; pronunciarse sobre la misma suponía realizar de forma ilegítima un ‘juicio paralelo’ sobre el origen del accidente”. No obstante, el TC consideró muy remota tal posibilidad a la vista del contenido de la publicación.

⁴⁹⁹ *Vid.*, *infra* en el Capítulo Cuarto el análisis más detallado que se ofrece de las medidas vigentes de tutela del proceso. Debe llamarse la atención sobre el voto particular firmado por el Magistrado Gimeno Sendra (al que se adhiere Cruz Villalón) en la citada STC 6/1996: “no parece que la vía para evitar los ‘juicios paralelos’ deba consistir en exigir un imposible deber de diligencia al periodista, sino en garantizar el secreto (en nuestro país, “a voces”) instructorio, evitando que se filtre a la prensa el resultado de las investigaciones sumariales que pongan en peligro la presunción de inocencia o el *ius puniendi* del Estado.”

⁵⁰⁰ La prohibición total de comunicar los contenidos de las actuaciones plantea, al menos inicialmente, un conflicto con el derecho de defensa, pues a veces es el propio imputado o su representante el que hace uso de ciertas informaciones u opina acerca de la línea de investigación oficial como estrategia de defensa. Ciertamente, salvo en el caso de revelación del sumario declarado secreto, podría resultar desproporcionada una sanción penal, considerando que el único interés remanente que fundamentaría la sanción sería el del Estado en el éxito de la investigación (puesto que los derechos del imputado son disponibles por su titular).

refrendado como constitucionalmente admisible, según hemos visto, es el de prohibir y sancionar con relación al contenido del sumario “la obtención ilegítima, quebrando el secreto sumarial” y la “revelación indebida”. Con ello he entrado a considerar el criterio del **modo**, puesto que lo que convierte el riesgo de esta conducta de revelación en algo grave es su pertenencia a una información calificada *ab initio* como secreta.

No obstante, incluso si se obtuviera lícitamente información sobre el sumario o sobre los hechos y sujetos que constituyen su objeto, el riesgo de su difusión puede persistir, pues aun cuando no se quebrante formalmente el secreto, sí se pueden producir materialmente los mismos riesgos que fundamentan su regulación y protección legal. En primer lugar, el mismo Tribunal Constitucional en la citada STC 13/1985 reconoció junto al éxito de la investigación un segundo límite a la legítima difusión de contenidos del sumario que era, precisamente, el respeto a los derechos que el art. 20.4 de la CE reconoce como límite al ejercicio de las libertades de expresión e información. En coherencia con dicha doctrina la ley ofrece distintos instrumentos jurídicos para tutelar debidamente el honor o la intimidad que puede ser reclamada por su titular para solicitar la prohibición de la difusión⁵⁰¹ o, en su caso, la sanción⁵⁰² y reparación⁵⁰³ por sus perjuicios.

Habitualmente se piensa en el honor y la intimidad⁵⁰⁴ del procesado o de otras personas sobre las que se revele información o datos íntimos, pero éstos no son los únicos derechos del Título I CE recogidos en el art. 20.4 CE. En efecto, y como ya se

⁵⁰¹ Mediante la protección jurisdiccional de su derecho fundamental reconocida en el art. 53.2 CE (mediante la garantía penal o civil que en su caso corresponda, de la Ley 62/78). *Vid., infra*, Capítulo Cuarto.

⁵⁰² Si las conductas son constitutivas de algún delito o falta contra el honor o la intimidad.

⁵⁰³ LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

⁵⁰⁴ Precisamente porque estos derechos tutelan al sujeto frente a las imputaciones injuriosas o calumniosas realizadas fuera del proceso por particulares, pues si las llevara a cabo una autoridad o funcionario público constituirían una vulneración de la presunción de inocencia. En el mismo sentido, *vid.* VARELA CASTRO, L., “Proceso penal y publicidad”, *op. cit.*, pág. 38.

ha advertido⁵⁰⁵, se puede alterar el objeto de la acusación, la estrategia o eficacia de la investigación oficial, la admisibilidad de las pruebas, las tácticas de la defensa o hasta el sentido, oportunidad o valoración intrínseca de las declaraciones de los testigos y peritos⁵⁰⁶. En definitiva, se puede afectar al derecho fundamental a un juicio imparcial reconocido en el art. 24.2 CE pero, en ese caso, es dudoso que el acusado (que es el titular) pueda obtener judicialmente la tutela de su derecho por la dificultad que supone demostrar que la publicación vulnera o desconoce su derecho a un juicio justo o, más específicamente, alguna de sus garantías, puesto que entre el riesgo eventualmente creado por aquélla y la lesión del derecho o sus garantías se interpone la actuación del juez⁵⁰⁷. La tutela judicial ordinaria frente a la eventual lesión del derecho a un juez imparcial se canaliza, en este estadio, exclusivamente a través de las causas de abstención y recusación, pero entre ellas ninguna prevé la circunstancia anteriormente descrita de la eventual pérdida de imparcialidad externa por el efecto de una campaña mediática que ejerce presiones o influencias ilegítimas sobre el juez o por no haber adoptado el juez ninguna medida para prevenir o aplacar sus efectos sobre el proceso⁵⁰⁸.

⁵⁰⁵ GUZMÁN FLUJA, V.C., "Algunos aspectos de la relación Justicia - medios de comunicación", *op. cit.*, págs. 597 y ss; HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos", *op. cit.*, págs. 76-77; MORENO CATENA, V., "El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal", *op. cit.*, págs. 281-294.

⁵⁰⁶ QUINTERO niega que el derecho a un proceso con todas las garantías pueda invocarse para impedir la posibilidad de difundir opiniones y críticas por el temor a que puedan influir en la imparcialidad del juez o en la conducta de los testigos. QUINTERO OLIVARES, G., "Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial", *op. cit.*, pág. 359.

⁵⁰⁷ PÉREZ MORATE, J.E., "Publicidad y secreto sumarial", *Poder Judicial*, núm. especial XI, 1989, pág. 134 y ESPÍN TEMPLADO, E., "En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales", *op. cit.*, pág. 128 afirman textualmente: "En estos momentos no existe base legal para preterir la libertad de expresión e información en beneficio del derecho a un proceso con todas las garantías que el artículo 24.2 CE garantiza a los procesados".

⁵⁰⁸ BOIX considera que los juicios paralelos pueden dar lugar a un "cuestionamiento mismo de la independencia judicial o producir una suerte de "contaminación" en el Tribunal, sea profesional o de jurado, de manera que las garantías del procedimiento decaerán y su validez jurídicamente quedará en entredicho." BOIX REIG, J., "La difamación en la prensa", *Revista General de Derecho*, *op. cit.*, pág. 7318.

Pese a que el TC ha admitido la existencia de circunstancias que comprometen o vulneran el derecho al juez imparcial más allá de la concurrencia de las tasadas causas de abstención y recusación⁵⁰⁹, no se tienen noticias de que ningún tribunal de instancia las haya reconocido expresamente ni, desde luego, el Tribunal Supremo ha casado sentencia alguna por infracción de precepto constitucional (en este caso, el 24.2 CE) por la vía del art. 5.4 LOPJ al amparo de alguna de dichas circunstancias. El Tribunal Supremo, en efecto, ha venido pronunciándose exclusivamente frente a la alegada infracción del 24.2 CE en referencia al inoportuno rechazo de la recusación solicitada hasta la reciente STS 30 abril 2000 (ponente Bacigalupo Zapater). En ella, el Tribunal sostiene que al margen de la valoración *ex ante* de la imparcialidad a través de la posible concurrencia de una causa de recusación, cabe juzgar también la imparcialidad desde una perspectiva *ex post*, esto es, analizando el contenido de la sentencia dictada por el Tribunal cuya recusación fue oportunamente rechazada:

“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 juzgo quedó demostrada”.

En definitiva, la publicación de informaciones presuntamente perjudiciales para el acusado en los medios de comunicación no ha sido favorablemente acogida en la jurisprudencia del Tribunal Supremo ni del Tribunal Constitucional como una circunstancia que permita temer fundada y racionalmente la falta de garantías del acusado a un juicio justo ni, en particular, un atentado a la imparcialidad del juez o tribunal. Al menos puede ello deducirse de las sentencias dictadas hasta la fecha, pero en la *ratio* de sus pronunciamientos nada impide que pueda llegar a estimarse en el futuro, pues ambos Tribunales mantienen que es suficiente a estos efectos con

⁵⁰⁹ CHOCLÁN MONTALVO las denomina “causas supraleales de recusación deducidas directamente del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías”. CHOCLÁN MONTALVO,

probar que las dudas de los justiciables están justificadas por haberse acreditado la existencia de determinadas circunstancias de la que se permita inferir la desconfianza en la neutralidad del juzgador⁵¹⁰.

Para ROXIN la dificultad probatoria de la eventual influencia perniciosa que sobre la decisión del juez puede tener una publicación tendenciosa hace indeseable su punición. Para justificar tal afirmación añade que aun en el caso de que la publicación de alguna información u opinión anterior a la sentencia tuviera como objeto influir en el tribunal, tal conducta no puede castigarse sin asumir el riesgo de conculcar el debido ejercicio del derecho de control. Y afirma: “No puede ser conveniente sancionar un comportamiento que preserva al tribunal de incurrir en un error”⁵¹¹. En esta opinión se percibe un entendimiento de la imparcialidad como garantía instrumental del derecho a una resolución justa y, por ello, solo las conductas que evidencian una lesión del segundo derecho resultan relevantes a su autor como objeto de sanción penal⁵¹². Sin embargo, como ya he dicho anteriormente, no es la eventual influencia en el Tribunal el aspecto más relevante para determinar una lesión de la imparcialidad y, en todo caso, carece de fundamento descartar la relevancia de las conductas que tratan de influir ilegítimamente o presionar al tribunal a la espera de que el destinatario de tales presiones incurra en un error —o prevarique— y los órganos superiores se encarguen de enmendarlo con una

J.A., “La imparcialidad del juez en una perspectiva *ex ante* y *ex post*”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 460, 2000, pág.2.

⁵¹⁰ En el mismo sentido, CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La imparcialidad del juez en una perspectiva *ex ante* y *ex post*”, *op. cit.*, págs. 2-3.

⁵¹¹ ROXIN, C., “El proceso penal y los medios de comunicación”, *op. cit.*, pág. 83. Del mismo parecer es HASSEMER, W., “Vorverurteilung durch die Medien?”, *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 33, 1985, págs. 1929, para quien la solución al eventual perjuicio al proceso ocasionado por los medios de comunicación debe resolverse en el seno del mismo mediante los oportunos recursos.

⁵¹² Al concebir que el bien jurídico protegido es la tutela judicial efectiva o el juicio con todas las garantías no se tutela suficientemente el contenido esencial del derecho a un juez imparcial porque obliga —como sostiene Roxin— a perseguir el atentado a la imparcialidad sólo una vez concluido el proceso en el que tal parcialidad debe exteriorizarse. Sobre esta idea ni siquiera cabe concebir que la tutela de la imparcialidad se articule mediante un tipo de peligro, pues la prueba del peligro exige la lesión (del derecho a la tutela judicial efectiva).

nueva resolución⁵¹³. Parece como si el único interés concurrente en el proceso fuera el de obtener una resolución final conforme a Derecho y la imparcialidad ni condicionara esa posibilidad ni tuviera significación propia.

Es oportuno recordar que en los Estados Unidos la causa más frecuente de impugnación de candidatos a jurado se vincula al reconocimiento por parte de éstos en el interrogatorio previo a su selección (“voir dire”) de haber tomado partido definitivamente por la culpabilidad o la inocencia de un acusado en función de lo visto, oído o leído en los medios de comunicación previamente a la celebración del juicio. La publicidad perjudicial puede provocar, incluso, la anulación del juicio cuando el juez que lo preside no adopta las medidas necesarias para impedir que alcance a la garantía del justiciable a un “fair and impartial jury”⁵¹⁴. Si reparamos en que el juicio penal en España se celebra ordinariamente ante un juez o Tribunal de jueces frente a los que no cabe sino presumir su falta de prejuicios e inmunidad frente a las injerencias mediáticas —aun cuando apenas disponen de instrumentos para conducir debidamente el proceso sin que tales conductas lleguen a afectar a otros intervinientes—, y que en la Ley del Jurado no se prevén tampoco medidas para descartar la posible incidencia que dichas publicaciones previas o simultáneas al juicio puedan tener sobre los jurados, habrá que admitir la relevancia o potencial lesividad de estas conductas⁵¹⁵.

⁵¹³ Así, por ejemplo, BOIX indica que ciertas prácticas mediáticas pueden provocar injerencias en la práctica de determinados medios probatorios (por ejemplo, la prueba testifical), lo que suscita la posible lesión del derecho a la presunción de inocencia si aquéllos configuran sustancialmente la prueba de cargo que pretende enervarla. BOIX REIG, J., “La difamación en la prensa”, *Revista General de Derecho*, op. cit., pág. 7318.

⁵¹⁴ Sobre el problema de la influencia indebida de la prensa sobre el proceso se ofrecerá una exposición más detallada en el Capítulo Quinto, así como de las medidas legales articuladas para regular las relaciones entre medios de comunicación y justicia.

⁵¹⁵ Así lo hizo el TEDH precisamente en relación con los riesgos que genera para el derecho a un juicio justo ante un tribunal de jurados el tratamiento del acusado como culpable de forma masiva en los medios de comunicación (Decisión de inadmisión de la Comisión en el asunto X c. Austria de 7 febrero 1967).

El problema, como es obvio, se incrementa sobre todo, cuando la “información” se inventa, carece de veracidad, se obtiene ilícitamente o subrepticamente o, con iguales métodos, se proporciona desde dentro del proceso. Estos supuestos, al margen de su eventual relevancia penal, se pueden agrupar junto con algunas clases de comentarios sobre lo que se está investigando o cómo se está investigando bajo una misma categoría (tanto si constituyen hechos aislados como si forman parte de lo que se ha venido en calificar como **campana o juicio paralelo**, aunque el juicio *stricto sensu* no haya ni comenzado)⁵¹⁶. Y aquí también se puede calificar como grave el riesgo que dichas publicaciones pueden generar en la propia instrucción, en la función del juez y en los derechos de las partes y demás intervinientes⁵¹⁷, especialmente cuando se trata

“de sustituir, mediante la propia versión de los hechos, los resultados de aquellas actuaciones, pese a que la veracidad de lo expuesto no ha sido verificada y ello entraña una grave imputación para el honor de determinadas personas, lo que en ningún caso puede ampararse en la libertad de información que la Constitución garantiza” (STC 22/1995)⁵¹⁸.

⁵¹⁶ No obstante, también la mera publicidad de confesiones o testimonios de terceros puntualmente puede acarrear riesgos para el proceso, aunque la legitimidad de su difusión desde el punto de vista del derecho a la información, sea indudablemente mayor (doctrina constitucional del reportaje neutral empleada, entre otras, en las SSTC 52/1992, 232/1993, 41/1994 y 22/1995). En los casos en que el riesgo de conocimiento público de determinada información sea elevado, y no haya medios legítimos para impedirlo, los ordenamientos anglosajones recurren a otras medidas para aplacarlo: suspensión del juicio, aplazamiento, cambio de sede, riguroso procedimiento de elección del jurado, etc. Sobre el tratamiento de la publicidad perjudicial en otros sistemas con jurado puede consultarse, entre nosotros, a VERGER GRAU, J., “Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado”, *op. cit.*, págs. 210 y ss.

⁵¹⁷ Así lo advierte, por ejemplo BERLANGA RIBELLES, para quien los riesgos de afectar a derechos e intereses constitucionales relevantes y, en especial, al proceso con todas las garantías, puede justificar cualquier limitación al derecho de información en torno a un proceso. “Limitación que, además, desde esta perspectiva, podría llegar más allá de lo que significa el mero secreto sumarial, regulado en nuestras leyes, hasta permitir al juez la prohibición de la publicación de datos e informes atinentes a un proceso concreto, aunque éstas se hubieran obtenido lícitamente, o a tipificar como delictivas determinadas conductas de los medios de comunicación que puedan interferir en la imparcialidad de los tribunales”. BERLANGA RIBELLES, E., “Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.*, pág. 114.

⁵¹⁸ Incluso hay quien extiende el riesgo a otros ámbitos, como ESPÍN TEMPLADO, para quien toda esa publicidad puede afectar a la ciudadanía, creando alarma social —que a la postre representa

El efecto se puede hacer visible sólo en alguno de los tres vértices del triángulo procesal (la publicación se dirige al juez, a la acusación o al acusado) pero, sin duda, sus efectos se dejan sentir en los demás y, lo que es más importante, siempre salpican a las garantías del juicio justo: bien sea a la imparcialidad del juez instructor (que puede haber dejado de ser un tercero ajeno a las partes y a sus pretensiones), bien a la imparcialidad como nota esencial del proceso (que necesita de un método en virtud del cual el enfrentamiento entre pretensiones discurra entre iguales, con garantías para el acusado⁵¹⁹ y quedando sometida la decisión —en este caso sobre el procesamiento— a un tercero ajeno sometido estrictamente al criterio legal)⁵²⁰.

Volvamos atrás al criterio temporal por el que comenzamos este apartado. Queda aún por valorar la posibilidad de que se produzcan este tipo de publicaciones perjudiciales durante el desarrollo del juicio oral o tras finalizar éste. En el primer caso, las publicaciones sobre lo que acontece en la sala son legítimas siempre, puesto que las vistas son públicas (arts. 120 y 24.2 CE) y el derecho a dar y recibir información (20.1.d CE) versa sobre lo que es genuinamente su objetivo: los asuntos de relevancia pública. De manera que los riesgos, si existen, no son sino por la evidente amplificación de la noticia que supone la cobertura de un caso por parte de los medios de comunicación y, desde luego, éstos no son relevantes.

uno de los criterios para valorar la oportunidad de decretar la prisión preventiva del imputado (art. 503 LECrim)— y dificultando la posibilidad de ser seleccionados como jurado al hallarse seriamente influidos por las noticias aparecidas en los medios de comunicación. ESPÍN TEMPLADO, E., “En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales”, *op. cit.* pág. 125.

⁵¹⁹ Como ya hemos visto, la presunción de inocencia es para VERGER GRAU el derecho fundamental vulnerado con la publicidad perjudicial, ya que para él, cuando se vicia el conocimiento del juez con datos ajenos al proceso, éste pierde la necesaria imparcialidad en tanto que se le provocan prejuicios que van en contra de la presunción de inocencia del acusado. Sin perjuicio de reconocer que la imparcialidad sirva efectivamente para garantizar la presunción de inocencia, no existe por ella y, desde luego, no sólo por ella. La imparcialidad es esencial al juez, como ya hemos dicho y, en esa medida, nuclear al proceso, y sin ella los demás derechos del acusado no se garantizan eficazmente. Sin embargo, no toda violación de los derechos del acusado (incluida la presunción de inocencia) repercute en el derecho a un juez imparcial. VERGER GRAU, J., “Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado”, *op. cit., passim*.

⁵²⁰ También denuncia la viabilidad de los juicios paralelos para distorsionar las reglas que presiden el debate procesal (en especial, la presunción de inocencia y el principio de igualdad). JIMÉNEZ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Justicia, información y opinión pública”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 455-456.

Ahora bien, al margen de reportar lo que acontece oficialmente en la Sala, puede ocurrir también que se de lugar, nuevamente, al juicio paralelo. La presentación alternativa del caso, apoyada en informaciones inveraces, pruebas ficticias o cuyo acceso al juicio ha sido estrictamente vedado por constituir prueba prohibida⁵²¹, merece distinta valoración, y ya desde la propia perspectiva del derecho a la información. En estos casos se puede actuar desde dentro o desde fuera del proceso pero, en definitiva, garantizarse con el soporte del medio de comunicación el favorecimiento de alguna de las pretensiones que se debaten. Sea cual fuere el caso, la relevancia del riesgo vuelve a ser grave por los mismos efectos nocivos apuntados anteriormente: se puede alterar la estrategia de la acusación, forzar la de la defensa o hasta el sentido, oportunidad o credibilidad de las declaraciones de los testigos y peritos⁵²². El efecto nocivo sobre las garantías de imparcialidad del juez y el juicio son, en definitiva, relevantes pues dichas “informaciones” pueden comportar el riesgo de que la decisión del juez o del jurado⁵²³ no se tome exclusivamente

⁵²¹ Autoinculpaciones o testimonios prestados sin garantía, diligencias policiales no corroboradas en juicio, pruebas materiales obtenidas con vulneración de derechos fundamentales, etc. pueden llegar a incidir en el convencimiento del juez, alterar la estrategia de las partes y, en último caso, crear artificialmente un clima de opinión pública hostil al acusado que deslegitime públicamente una eventual absolucón y a quienes la firmen.

⁵²² El pleno del CGPJ aprobó el 18 de junio de 1997 una declaración sobre juicios paralelos en la que manifestaba su preocupación por la incidencia que éstos podían ejercer sobre los derechos a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, y singularmente a la presunción de inocencia y los legítimos derechos e intereses de las personas afectadas por el proceso. Recabó la colaboración de los profesionales y de los ciudadanos (nada dijo de las autoridades y funcionarios judiciales, curiosamente) e instó a las reformas legales necesarias para regular aspectos como las condiciones de acceso a los actos del juicio o la comparecencia de testigos y peritos ante los medios de comunicación mientras el procedimiento se encuentre pendiente de resolución.

⁵²³ La afectación de tales publicaciones sobre la decisión del jurado se puede amortiguar con las advertencias que oportunamente el Magistrado les dirige acerca de su invalidez, pero tampoco así logra desaparecer totalmente el riesgo prevenido. Hay que tener en cuenta que en esta clase de juicios la filtración de cualesquiera informaciones del sumario no declaradas pertinentes por el Magistrado-Presidente, debería permanecer ajena al conocimiento y valoración del jurado, pues en el sistema puro de proceso acusatorio instaurado por la LOTJ, toda la práctica de la prueba se realiza ante él. Cualquier otra información del sumario, o fuera de él, relacionada con la pretensión de condena, provoca efectos inmediatos sobre la marcha del proceso: hay que reforzar la garantía de que el jurado no la tendrá en cuenta, que la acusación o la defensa no la aprovecharán, siquiera subliminalmente, para reforzar sus pretensiones y, por último, que el efecto sobre la ciudadanía no llegue al extremo de minar su confianza en un eventual veredicto contrario a su convicción —que, en ese caso, se ha fundado en hechos distintos de los que maneja el juez o el jurado—.

conforme al criterio de la ley, es decir, exclusivamente valorando las pruebas practicadas en el acto del juicio oral, o cuanto menos, hacer fundada la sospecha de que así ocurra. No sólo es que pueden hacer peligrar la rectitud y corrección material de la decisión judicial, sino que pueden alterar su corrección formal en la medida en que se alteran las reglas que garantizan la racionalidad y equidad del debate, esto es, los derechos fundamentales como reglas de procedimiento⁵²⁴ y, muy especialmente, la garantía de la presunción de inocencia del acusado⁵²⁵. De esa manera, y a pesar incluso del juez, no existe ya o no lo aparenta un juicio y una decisión imparciales⁵²⁶.

En la jurisprudencia federal norteamericana se ha advertido del peligro de la publicidad perjudicial tanto para juicios con jurado, como con jueces. En uno y otro caso pueden indistintamente socavarse las garantías del debido proceso (“fair trial”) y el TSFA ha llegado a anular condenas por no haberse impedido que así ocurriera mediante el empleo de los oportunos recursos legales. Así ocurrió en *Rideau vs.*

⁵²⁴ En contra, QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, págs. 356-358.

⁵²⁵ Como explica VERGER GRAU, J., “Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado”, *op. cit.*, pág. 202, dentro de la presunción de inocencia juega un papel fundamental el principio *in dubio pro reo*, es decir, que la persistencia de la duda sobre la culpabilidad se resuelva a favor de declarar la inocencia del acusado; ello es algo que puede desvirtuarse si la publicidad hace claudicar, siquiera inconscientemente, las dudas razonables del juzgador aportando elementos a favor de la tesis de la acusación que no deberían haberse tenido en cuenta. En contra, VARELA CASTRO, L., “Proceso penal y publicidad”, *op. cit.*, pág. 38.

⁵²⁶ Así de evidente resulta el argumento para el propio TEDH dada la forma en que se manifestó en el caso *Sunday Times* (26 abril de 1979). En efecto, tal y como recoge el §57 de la Sentencia, las razones que avalaron la legitimidad del fin alegado por las autoridades inglesas —la tutela de la autoridad del poder judicial— para llevar a cabo una injerencia sobre la libertad de expresión eran que el artículo periodístico censurado: juzgaba prematuramente sobre la responsabilidad de una parte, la disuadía tanto en su estrategia de defensa como en su decisión de someter el pleito a la decisión judicial y, por último, hubiera provocado un juicio paralelo con perjuicios tanto para la buena administración de justicia como para las propias partes, al someterlas a un exceso de publicidad prematura. Como es sabido, el Tribunal declaró finalmente —por once votos contra nueve— la violación del art. 10 porque la restricción se reveló como no proporcionada (necesaria) al fin legítimo que perseguía, pero ello no obsta para reconocer que el “contempt” (como institución, no su aplicación concreta) fue considerado un instrumento jurídico apto y con un fin legítimo. (Serie A, nº 30). Existe traducción y comentario al castellano por Ruiz-Navarro en el *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Vol. Monográfico: TEDH - Veinticinco años de Jurisprudencia, págs. 502-533.

Louisiana⁵²⁷. Igualmente puede minarse la confianza del público en la Administración de Justicia, llegando a contemplar la labor del juez como el producto de la intimidación y no como el resultado del trabajo honesto y ordenado del proceso jurisdiccional (*Cox vs. Louisiana*)⁵²⁸. Y, por último, someter a los jueces a las mismas reacciones psicológicas que afectan a las demás personas y (...) es difícil permanecer al margen de la presión que los medios de comunicación pueden ejercer sobre ellos, ya directamente, ya a través de la opinión pública (*Estes vs. Texas*)⁵²⁹.

Por último, he hecho alusión al supuesto en que la publicación se produzca concluido el juicio pero todavía sin resolución firme. Los únicos problemas pueden venir de la injerencia externa durante el trámite de debate y toma de decisión de los propios jueces o jurados o, por el contrario, de la indebida revelación de lo acontecido durante el mismo, pero eso último ya no afecta, en todo caso, al derecho a un juez imparcial⁵³⁰. Pues bien, los jurados permanecen aislados desde que se retiran a deliberar y tienen prohibido mantener comunicación con ninguna persona (de hecho el Magistrado-Presidente puede adoptar medidas para garantizar que eso sea así) hasta que formen su veredicto. De esta manera, al menos durante este tiempo, están inmunizados frente a presiones inmediatas. Sin embargo, no puede operarse de la misma forma y con las mismas garantías en el caso de los Jueces y Magistrados.

⁵²⁷ 373 U.S., 723 (1963).

⁵²⁸ 379 U.S. 559 (1965).

⁵²⁹ 381 U.S. 532 (1965).

⁵³⁰ Las discusiones y votación de las sentencias se celebran a puerta cerrada y, como es obvio, son formal y materialmente secretas (art. 233 LOPJ con relación al art. 150 LECrim). Se exceptúa del ámbito del secreto la publicación de los votos particulares de los Magistrados, de manera que excepto éstos y el contenido del fallo, toda información sobre la deliberación y el voto es secreta y su revelación siempre será indebida y constitutiva, por cierto, del delito de revelación de secreto por autoridad o funcionario si son juez o jurado quienes la realizan, ya que a estos efectos los jurados son considerados funcionarios públicos.

Recientemente, por cierto, se ha solicitado el amparo ante el TC por vulneración del derecho a un juez imparcial precisamente por la filtración del contenido de la decisión antes de que el Tribunal Supremo, que era el órgano afectado, la comunicara oficialmente a las partes. El TC, acertadamente, ha desestimado el amparo alegando que el derecho al juez imparcial no se ha vulnerado por cuanto que la publicación no podía producir riesgo de alterar la voluntad del órgano judicial en tanto ya estaba tomada. *Vid.* SSTC 64, 65, 66/2001 de 17 de febrero, en su respectivo FJº2.

La misma perniciosa influencia que ocasionan las publicaciones durante el juicio, cabe extenderla hasta el mismo momento de dictar sentencia o, por lo menos, de haber decidido el fallo y firmarlo, aunque no se haya llegado a comunicar a las partes; lo cual no es ni inmediatamente a continuación de dar por finalizado el juicio oral, ni en tan breve periodo de tiempo como usualmente ocupa al jurado comunicar su decisión de culpabilidad o inculpabilidad⁵³¹.

Una vez dictada sentencia, puede ocurrir que las partes recurran el fallo ante el tribunal superior que corresponda, con lo que el “calvario” de las publicaciones perjudiciales, puede seguir su curso. Normalmente, en estos casos se suelen prodigar más las opiniones acerca del contenido del fallo recurrido que nuevos envites al fondo del asunto, pero no cabe descartar que se reproduzcan los mismos comportamientos analizados anteriormente precisamente con el fin de provocar un cambio de decisión en la siguiente instancia. En ese caso, independientemente del contenido de la publicación (que no suele aportar novedades respecto de la campaña llevada a cabo en la instancia), nos encontramos, más bien, con un supuesto de presión respecto de la futura decisión judicial, con lo que analizaré el supuesto en el apartado correspondiente.

Cuando el juicio ya ha concluido definitivamente, con sentencia u otra resolución que ponga fin al proceso, los derechos del acusado como tal ya no pueden seguir oponiéndose frente a nada ni nadie puesto que ni siquiera ostenta tal condición⁵³². Entones, lo mismo que dije al principio, permanece el recurso a la tutela del honor o la intimidad frente a injerencias indebidas. No obstante, como se advierte

⁵³¹ Así lo reconoce el TC en las anteriores sentencias cuando afirma que un “juicio paralelo” puede ser capaz de menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora hasta que haya finalizado la deliberación sobre el contenido del fallo condenatorio.

⁵³² Es obvio que ello no excluye reconocer relevancia a la presunción de inocencia, que en su reconocida vertiente extraprocesal, opera en favor de todo ciudadano y en todo momento si ha sido absuelto o su causa sobreseida, pero como el propio TC afirmó, en estos casos su tutela se hace operativa a través del derecho al honor y las medidas legales que a favor de éste prevé el ordenamiento (incluido, por supuesto, el amparo por vulneración indebida del art. 18.1) *Vid.* STC 166/1995.

en la propia ley de tutela civil del honor, la intimidad y la propia imagen, las informaciones veraces sobre asuntos de relevancia pública (y lo escuchado durante el juicio en la sala y el veredicto lo son) no constituyen supuestos de injerencia indebida y, por tanto, la libertad de información se ejerce legítimamente.

C. Críticas y presiones a las partes, testigos, peritos, abogados, fiscales, jurados o jueces

La desautorización y el descrédito a los jueces mediante censuras, reprobaciones o insidias bajo la supuesta cobertura de la crítica son conductas sobre las que ya se ha estimado una cierta relevancia, peligrosidad genérica y desvalor social objetivo, tanto por lo que incide en el debido respeto a la dignidad de la función como, sobre todo, a las garantías de su justo, libre e imparcial ejercicio⁵³³. No obstante, debe medirse también su lesividad concreta en función del cuándo, cómo y quién realiza las citadas críticas, pues dejando al margen lo que de suyo carece de toda relevancia (las críticas de contenido técnico-legal, las discrepancias en la valoración jurídica de unos hechos, los debates y comentarios doctrinales, etc.) las posibilidades de afectación concreta a un caso son muy dispares.

Hay que partir de la presunción de legitimidad del ejercicio de la crítica política en general, y de la que se refiere al funcionamiento de la justicia y a la actuación de los jueces, en particular. Como ya he dicho, una opinión pública informada sobre la actuación judicial resulta insustituible para el ejercicio del

⁵³³ Dado el concepto, contenido y garantías asociadas al derecho a un juicio imparcial que se ha mantenido en este trabajo, estos supuestos nominados genéricamente como críticas a los tribunales guardan relación con las llamadas garantías personales de la imparcialidad. Recuérdese que las garantías personales se dirigen a la consecución de dos objetivos: el desinterés subjetivo del juez (tercero ajeno a las partes y a los intereses del proceso) y el desinterés objetivo (no tener otro interés que decir el derecho). Por ello resultan relevantes no sólo aquellas publicaciones que durante la celebración del proceso intentan directamente condicionar el criterio de los Jueces o Tribunales sino, también, las que crean un clima real o supuesto de opinión pública sobre el proceso y el fallo capaz de influir indirectamente en la decisión de aquéllos o en la confianza sobre su actuación. En definitiva, se trata de conductas que hacen fundadas las sospechas del acusado o del público acerca de la idoneidad del juez del caso.

legítimo control de los ciudadanos sobre el Poder Judicial. Ahora bien, aquella opinión apenas tendrá una previsible influencia en el desarrollo del pluralismo político, aspecto o función característica del ejercicio de las libertades de expresión e información, salvo los supuestos en que la vida política se judicializa⁵³⁴.

El TEDH en el caso *Handyside c. Reino Unido*⁵³⁵ afirma que la libertad de prensa respecto de asuntos de interés público forma parte del contenido protegido por los derechos a la libertad de expresión y de información aun cuando en su ejercicio “se recurra a un cierto grado de exageración o incluso provocación”. En la determinación de ese “interés público” el Tribunal ha empleado, sin embargo, dos cánones distintos y algo incompatibles⁵³⁶: uno material, en virtud del cual el interés público se determina por su contenido (en interés público o con interés para el público, indistintamente) y cuyas fronteras son casi imposibles de establecer,⁵³⁷; y otro formal, en el que el interés se centra más en la categoría “figuras públicas” de los sujetos implicados⁵³⁸ cuando actúan en el ámbito de su capacidad pública; conforme a este último, el nivel de protección del honor exige, de algún modo, una

⁵³⁴ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Justicia, información y opinión pública”, *op. cit.*, pág. 449. Este autor opina que “la información judicial es importante para la buena salud de la sociedad democrática pero ocupa un lugar en cierto modo secundario en la lista de los factores que la hacen posible” (*ibidem*)

⁵³⁵ STEDH de 7 de diciembre de 1976. Existe traducción y comentario en castellano por Bayón Marín en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, Vol. Monográfico: TEDH - Veinticinco años de Jurisprudencia, págs. 350-367.

⁵³⁶ *Vid.* al respecto, TIERNEY, S., “Press Freedom and Public Interest: The Developing Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, *European Human Rights Law Review*, núm. 4, 1998, págs. 419-429.

⁵³⁷ Así, en el caso *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, de 25 de junio de 1992 (serie A, nº 239), referente a una condena por injurias y calumnias a funcionarios policiales, el Tribunal consideró la condena una injerencia innecesaria (por desproporcionada) en la libertad de expresión por la menor protección que merece la reputación de los personajes involucrados en asuntos de interés público (criterio material). El Gobierno de Islandia —infructuosamente— alegó que los más amplios márgenes de crítica permitidos en la discusión de asuntos políticos no debían aplicarse a la discusión de otros asuntos de interés público en los que, a diferencia de los primeros, no subyace la tutela de la participación directa o indirecta de los ciudadanos en el proceso de toma de decisiones característico de la democracia y, en todo caso, debían quedar excluidas de los mismos las imputaciones injustificadas de delitos.

graduación por categorías, en la que el menor nivel lo ocupan los políticos (en sentido amplio), a continuación los funcionarios públicos y demás figuras públicas y, por último, los particulares⁵³⁹.

En lo que aquí interesa, la doctrina del Tribunal Europeo respecto de las informaciones y críticas que se dirigen en modo de ataque directo y personal a los miembros del Poder Judicial es menos permisiva con la libertad de expresión que respecto de las dirigidas a los políticos, e incluso a otros funcionarios o personajes públicos, aun cuando también pueda afectar a asuntos de “interés público”⁵⁴⁰. En efecto, desde su sentencia en el caso *Barfod c. Dinamarca*⁵⁴¹, hasta las más recientes dictadas en los casos *Prager y Oberschlick c. Austria*⁵⁴² y *De Haes y Gijssels c. Bélgica*⁵⁴³, el Tribunal Europeo hace hincapié en tres elementos: los jueces (a diferencia de los políticos) no se exponen voluntaria e inevitablemente al escrutinio del público, por lo que merecen mayor protección⁵⁴⁴; en segundo lugar, por su

⁵³⁸ Así, en *Lingens c. Austria*, 8 de julio 1986 (serie A, nº 103), y *Castells c. España*, 23 de abril 1992 (serie A, nº 236).

⁵³⁹ Para LOVELAND, las tres categorías son algo diversas: Gobierno, políticos y particulares. Así lo deduce de la doctrina de los citados casos *Lingens* y *Castells*. LOVELAND, I., “Reforming Libel Law: The Public Law Dimension”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 46, núm. 3, 1997, págs. 573-577.

⁵⁴⁰ En contra de esta distinción de tratamiento parece pronunciarse CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, op. cit., pág. 34.

⁵⁴¹ STEDH de 22 de febrero de 1989 (serie A, nº 149). Este caso fue pionero en el tratamiento de los casos de difamación a jueces (en este caso no profesionales) como atentados al honor y a la autoridad del Poder Judicial y su fallo no se centró en analizar la legitimidad del interés perseguido con la limitación de la libertad de expresión sino en la proporcionalidad de la multa impuesta.

⁵⁴² STEDH de 26 de abril de 1995 (serie A, nº 313). En este asunto el Tribunal entendió que la condena al periodista y al editor por la difamación a un juez no es desproporcionada a los fines legítimos de protección de la reputación del juez y de preservar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. artículo.

⁵⁴³ STEDH de 24 de febrero de 1997. No obstante, en este caso, el Tribunal no aludió a la llamada cláusula del Poder judicial (la defensa de la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial como límite del art. 10.1 CEDH) para fundamentar la necesidad de la injerencia sobre la libertad de expresión, sino exclusivamente a la defensa de la reputación de los jueces.

⁵⁴⁴ Doctrina sentada en los casos *Lingens* y *Oberschlick*. Sin embargo, el Tribunal no ha empleado ese canon en la sentencia del caso *Thorgeir Thorgeirson* porque las críticas a los funcionarios policiales, como ya hemos visto, se referían a hechos concernientes al ejercicio de sus funciones.

posición institucional tienen menos armas para la defensa de su reputación porque están obligados a mantenerse al margen de los debates públicos⁵⁴⁵ y, por último, concurre adicionalmente⁵⁴⁶ un interés público en preservar la confianza de los ciudadanos en la integridad del conjunto del Poder Judicial para que éste pueda desarrollar con las debidas garantías su función, que es esencial en una sociedad democrática⁵⁴⁷. Incluso hay algún autor que afirma que el distinto estándar de legitimidad empleado a propósito de la crítica deshonrosa a políticos o jueces estriba en que éstos son, precisamente, los garantes últimos de la libertad de expresión mediante su tutela jurisdiccional⁵⁴⁸.

Ciertamente la tarea del juez, a diferencia de cualquiera de los integrantes de otros poderes del Estado, cuenta con un margen muy estrecho de discrecionalidad, pues la resolución del caso que se le presenta no se efectúa creando la regla que le resulte justa en particular, sino aplicando la que previamente ha determinado la ley, y su función está condicionada, además, por los términos en que se solicita su intervención y conforme a unas reglas de debate que están presididas por los derechos fundamentales del acusado. De esta forma, el margen que deja la observancia de la ley a otras influencias es, pese a como suele presentarse, bastante

⁵⁴⁵ Doctrina empleada en *De Haes y Gijssels c. Bélgica* (criterio formal inicialmente empleado respecto de las críticas a los jueces en *STEDH Barfod c. Dinamarca*, 22 de febrero de 1989 (serie A, nº 149)). Existe traducción y comentario al castellano por Tejera Victory en *Boletín de Jurisprudencia Constitucional*, núm. 119 (1991), págs. 151-161.

⁵⁴⁶ Como mantiene el Tribunal en *Prager y Oberschlick c. Austria*.

⁵⁴⁷ Para LÓPEZ ORTEGA, J.J. en "La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia", *op. cit.*, págs. 137-140, el motivo que parece haber llevado al Tribunal europeo a conceder mayor protección al poder judicial frente al ejercicio de crítica en relación con los políticos es, precisamente, su posición institucional, que les obliga a mantenerse apartados del debate público y que les impide, a diferencia de aquéllos, reaccionar frente a los ataques infundados a su honor con igualdad de armas. Algo que, sin embargo, no parece contemplarse por el TEDH en otros casos de funcionarios públicos igualmente privados de las mismas armas para defenderse de las críticas, como sucedió en el caso *Thorgeir Thorgeirson c. Islandia*, en el que el Tribunal dio prioridad al hecho de que las imputaciones se referían a actuaciones en el ejercicio de sus funciones, es decir, empleó el mencionado criterio material de "asuntos de interés público".

Cabe decir que la STC 162/1999 en su FJº 9 también recurre al argumento de la mayor tutela de la reputación de los jueces por su menor capacidad de reacción a las críticas.

⁵⁴⁸ PÉREZ MORATE, J.E., "El juez ante la crítica pública", *op. cit.*, pág. 285.

exiguo en el caso de la función jurisdiccional y cualquier insinuación sobre las razones que explican la decisión adoptada por éste diferente o al margen de los argumentos jurídicos, suele resultar inexacta y, por ello, poco ilustradora a la ciudadanía pero, sí en cambio, fácilmente deslegitimadora de la función judicial y de la consabida preeminencia del Derecho⁵⁴⁹.

También es interesante destacar que lo que para la prensa resulta casi siempre permitido, puede no serlo si quien realiza las críticas a la actuación jurisdiccional o la de los demás intervinientes en el proceso es, precisamente, alguna de las partes y, mucho menos, el propio juez. Así, el Tribunal ha sentenciado conforme con las exigencias del art. 10 del Convenio la imposición de una sanción disciplinaria a un abogado por razón de las manifestaciones críticas vertidas en el curso de una rueda de prensa a propósito de la detención de su cliente en un proceso penal pendiente (caso Schöpfer c. Suiza)⁵⁵⁰; se estimó que en ellas se atentaba de forma grave a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial porque todo abogado juega un “papel clave” en la administración de justicia al servir de intermediario entre los justiciables y los tribunales, y sus manifestaciones críticas pueden por ello, menoscabar en mayor medida la confianza del público en aquella (§ 29)⁵⁵¹. Y también resultan legítimas las limitaciones a la libertad de expresión de los jueces respecto de asuntos sometidos a su jurisdicción incluso si se trata de comentarios hechos a un periodista en privado⁵⁵².

Para el TC el ámbito de la libre expresión y crítica a los jueces es, en cambio, muy permisivo, como lo demuestran las sentencias en que ha tenido ocasión de

⁵⁴⁹ JIMÉNEZ VILLAREJO, J., “Justicia, información y opinión pública”, *op. cit.*, págs. 454-455.

⁵⁵⁰ STEDH 20 de mayo 1998.

⁵⁵¹ Ya con anterioridad la Comisión había rechazado una demanda por vulneración del art. 10 del Convenio formulada por un abogado suizo que también había sido sancionado por el Colegio de Abogados por publicar un comunicado de prensa criticando las condiciones de detención de su cliente y la conducción del procedimiento. Decisión de 28 de junio de 1995, P. Zihlmann c. Suiza, D.R. 82, pág. 12.

⁵⁵² La Comisión desestimó una demanda por vulneración del art. 10 CEDH presentada por un juez sancionado disciplinariamente por tal motivo en su Decisión de 20 de enero de 1997, H-C. Leiningen-Westerburg c. Austria, D.R. 88, pág. 85.

pronunciarse respecto de críticas ofensivas dirigidas a miembros del Poder Judicial. Se califica como libertad de expresión reforzada el ejercicio de la misma por parte del abogado cuando se manifiesta en el seno del proceso, pues se conecta inmediatamente con el derecho de defensa del art. 24.2 CE⁵⁵³. Pero, además, en las SSTC 107/1988, FJº 3 y 173/1995, FFJJº 6,7 y 8 nuestro Alto Tribunal ha determinado como ejercicio legítimo del derecho de crítica las opiniones vertidas fuera del proceso contra jueces y magistrados⁵⁵⁴, incluidas las que se refieren a su capacidad o pericia profesional⁵⁵⁵; también lo son, por supuesto, las críticas genéricas contra el funcionamiento de la justicia. No obstante, el TC se asegura de advertir que a diferencia de las críticas, no constituye ejercicio legítimo la acusación infundada de prevaricación o la violación de la independencia judicial (se refiere a la violación en sentido sociológico, en forma de presión no por parte de otros poderes del Estado o desde el propio Poder Judicial —ya tipificadas como delito— sino de medios de comunicación o de la opinión pública)⁵⁵⁶ y, en general, afirma la conformidad con la Constitución de ciertos límites, incluso penales, dirigidos a salvaguardar no sólo los derechos al honor o la intimidad personales de un juez, sino incluso la autoridad e

⁵⁵³ Así, por todas, la STC 113/2000 de 5 de mayo.

⁵⁵⁴ Por ejemplo, hablar de su ideología política no constituye, en modo alguno, exceso de crítica (STEDH caso Perna c. Italia, de 25 julio 2001) ni, desde luego, constituye base legítima alguna para recusar a un juez. Según se afirma en los AATC 195/1983 y 358/1983 citados por la STC 162/1999 en su FJº 8, b), “ ‘En el sistema de valores instaurado por la Constitución de 1978, la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad (...). Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el art. 14 C.E., puede ser discriminado en razón de sus opiniones’. Por ello, continuábamos, ‘Hallándose pues sustraída la ideología al control de los poderes públicos y prohibida toda discriminación en base a la misma, es claro que las opiniones políticas no pueden fundar la apreciación, por parte de un Tribunal, del interés directo o indirecto que el art. 54.9 LECrim conceptúa como causa de recusación’ ”.

⁵⁵⁵ Dejando al margen, obviamente, las críticas que emplean calificativos vejatorios innecesarios para la expresión de una idea, esto es, las llamadas injurias formales (entre otras, SSTC 107/1988, 40/1992).

⁵⁵⁶ Así también se expresa QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 348, cuando diferencia ataques a la independencia en sentido técnico o sociopolítico.

imparcialidad de los Tribunales (SSTC 107/1988 y 143/1991)⁵⁵⁷. Por su parte, en la STC 162/1999 (FJ° 9) se afirma que:

“la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento (...).

Más 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 que estructuralmente se establece entre quienes han de decidir sobre el fundamento de una acusación penal, y quien es objeto de la misma.”

Llama la atención, no obstante, que el TC confirmara en su STC 46/1998 la constitucionalidad de la condena penal impuesta a un abogado por desacato a un magistrado cometido mediante unas declaraciones a la prensa criticando una actuación de aquél en el curso de un procedimiento en que dicho abogado era parte. Desde luego, la sentencia es algo controvertida, pues se aborda la imposición de la condena penal como un supuesto conflicto entre la libertad de expresión y el honor del magistrado (cuando el honor no era el bien jurídico protegido en el delito de

⁵⁵⁷ Para GOMIS SANAHUJA, L. “Publicidad del proceso y derecho a un proceso con todas las garantías. Los denominados juicios paralelos”, *op. cit.*, pág. 165, parafraseando implícitamente al TSFA, “una sociedad bien ordenada necesita mantener el respeto y la confianza en sus jueces”.

desacato que motivó la condena) y, de otra, porque se firma un voto particular en contra de la desestimación del amparo⁵⁵⁸.

Desde la perspectiva **temporal**, las críticas al contenido de sentencias u otras resoluciones que pongan fin al proceso, o a las actuaciones durante el mismo de los jueces, los abogados, el representante del Ministerio fiscal, las partes o los testigos, una vez concluido aquél, no pueden alterar ya ni la debida conformación del proceso ni el sentido o la decisión final del juzgador y, por tanto, no van a ser relevantes en este estudio (sin perjuicio de que puedan tener relevancia a efectos de constituir una intromisión ilegítima en el honor de sus destinatarios de carácter civil o penal).

No obstante, el TEDH considera que incluso después de finalizado un proceso, el ejercicio de la libertad de expresión por medio de los medios de comunicación puede afectar a la confianza del público en la Administración de Justicia y ha refrendado como conforme a las exigencias del art. 10 del CEDH la imposición de sanciones a los responsables de críticas acerbas y tendenciosas sobre la actuación judicial en un caso concreto (caso Barfod c. Dinamarca, de 22 febrero de 1989). En nuestro sistema constitucional parece incompatible con el contenido esencial de la libertad de expresión la admisibilidad de semejantes restricciones a la libertad de crítica y opinión, y menos por la vía de imponer una sanción penal. Por muy dolorosa que pueda resultar a los afectados la información y crítica de sus resoluciones

⁵⁵⁸ El voto particular corresponde al Magistrado Vives Antón, quien, como en otras ocasiones, argumenta la vulneración del derecho a la libertad de expresión no porque nos encontremos ante un supuesto de ejercicio legítimo, sino por la falta de proporcionalidad de la condena penal a dicha conducta como medio de protección del bien jurídico tutelado que provoca, a su entender, un efecto de desaliento sobre la libertad de expresión. En apoyo del argumento empleado en este voto puede citarse la STEDH de 20 mayo de 1998 en el caso Schöpfer c. Suiza en el que se analiza la legitimidad de una sanción disciplinaria impuesta a un abogado por unas declaraciones críticas vertidas contra un Tribunal durante un procedimiento; pues bien, en su resolución el TEDH declara que la conformidad de la sanción con las exigencias que el Convenio establece para las restricciones a la libertad de expresión viene apoyada en el hecho de que se trataba de una simple sanción disciplinaria y, por tanto, proporcionada a la gravedad de la conducta: "Having regard also the modest amount of the fine imposed on the applicant, the Court considers that the authorities did not go beyond their margin of appreciation in punishing Mr. Schöpfer." (§ 34).

judiciales, resulta indispensable para la vigencia de un imprescindible sistema de control social informal del Poder Judicial⁵⁵⁹.

La atención va a centrarse en la interferencia sobre los asuntos pendientes de decisión jurisdiccional más o menos próxima, esto es, sobre o durante la instrucción, durante el juicio oral, y tras el juicio cuando aun habiéndose pronunciado el juez en primera instancia, la resolución de que se trate no es todavía firme. Durante ese tiempo en que aparece la "crítica" mediática se toman decisiones jurisdiccionales tales como la adopción de medidas cautelares personales o patrimoniales, la resolución sobre la imputación formal, en su caso la del procesamiento, la de abrir juicio oral, la condena o absolución y, finalmente la revocación o confirmación de tal decisión. Las críticas, en definitiva, se pueden convertir fácilmente en presiones o pretensiones de influir directamente en el juzgador⁵⁶⁰.

Combinando el criterio temporal con el **modo** en que se efectúa la crítica, lo primero que cabe advertir es que las presiones a los jueces durante la instrucción o ya en la fase de decisión judicial propiamente dicha poseen, si se quiere, un limitado poder de influencia sobre su objetivo, pero una amplia capacidad para sembrar dudas en el acusado y en la opinión pública y, sobre todo, para desprestigiar las eventuales decisiones en contra de los pronósticos o insinuaciones que se realizan⁵⁶¹. Es

⁵⁵⁹ En el mismo sentido VIVES ANTÓN, T.S., "La responsabilidad de los jueces en el proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial", *Estudios Penales y Criminológicos*, núm. IX, Santiago de Compostela, 1986. (Reeditado en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995). Por otra parte, el TC así lo ha reconocido en su STC 286/1993.

⁵⁶⁰ Muchas veces, frente a la necesidad de *defensa del Derecho* que encarna el proceso penal se alzan voces a favor de una necesidad de *defensa social*, que es radicalmente incompatible con el origen y racionalidad de aquél, como ya denunció BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, *op. cit.*, pág. 181.

⁵⁶¹ Así enumera ZARZALEJOS las fórmulas empleadas en las tertulias y programas de entretenimiento para buscar la conmoción del espectador: "1. Desconfianza predeterminada hacia el resultado de la investigación sumarial y la imparcialidad de los jueces. 2. Utilización de las víctimas o de sus familiares como invitados permanentes o periódicos al programa. 3. presencia de acusados en libertad provisional o de testigos, cuyos testimonios suelen diferir de los prestados ante el órgano judicial. 4. Investigaciones paralelas de pruebas que demostrarían la insuficiencia de la investigación sumarial y la insolencia de las acusaciones". ZARZALEJOS NIETO, J.A., "Estrategias informativas de la crónica judicial", *op. cit.*, pág. 223. Sobre el tratamiento televisivo en programas-espectáculo y su

discutible si unas declaraciones aisladas pueden poner en peligro gravemente las garantías de imparcialidad⁵⁶², pero no cabe suponer lo mismo de una campaña organizada para provocar la desconfianza hacia el resultado del juicio y sus responsables o para determinar las decisiones de los jueces o jurados de un Tribunal⁵⁶³. En estos supuestos, tanto el desinterés subjetivo o ajenamiento del juez respecto del objeto o las partes del litigio, como el propio desinterés objetivo por su función (que no debe ser otra que decir el derecho en un caso concreto) puede llegar a cuestionarse razonablemente, y la denuncia por alguna de las partes —sobre todo el acusado— de que ya no ofrece las debidas garantías de imparcialidad, tener fundamento⁵⁶⁴. En los Autos del TC 195/1991 y 419/1990, sin embargo, el Tribunal continua negando la posibilidad de que las campañas de prensa y los juicios paralelos puedan afectar de algún modo a los Tribunales⁵⁶⁵ y afirma en esta última que la protección que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos:

interferencia en la justicia, *vid.* CARRERAS, L. DE, “La autorregulación como alternativa a las restricciones legales informativas y como sistema de relación entre las televisiones y los jueces”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, págs. 254-257.

⁵⁶² A pesar de ser ésta la opinión que mayoritariamente han expresado los jueces del TSFA, cabe no obstante mencionar que han existido voces que disientan de esta consideración de que los jueces son inmunes a las críticas. Así, en un voto disidente al caso *Craig vs. Harneys*, el Juez Jackson afirmó: “No sé si el Tribunal es de la opinión de que un juez debe tener la piel o la cabeza dura, pero nada en mi experiencia o en mi observación confirma que sea insensible a la publicidad. ¿Quién no prefiere un buen a un mal informe sobre su trabajo? Y si la fama —el buen nombre— es, como dijo Milton, ‘la última debilidad de una mente noble’, es frecuentemente la primera debilidad de una mediocre”. *Craig vs. Harney*, 331. U.S. (1947), pág. 396.

⁵⁶³ Para QUINTERO OLIVARES se trata de ataques a la independencia atípicos desde el punto de vista estrictamente jurídico, a diferencia de los ataques provenientes de otros poderes del Estado que se hallan tipificados en el art. 508 CP. QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, págs. 348 y 350.

⁵⁶⁴ En el mismo sentido, DEL MORAL GARCÍA, A. y SANTOS VIJANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, *op. cit.*, pág. 23. Para estos autores las presiones fuerzan al juez a mantener un comportamiento heroico si pretende ejercer su labor libre de influencias espurias y, además, hacen surgir sospechas en la opinión pública acerca de su imparcialidad, esto es, la necesaria apariencia de que esa imparcialidad e independencia son reales.

⁵⁶⁵ El ATC 195/1991 de 26 de junio aborda en su FJ^o 6 la alegación de los demandantes de amparo acerca de la vulneración del derecho a un Tribunal independiente a causa de las presiones desatadas por los medios de comunicación; en el auto se reconoce “la preocupación ante el riesgo de que la regular administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el proceso de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo juicio en los medios de comunicación” pero, al mismo tiempo, reconoce que a los medios de comunicación “corresponde

“se encuentra contrapesada (...) externamente, por las libertades de expresión e información que reconoce el art. 20 C.E. (...); internamente (...), encuentra límites dentro del propio art. 24 C.E., porque la publicidad no sólo es un principio fundamental de ordenación del proceso, sino igualmente un derecho fundamental (inciso 5º del art. 24 C.E.)”⁵⁶⁶

Cuando el juez pasa (con o sin su cooperación) a convertirse en protagonista del debate mediático se puede afectar, desde luego, a las garantías del procesado. Ello puede ocurrir a través de campañas orquestadas con el punto de mira en su persona de forma más o menos abierta, pues a veces las presiones adoptan la forma de advertencias, insinuaciones o recomendaciones, pero en otros supuestos, son veladas alusiones, comentarios elogiosos o desacreditación a su persona o a quienes componen su círculo más próximo, la orientación política de sus decisiones, su capacidad profesional, etc. Algunas se producen para orientar el sentido de sus

ofrecer información e ideas concernientes a los asuntos llevados ante los Tribunales (...) máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral”.

⁵⁶⁶ En el citado ATC 195/1991 por el contrario se presume que ante la actuación de los medios de comunicación sobre los procesos *sub judice* el único derecho del procesado que debe preservarse es el derecho a un juicio público que, al mismo tiempo, sirve para afianzar la confianza del pueblo en la imparcialidad e independencia de los Tribunales (FJº 6). Cualquier alegación —como en dicho caso se hizo— acerca de que se ha sufrido vulneración del derecho a un juicio justo por la existencia de una campaña de prensa y televisión debe avalarse por datos o indicios de que el acusado ha sufrido algún perjuicio en el ejercicio de sus derechos de defensa pues, a juicio de los Sres. Magistrados de la Vega, López y Gimeno “que se emitan noticias sobre unos hechos criminales no trasluce un ánimo tendente a crear un determinado estado de opinión acerca de los mismos”. Más adelante se afirma que no se ve cómo “en modo alguno las hipotéticas corrientes de la opinión pública hubieran podido influir en unos Magistrados profesionales, llamados a conocer de los hechos y los argumentos de las partes a través de los cauces del juicio oral, y llamados a decidir colegiadamente y rodeados de todas las garantías propias del Poder Judicial, de entre las que cabe destacar su independencia y sumisión al imperio de la ley (art. 117.1º C.E.)”. Precisamente la garantía que el Auto presume (la independencia) es lo que el demandante en amparo impugnaba como vulneración de su derecho a un Tribunal imparcial.

En distintas ocasiones de este trabajo se critica la presunción de invulnerabilidad de los jueces frente a los jurados, y se oponen argumentos de diverso orden (hasta de psicología jurídica); en este momento dejaremos apuntados los tres modos que VIVES maneja para deshacer lo que denomina el mito de impermeabilidad de los jueces ante las corrientes de la opinión pública: el primero es analizar las enfáticas declaraciones con que los jueces de todo el mundo afirman que la prensa no les influye, comparándolas con las que emiten cuando analizan las de otros jueces; el segundo, estudiando las peticiones de amparo de la independencia que se dirigen al CGPJ; en tercer lugar, comparando la actuación de los jueces profesionales con la de los jurados cuando se trata de enjuiciar a la prensa misma: estos últimos son más duros, contrariamente a lo que las premisas indicaban. VIVES ANTÓN,

decisiones y otras, precisamente, como represalia o aprobación por las que se van adoptando (medidas cautelares, levantamiento del secreto sumarial, citaciones para testificar, etc.). No siempre resultan hostiles: en ocasiones se busca, precisamente, influir a favor de las pretensiones de una de las partes “alineando” al juez en su bando⁵⁶⁷, pero ello no elude la relevancia de la conducta desde la perspectiva de las garantías del proceso justo, tanto si en ese bando se encuentra el acusado, como si está en el contrario: el juez no se situaría ya como un tercero sino como una parte, es decir, ya no sería juez⁵⁶⁸ (SSTEDH caso Langborger, de 22 de junio de 1989, caso Holm, de 25 de noviembre de 1993 y caso Gautrin, de 20 de mayo de 1998).

En estos casos, cabe afirmar que se trata de conductas relevantes por su grave e inminente lesividad. En primer lugar porque la probabilidad de que dichas publicaciones alcancen su objetivo, esto es, incidan en su destinatario (los ciudadanos y los jueces) es elevada en tanto se realizan públicamente utilizando como soporte algún medio de comunicación. En segundo lugar porque se trata de conductas cuyo desvalor social intrínseco y genérico es indudable, no tanto —aunque también— porque puedan afectar al prestigio personal y profesional de un titular concreto, esto es, a los llamados derechos personales del juez cuando se trata de campañas hostiles, sino porque trasciende a valores de convivencia social indispensables, como el necesario respeto y confianza de los ciudadanos en la función jurisdiccional entendida justamente como respeto a su dignidad, legitimidad, independencia, exclusividad y correcto funcionamiento.

T.S., “Juicios paralelos”, (Conferencia dictada el 8 mayo 1998 en Sevilla sin publicar, cuyo manuscrito inédito ha sido cedido amablemente por el autor).

⁵⁶⁷ El mismo supuesto contemplan DEL MORAL Y SANTOS VUANDE —descalificación del proceso, afirmación de la inocencia del acusado pese a la existencia de pruebas, etc.— como un claro perjuicio a las víctimas. MORAL GARCÍA, A. DEL y SANTOS VUANDE, J.M^a, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, op. cit., pág. 22.

⁵⁶⁸ En las SSTC 54/1985, FJ^o 6, 225/1999, FJ^o 1 y 162/1999, FJ^o 5 se afirma que no se puede ser “Juez y parte”, ni “Juez de la propia causa”, bien sea asumiendo procesalmente funciones de parte, como realizando actos o manteniendo con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a favor o en su contra.

Frente a quienes sostienen —incluido nuestro TC, en ocasiones (STC 136/1999 FJ° 9)—, que la imparcialidad equivale a la ausencia de prejuicios, nada impide —mas bien se trata de un deber profesional— que los jueces sobre los que se estuvieran ejerciendo semejantes presiones siguieran desempeñando su puesto, aunque subjetiva y objetivamente fueran gravemente perturbados⁵⁶⁹ y, llegado el caso, lo denunciaran⁵⁷⁰. En estos supuestos, aunque excepcionales, debería admitirse que las conductas en cuestión han generado un riesgo indebido para un valor digno de tutela como son las garantías del justiciable, o dicho de otro modo, que se ha desvirtuado la presunción de imparcialidad objetiva y subjetiva —empleando la terminología del TC— del juzgador⁵⁷¹, y ello con independencia de que se prefiera renunciar o, por el contrario, se estime adecuada y proporcionada, la adopción de ciertas medidas para prevenirlo o resolverlo⁵⁷². Como con razón afirma FERRAJOLI, “la capacidad de

⁵⁶⁹ En contra, afirma QUINTERO que “sería absurdo sostener que un juicio paralelo turba la independencia judicial, puesto que ésta no tiene porqué sentirse turbada por lo que se diga extramuros del proceso, salvo que, como antes indiqué, la jurisdicción esté a cargo de personas inadecuadas para ejercerla.” QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 358.

⁵⁷⁰ Solicitando el amparo al CGPJ conforme lo previsto en el art. 14 LOPJ, el juez puede, efectivamente denunciar que se siente inquietado o perturbado en su independencia, aunque si las presiones provienen de particulares, difícilmente se puede afectar a ésta. Mas bien habría que entender esta referencia a la independencia en un sentido amplio, como garantía a favor de la imparcialidad frente a todos, no sólo frente a los demás poderes públicos tal y como reza el propio artículo 13 LOPJ.

⁵⁷¹ En contra, QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 352. Este autor considera que ni una campaña de zarandeo moral y personal ni una campaña de prensa que ejerce presión sobre un tribunal para que condene o absuelva a alguien sean atentados relevantes a la independencia: “eso no deja de ser una injerencia ciertamente criticable o intolerable, pero nada más.” Podemos compartir esa afirmación si no fuera porque para QUINTERO, los ataques a la independencia y a la imparcialidad son equivalentes, y si bien esos ejemplos no constituyen atentados a la independencia, sí lo son, desde luego, a la imparcialidad.

⁵⁷² Como ya trataremos más adelante, existen dos sistemas jurídicos en Europa —sin contar el “Contempt of court” de Gran Bretaña— que específicamente penalizan este tipo de comportamientos por el riesgo que conllevan para la imparcialidad del juez que tiene que decidir en primera instancia o del recurso contra la sentencia. Se trata de Austria y de Francia, cuyos delitos contemplan conductas muy parecidas y de las que, al menos en el caso austríaco, el TEDH ha declarado su conformidad con las exigencias del CEDH respecto de la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo (caso Worm c. Austria, STEDH de 29 de agosto de 1997).

garantía (“garantismo”, en el original) de un sistema jurídico es una cuestión de grado”⁵⁷³.

El TEDH en la sentencia del caso *Worm c. Austria* de 29 de agosto de 1997 aborda directamente el análisis de legitimidad de la sanción pena de multa con arresto sustitutorio impuesta a un periodista austríaco por llevar a cabo una publicación tendente a cuestionar la autoridad e imparcialidad del Tribunal de un caso pendiente de recurso. El Tribunal estima conforme con las exigencias del Convenio la utilización de la sanción penal como medida necesaria en un ordenamiento democrático para garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial (§ 40), entendidas conforme al art. 6 del Convenio como consagración del principio de “preeminencia del derecho” (§ 39)⁵⁷⁴. En el § 50 se reconoce que la libertad de los Estados para imponer sanciones tiene límites y no puede impedir toda forma de discusión pública sobre asuntos pendientes de decisión judicial, pues la exclusividad jurisdiccional para determinar la culpabilidad o inocencia de las personas no significa que no pueda haber discusiones previas o simultáneas sobre los hechos que constituyen ese juicio, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o entre el público en general. Esta publicidad es necesaria para garantizar el correcto funcionamiento de la Administración de Justicia y los ciudadanos tienen derecho a recibir información y opiniones; sin embargo, esa libertad de información y crítica es compatible con la necesidad de garantizar a todo ciudadano el derecho a un juicio justo, incluido el derecho a un juicio imparcial:

⁵⁷³ FERRAJOLI, L., “El Derecho como sistema de garantías”, *La crisis del Derecho y sus alternativas*, Consejo General del Poder Judicial, 1995, pág. 483.

⁵⁷⁴ La preeminencia del derecho había servido de fundamento para interpretar la tutela de la autoridad e imparcialidad del poder judicial en la STEDH caso *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979 §55 (Serie A, nº 30). De alguna manera, puede entenderse que esa preeminencia del derecho hace referencia a que los conflictos sean exclusivamente resueltos conforme a la ley como único criterio de juicio pero, además, que las soluciones declaradas por los jueces puedan ser vistas como una afirmación de tal “preeminencia del derecho” frente a otros intereses en juego, lo que lleva necesariamente a construir una exigencia de imparcialidad no sólo de fondo —comúnmente entendida como ausencia de prejuicios o prevenciones— sino de apariencias para el acusado y los ciudadanos en general (caso *Frey c. Austria*, de 24 de febrero de 1993). Ambos aspectos conforman el **núcleo duro del concepto de imparcialidad** que el TEDH defiende e impone a los Estados miembros en su interpretación del derecho a un juez imparcial y a un proceso con todas las garantías.

“Por eso, cuando realizan comentarios acerca de un proceso penal, los periodistas han de tener presente que sus manifestaciones no deben consistir en afirmaciones susceptibles de perjudicar, intencionalmente o no, las posibilidades que toda persona ha de gozar de tener un juicio justo, o de socavar la confianza del público en el papel que corresponde a los Tribunales en la administración de la justicia penal.”⁵⁷⁵

Sin embargo, para nuestro TC la legislación actual no parece claramente disconforme con la necesaria tutela de la imparcialidad. Ya he mencionado anteriormente que en el ATC 195/1991 el criterio que se expresa a favor de la tutela que la Constitución dispensa frente a los juicios paralelos es limitado por la presencia de las libertades de expresión e información y por la publicidad, que es no sólo un principio, sino también un derecho. Dicha afirmación se devalúa cuando en ocasiones, como estamos viendo, la afirmación de que dichos juicios paralelos se efectúan al amparo del ejercicio legítimo de las libertades de expresión e información es más que dudoso, o cuando las publicaciones al amparo del invocado principio y derecho fundamental a la publicidad perjudican irremisiblemente otros derechos e intereses fundamentales del acusado. Uno de los supuestos más complejos se planteó en el recurso de amparo que dio lugar a la STC 136/1999 pues, en este caso, la denuncia de supuestas presiones a los miembros del tribunal sentenciador que podían afectar al derecho a un juez imparcial procedían no sólo de los medios de comunicación sino, además, del propio Gobierno. En su FJº 8 el Tribunal deja constancia de que

⁵⁷⁵ Para el TEDH estos límites se sobrepasan en caso como el enjuiciado: el artículo sometido a sanción era objetivamente apto para influir en el resultado del proceso que se venía desarrollando en ese momento; en él se hacían comentarios despectivos acerca de las manifestaciones del acusado en su defensa, expresaba con total rotundidad su convicción de que el acusado era culpable y debía ser condenado, transmitiendo la impresión a sus lectores de que el Tribunal no tenía otro remedio que condenar. El Tribunal valoró que el periodista había escrito más de cien artículos sobre el caso desde que habían comenzado las investigaciones lo que reforzaba la impresión de que este último se dirigía a influir en la decisión del Tribunal (§ 51).

“(…) a nadie puede ocultársele que la capacidad de presión e influencia es mucho mayor cuando las declaraciones vertidas en los medios de comunicación corresponden a los otros poderes públicos del Estado.”

Y a continuación, reafirma en el FJº 9:

“Es cierto que efectuar declaraciones en el curso de un proceso acerca del sentido que debiera tener el fallo y aventurar el sentido del voto de los Magistrados que forman parte de un órgano judicial no contribuye positivamente a la incolumidad del ejercicio de la función de juzgar constitucionalmente encomendada a los Jueces y Tribunales”.

No obstante, el contenido de las declaraciones atribuidas al Gobierno, así como las predicciones acerca del contenido del fallo no fueron suficientemente incisivas, a juicio del Tribunal, “(…) para producir un juicio paralelo capaz de menoscabar la imparcialidad o apariencia de imparcialidad de la Sala sentenciadora”, ni tampoco para “(…) propiciar un clamor popular a favor de la condena o de la absolución de los encausados poniendo en entredicho la necesaria serenidad del Tribunal o la confianza de la ciudadanía en el comportamiento neutral de los juzgadores”⁵⁷⁶.

La presunción de imparcialidad subjetiva y objetiva de la Sala se torna así en un principio de casi imposible desvirtuación, como reconoce el propio TC en dicha sentencia⁵⁷⁷:

“(…) puede resultar difícil aportar pruebas que permitan desvirtuar la presunción, pues el requisito de la imparcialidad objetiva supone, conviene

⁵⁷⁶ Sobre las circunstancias que rodearon el pronunciamiento de este fallo por parte del Tribunal Constitucional, puede verse CUERDA RIEZU, A., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, VVAA, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, (Coord. Nieto Martín, A.), Vol. II, Universidad Castilla - La Mancha / Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, pág. 202.

⁵⁷⁷ Para HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos”, *op. cit.*, págs. 82-83, el TC exige una insuperable carga de acreditación a la parte que denuncia la infracción del derecho pues, aun partiendo de la alta peligrosidad fundada de que se

recordarlo, una importante garantía adicional. En este sentido, hay una total falta de prueba sobre un eventual prejuicio por parte de los juzgadores, pues las manifestaciones criticadas en la demanda no permiten deducir nada al respecto, máxime cuando, de un lado, el Tribunal ha dejado clara su serenidad de ánimo para juzgar (...) y, de otro, coherentemente con esa afirmación, los integrantes de la Sala en ningún momento han actuado de forma que permita pensar que se han inclinado por alguna de las partes.” (FJ° 9).

Y ello pese a que, previamente, el Tribunal hiciera suya la doctrina del TEDH en el caso Worm afirmando que:

“Por ello, cuando efectivamente se dan esas circunstancias [se refiere a las declaraciones sobre procesos en curso por parte de otros poderes públicos del Estado], 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 (STEDH, caso Worm, § 54)”. (FJ° 8).

En definitiva, el TC en esta sentencia ha proclamado con mero valor de *obiter dicta* un criterio y un canon de medición distinto a los que ha aplicado al caso concreto: mientras que en el FJ° 8 se presume la gravedad de la conducta y la probabilidad fundada de que la influencia sobre el Tribunal tenga lugar y, por tanto, la lesión de la garantía de imparcialidad del juzgador, en el FJ° 9 se afirma (sin apoyo alguno) que esa conducta no conlleva riesgo grave y que se debe probar el eventual perjuicio del Tribunal.

A diferencia de esta sentencia, la STC 162/1999 (caso Hormaechea) coherentemente con los presupuestos anunciados y con la jurisprudencia del TEDH concede por primera vez el amparo por vulneración del derecho a un juez imparcial

produzcan influencias en el Tribunal (el “clear and present danger” de la jurisprudencia TSFA), acaba pidiendo una prueba del eventual perjuicio.

(art. 24.2 CE) ante la constatación de que existen sospechas legítimas de parcialidad (FJ° 9) y sin exigir, por tanto, prueba sobre la existencia de prejuicio en el juzgador. De hecho, en el FJ° 8, al analizar la conducta que dio lugar a la sospecha de parcialidad (unas declaraciones del Presidente del Tribunal que juzgó al recurrente en amparo en las que exteriorizaba sus convicciones personales descalificando a éste) el TC afirma que en ellas ni se exteriorizó una toma de posición anímica a favor de la culpabilidad del acusado ni se anticipó un juicio de culpabilidad, ni el juez se alineó con ninguna de las partes ni auxilió a las pretensiones de la acusación pero, en cambio, hizo fundada la sospecha de no utilizar como único criterio de juicio la ley, sino sus propias pasiones y desafectos. La imparcialidad se perdió simplemente porque la conducta fundó una sospecha legítima de parcialidad al exteriorizar su convicción personal sobre el acusado, lo que “le hizo parecer como inidóneo para juzgar el caso”

En una línea algo más acorde de fondo que de forma con la jurisprudencia del TEDH se manifiestan las SSTC 64, 65, 66 y 69 de 2001(caso Gal); en ellas se analiza la supuesta vulneración del derecho a un juez imparcial alegada por los recurrentes debido a que se filtraron a la prensa las deliberaciones y votaciones secretas del fallo condenatorio de la Sala antes de que éste fuera definitivamente redactado y notificado a las partes⁵⁷⁸. El TC afirma, con razón, que las sospechas que surgen en la mente de quien recusa no bastan para desvirtuar la presunción de imparcialidad, sino que éstas deben estar objetivamente justificadas, es decir, exteriorizadas y apoyadas en datos externos. En este supuesto, según se afirma, no puede desvirtuarse la presunción de imparcialidad (vertiente subjetiva) porque ningún hecho o circunstancia condicionó la opinión de los integrantes de la Sala, ni la filtración iba encaminada a obtener una modificación de lo previamente decidido. El tenor de la

⁵⁷⁸ Las deliberaciones son secretas por prescripción legal (art. 233 LOPJ) de manera que su revelación constituye una vulneración de dicho secreto que, sino alcanza a tener entidad delictiva, la tiene, desde luego, disciplinaria, pues tal y como prevén los arts 417.12 y 418.7 LOPJ la revelación de hechos o datos conocidos en el ejercicio de su función o con ocasión de ésta puede configurarse, según los casos, como falta grave o muy grave (en este último caso si causa algún perjuicio a la tramitación de un proceso o a cualquier persona).

información no implicaba ni que el fallo se hubiera modificado por su aparición, ni que se hubiera producido un juicio paralelo⁵⁷⁹ capaz de menoscabar la apariencia de imparcialidad del Tribunal pues la decisión, precisamente, ya había tomado el Tribunal exclusivamente conforme al criterio de juicio previsto por la ley (FJº 2, apartado b). Nada hay que objetar respecto del fondo de la decisión y hasta del argumento principal empleado para justificarla, pero el Tribunal, a continuación, se refiere —a nuestro juicio, gratuita e incoherentemente— a la ausencia de pruebas respecto de la existencia de “un eventual prejuicio por parte de los juzgadores” máxime cuando han actuado de forma que no permite pensar que “se han inclinado por alguna de las partes al dictar su resolución”⁵⁸⁰. Desde luego que la constatación de un prejuicio sólo puede hacerse si se exterioriza por parte del juez, pues de otro modo no puede conocerse, pero no cabe identificar la ausencia de prejuicio con imparcialidad. Ello es necesario pero no suficiente para descartar la vulneración del derecho fundamental al juez imparcial, pues resumiendo lo que ya había expresado la STC 162/1999 en su FJº 9, ésta puede producirse por cualquier conducta del juez que permita entender que está **alineado con alguna de las partes o cuando auxilia a alguna de sus pretensiones, exterioriza una toma de posición anímica sobre la culpabilidad del acusado**⁵⁸¹ (prejuzgando o anticipando el sentido del fallo o la

⁵⁷⁹ El Tribunal emplea la expresión “juicio paralelo” para referirse a aquellas publicaciones que durante la celebración del proceso intentan directamente condicionar el criterio de los Jueces o Tribunales o, crear un clima real o supuesto de opinión pública sobre el proceso y el fallo capaz de influir indirectamente en la decisión de aquéllos.

⁵⁸⁰ Por cierto, el Tribunal (ni quienes apoyan la doctrina del prejuicio como nota definitoria de la imparcialidad) no parece hacer precisiones acerca de la fuente, contenido, clase o forma de manifestarse los prejuicios, pero entre ellos hay uno en el que no se repara y que no sólo no cabe cuestionar, sino que siempre debe concurrir: el prejuicio a favor de la inocencia del acusado al comenzar el proceso.

⁵⁸¹ Así, lo mantienen tanto la Comisión como el TEDH. La Comisión se pronunció expresamente en este sentido el 21 marzo de 1975: “las opiniones expresadas, en ausencia del jurado, por el juez encargado de conducir los debates y determinar las penas, podrán levantar sospechas sobre su imparcialidad”. Por su parte la STEDH caso *Aliente de Ribemont*, de 10 febrero de 1995 establece que la presunción de inocencia garantizada en el art. 6.2 CEDH como elemento de un proceso penal equitativo exigido en el párrafo 1 del mismo art. 6 (STEDH *Dewer c. Bélgica*, 27 febrero 1980) “se vulnera si una decisión judicial concerniente a un acusado refleja el sentimiento de que éste es culpable antes de que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. Es suficiente, aun en ausencia de constatación formal, una motivación que induzca a pensar que el juez consideraba al acusado como

verosimilitud de la acusación o la defensa) o por la concurrencia de otras circunstancias externas que conviertan en fundadas las sospechas —del público o del acusado— de que aquél no utiliza como criterio de juicio el previsto por la ley, sino otro⁵⁸².

Respecto de los jurados, ya hemos visto que se da inicialmente un tratamiento diferenciado de su situación que estimo incorrecto. La afirmación (que ni siquiera es presunción) de que los jueces son menos vulnerables que los jurados es algo que no cabe aceptar sin prueba de alguna clase⁵⁸³. Cabría presumir, desde luego *iuris tantum*,

culpable (caso Minelli)". Para VERGER, cabe equiparar una decisión judicial con una manifestación espontánea aun cuando se produzca fuera del proceso. JUANES PECES, A., "Los juicios paralelos", *op. cit.*, pág. 2.

⁵⁸² Algunas de estas circunstancias —como la exteriorización de la convicción anímica sobre la culpabilidad del acusado— no se mencionan expresamente como causas de recusación o abstención, pero han sido reconocidas como quebrantamientos de la imparcialidad por la jurisprudencia. Como afirma SANTOS VIJANDE, la regulación legal de tales causas es taxativo pero los motivos por los que un juez puede abstenerse son —o deberían ser— más amplios para abarcar todos los supuestos en que se comprometa la imparcialidad no sólo en su aspecto subjetivo (convicción personal) sino objetivo (garantías funcionales y orgánicas que excluyen cualquier duda razonable al respecto). SANTOS VIJANDE, J.M^a, "Abstención y recusación de jueces y magistrados (I)", *La Ley*, núm. 4719, 1999, pág. 1.

⁵⁸³ La mayoría de la doctrina entiende que los riesgos para la imparcialidad se incrementan en el caso del juicio por jurados ya que, se dice, "son más vulnerables a la profusión de información que los jueces técnicos, siendo en ocasiones más influenciados por las noticias aparecidas en los medios de comunicación que por el propio desarrollo del juicio." *Vid.* VERGER GRAU, J., "Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado", *op. cit.*, págs. 200-210; OTERO GONZÁLEZ, P., *Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos*, *op. cit.*, págs. 36 y 39 y bibliografía citada al respecto.

Sin embargo, los estudios de psicología jurídica no son concluyentes, pues la concurrencia de factores diversos hace difícil aislar el peso relativo que cada uno puede tener en la decisión final, lo que permite, al menos, desmentir dos presunciones recurrentes: que los jueces son menos vulnerables que los jurados a factores extralegales (sesgos) y, que entre esos factores, la publicidad previa al juicio es el más perjudicial. En cuanto a la primera afirmación baste decir que la conclusión de los estudios sobre jurados para PAUL VELASCO, P. DE, "Factores extralegales que influyen en la toma de decisión de los miembros del jurado", *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 50, 1993, es "igualmente válida al caso de los jueces, de los que tampoco puede pensarse que acudan al juicio sin ninguna impresión inicial" apoyándose en unos trabajos de Kaplan y Garzón (1986) y de Clemente *et. al.*, (1990) que cita en pág. 664. En cambio, esa información se contradice con la que suministra VERGER, extraída asimismo de un trabajo de Padawer, Singer y Barton (1975), para quienes hay notables diferencias cuantitativas en porcentajes a favor de la culpabilidad entre jurados "prevenidos" que entre los "no contaminados" (78% frente a un 55%). En cuanto a la segunda afirmación, el citado trabajo sostiene que la influencia de la publicidad parece ser menor en la toma de decisión del jurado que la que ejercen otros sesgos, siendo su efecto más leve o sutil de lo que parece; en un estudio en que se suministró importante cantidad de publicidad previa a la información legal pero se advirtió al jurado

que los jueces profesionales son menos vulnerables a influencias externas al proceso⁵⁸⁴, pero la imparcialidad no se basa exclusiva ni preferentemente en ese aspecto de vulnerabilidad o proclividad a los prejuicios. Para la mayoría de jueces (en el sistema norteamericano, especialmente) el resultado de su trabajo es el que determina básicamente su carrera profesional: la posibilidad de reelección, ascenso, promoción y prestigio, de manera que cada asunto puede llegar a convertirse en un reto personal. Eso es algo que, obviamente, no le sucede al que esporádicamente ejerce la función (que no la profesión) de dictar un veredicto de culpabilidad o inculpabilidad. Existen menos medios de hacer efectiva una presión a un jurado porque, excepto con su seguridad personal, familiar o sus bienes (al igual que con los de un juez), poco hay con qué amenazar y las presiones o influencias⁵⁸⁵ pueden amortiguarse con alternativas que, desde luego, no cabe adoptar sino respecto de quien cumple esa función por un periodo de tiempo limitado⁵⁸⁶. Por otra parte, la presión sobre un solo juez es suficiente para torcer su voluntad y el curso de un

que no la tuviera en cuenta a la hora de tomar decisiones, las diferencias de veredictos con los jurados que no habían recibido inicialmente tal publicidad fueron prácticamente nulas (*op. cit.*, págs. 662-663). A la conclusión exactamente opuesta llegan, en cambio, CASPER, J.D. y BENEDICT, K.M., "The influence of outcome information and attitudes on juror decision making in search and seizure cases", *Inside the juror. The psychology of juror decision making*, ed. Reid Hastie, Cambridge University Press, Nueva York, 1993, págs. 65-83. En ellas se insiste, con apoyo de abundante doctrina, que las instrucciones al jurado para hacer inefectiva la influencia de información extraprocesal en su toma de decisiones es ineficaz (pág. 66).

⁵⁸⁴ Si las cuestiones relevantes para la decisión de culpabilidad presentan perfiles técnicos complejos (causas de inimputabilidad, de justificación, elementos normativos, etc.) y las influencias externas abundan en informaciones sobre ese particular ofreciendo una lectura y valoración determinada, es muy posible que el jurado, lego, no tenga criterio propio con el que contrastarlas. En esos casos —y sólo en esos— el jurado resulta más vulnerable, pero precisamente la Ley del Jurado ha articulado mecanismos para compensarlo: el Magistrado-presidente dirige el debate, controla la admisibilidad y pertinencia de las pruebas y los hechos objetivos de las mismas previa configuración del objeto del juicio, da instrucciones al jurado, entre otros contenidos, acerca de la necesidad de no atender a medios probatorios que el haya declarado ilícitos o nulos, y les informa de todos los aspectos del objeto del veredicto (arts. 54 y 57) y, en último extremo, puede acordar la disolución anticipada del jurado si no resulta del juicio la existencia de pruebas de cargo suficientes (arts. 49).

⁵⁸⁵ Desde luego, cuando se pasa del terreno de la sugerencia genérica a favor o en contra de una determinada decisión al de las presiones directas, la conducta puede constituir un delito si se realiza con violencia o intimidación (art.464 CP).

⁵⁸⁶ Resulta posible, entre otras medidas, aislar al jurado de la influencia de una campaña de presiones como las descritas si es que se duda que tengan tanta capacidad como los jueces para decidir su criterio exclusivamente por lo que han visto y oído durante el juicio. Obviamente, en cambio, no se puede aislar, trasladar o rechazar como candidato tras una entrevista a un juez ordinario.

proceso, en tanto que un jurado —o, a estos efectos, un magistrado integrante de un Tribunal, salvo su presidente— ni dirige el desarrollo del juicio, ni su sola decisión determina al veredicto final (al menos en España), sino que forma parte de un órgano que adopta sus decisiones colegialmente, de forma que su peso individual es relativo y, por tanto, también menor, en principio, la eficacia de las amenazas, presiones o influencias sobre la decisión final, mas no sobre las garantías de imparcialidad externas que permiten excluir toda duda razonable en tal sentido⁵⁸⁷. Y, por último, hay que admitir que es equivalente para uno y otro caso el efecto deslegitimador ante la opinión pública y los propios procesados de aquellas resoluciones sometidas al impacto constante de publicaciones adversas⁵⁸⁸.

En cuanto a las críticas al resto de participantes del proceso⁵⁸⁹, cabe diferenciar muy claramente las presiones graves constitutivas de delito por realizarse con violencia o intimidación, y las presiones que no emplean dichos medios y cuyo grado de amenaza es, lógicamente, menor. No obstante, siendo menor, puede resultar determinante para que se altere el sentido de una declaración o la voluntad incluso de realizarla (en el caso de los testigos, por ejemplo) o puede provocar un cambio de estrategia en la defensa o la acusación si se ven forzados a ello porque se ha cuestionado en público la que mantenían (piénsese, por ejemplo, si se afirma que la acusación o el Ministerio Fiscal solicita unas penas “demasiado altas” o, por el contrario, poco ejemplarizantes, o no solicita el procesamiento inmediato de alguien, o debería pedir prisión incondicional, o justo lo contrario. O todo a la vez, pero en

⁵⁸⁷ A esta línea de argumentación se apunta ALONSO, J.A., “El Jurado, algo más que una Ley”, *Jueces para la Democracia*, núm. 19, 1993, pág.23.

⁵⁸⁸ En este sentido existe abundante jurisprudencia del TSFA y, sobre todo, del TEDH, que apoyan estas afirmaciones, como ya se ha ilustrado.

Para PÉREZ MORATE, los jueces imparciales son más vulnerables a las críticas —y, por tanto, proclives a torcer su decisión ante presiones— que los integrantes de órganos colegiados, pero, en cambio, el mayor daño a la autoridad del Poder Judicial se produce por críticas a Tribunales. PÉREZ MORATE, J.E., “El juez ante la crítica pública”, *op. cit.*, pág. 287.

⁵⁸⁹ *Vid.*, CUERDA RIEZU, A., “Los medios de comunicación y el Derecho penal”, *op. cit.*, págs. 198-205. El autor hace referencia a la proyección de las actividades de los medios de comunicación

otro tono, avalado por “encuestas” y con altavoces)⁵⁹⁰. También aquí hay que valorar la gravedad del riesgo, su inminencia y su probabilidad de acaecimiento, pero no debe olvidarse que previamente hay que valorar en sí mismas las propias conductas que lo generan, y si en algunos casos resulta difícil calificarlas como ejercicio del derecho a la información veraz, más aún declararlas definitivamente intocables por conformar supuestamente su contenido esencial e inabitable. Particularmente evidente se torna la afirmación cuando la campaña es orquestada desde dentro del proceso. En el comentado ATC 195/1991 el Tribunal afirma que una de las cuestiones suscitadas en la demanda con mayor trascendencia (pero que, sin embargo, no fue debidamente documentada ni procesalmente bien tratada al no agotarse la vía jurisdiccional ordinaria) se refería a la denuncia efectuada por los recurrentes contra los Letrados de la acusación por haber orquestado una campaña de prensa contra los acusados, llevando su acusación fuera del estrado a la palestra pública, vulnerando el principio de buena fe en la actuación procesal (art. 437.1 LOPJ), el debido respeto al Tribunal y a los acusados (art. 449.1 LOPJ) y quebrantado el deber de secreto profesional (art. 437.2 LOPJ). La garantía de la imparcialidad y la autoridad del Poder Judicial incluye, según la doctrina del TEDH glosada por el propio TC:

“la protección de los derechos de quienes están sometidos a su jurisdicción, involucrados en litigios y causas, y que se funda en la noción de que los Tribunales de Justicia constituyen, y así son aceptados por la opinión pública, como el foro adecuado para esclarecer los derechos y las obligaciones jurídicas y para resolver las correspondientes controversias (STEDH Sunday Times, 26 abril 1979, FJ. 55).”

sobre la justicia exclusivamente desde la perspectiva de los sujetos afectados, esto es, los abogados, los fiscales, las víctimas, testigos y peritos y los jueces.

⁵⁹⁰ ZARZALEJOS apunta como una de las reglas fijas de actuación de los programas de entretenimiento sobre crónicas judiciales la realización de encuestas sobre la confianza en el tribunal o la inocencia de los acusados, así como el enfrentamiento público entre testigos y víctimas o peritos judiciales y expertos ajenos al proceso. ZARZALEJOS NIETO, J.A., “Estrategias informativas de la crónica judicial”, *op. cit.*, pág. 223.

De todos modos, cuando se trata de testigos, peritos, abogados, partes, etc., los riesgos de presión indebida tienen incidencia en diversas garantías del juicio justo como el derecho de defensa (alterando la estrategia), la falta de contradicción frente a “pruebas” obtenidas sin las debidas garantías, la igualdad de armas, etc. Siempre que se afectan las garantías del procesado a un juicio justo e imparcial desarrollado con todas sus garantías, el resultado del proceso no será tampoco un veredicto justo: al juez, jurado o Magistrado se le ha presentado un caso de forma indebida, sin equilibrio entre las partes, inclinado a favor o en contra de una de ellas y, por otro lado, no ha impedido con los medios a su alcance minimizar dichos efectos, por lo que su decisión estará viciada de una parcialidad de origen y, en todo caso, será difícil valorarla de otro modo. Sin embargo, no contemplaré tal supuesto como una vulneración del derecho a un juez imparcial sino como lo que es de forma inmediata y especial: una vulneración del derecho al debido proceso o proceso con garantías (24.2 CE).

Si el extremo de máxima gravedad lo constituyen las conductas propiamente delictivas consistentes en amenazar, coaccionar o causar daños a dichos participantes del proceso o emplear contra ellos violencia o intimidación para influir en sus decisiones, el nivel de relevancia mínimo lo representa las conductas que pretenden lograr idéntico efecto sin emplear los medios exigidos en dichos delitos. En esos casos, cuando se toma al sujeto por objeto de las críticas o informaciones puede, desde luego, afectarse a los intereses de la Administración de Justicia y, en particular, al derecho a un proceso con todas las garantías y a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial.

III. El derecho fundamental a la imparcialidad del juez como bien digno de protección

Hay que comenzar advirtiendo algo referente a la naturaleza del derecho en cuestión que va a resultar determinante en nuestro análisis: el derecho a un juez imparcial, que es una garantía esencial del derecho a un juicio justo, se puede incluir

entre los que VIVES ANTÓN⁵⁹¹ califica como “derechos vacíos”. Se definen como derechos vacíos o sin contenido material aquellos derechos de los que no se desprende un haz de facultades concretas para el individuo, que no son definibles con arreglo a pretensiones subjetivamente realizables por su titular, sino que su contenido viene perfilado por referencia, o con relación a situaciones concretas de las que decimos constituyen vulneraciones más o menos flagrantes de la idea inherente que de tales derechos tenemos. Así, por ejemplo, resulta imposible concretar qué facultades otorga el derecho a la igualdad ante la ley, pero no plantea tantas dificultades declarar qué acciones o normas son contrarias a este derecho.

Si traigo a colación la cuestión de la **naturaleza** de este derecho en el análisis de su contenido es porque tampoco el derecho a un juez imparcial se materializa en una serie de pretensiones de actuación, de ejercicio, porque no es trasunto de ninguna parcela de ejercicio de libertad, ni de resistencia (derecho-oposición) frente a pretensiones ajenas. No es posible determinar unívocamente su contenido ni sus fronteras conceptuales conforme a la idea que la imparcialidad tiene en el lenguaje ordinario, más próximo a la idea de ausencia de prejuicios que al de falta de previa toma de partido a la resolución de una controversia que caracterizan a la imparcialidad como atributo del juez como quien no es parte. Y otro tanto cabe temer en lo que se refiere a la articulación de sus límites en el sistema de derechos fundamentales frente a los riesgos de que otros derechos incidan en su contenido⁵⁹². Ahora bien, al concebirse como una garantía esencial del juicio justo y un elemento sustancial en la definición del juez, sí es posible, en cambio, determinar los supuestos en que se entiende cometida una vulneración del mismo por referencia al contenido o la idea que de este derecho se ha apuntado y que ha ido conformando, sobre todo, la tradición jurídica.

⁵⁹¹ VIVES ANTÓN, T.S., “Introducción. Estado de Derecho y Derecho Penal.”, *op. cit.*

⁵⁹² En definitiva, el derecho al juez imparcial no admite “desarrollo” en el sentido del artículo 81.1 CE tal y como es interpretado este concepto por el Tribunal Constitucional. *Vid.*, por todas, STC 140/1986, F.J.º 5.

Como ya se vió, el contenido constitucional del derecho fundamental (conformado por las vertientes interna y externa de la imparcialidad) no es, ni puede ser, configurado íntegramente como objeto de protección penal, sino que sólo debe tomarse como el punto de referencia inicial para ello⁵⁹³. Es especialmente importante recordarlo porque caben diversas vulneraciones al derecho —así las ha declarado el Tribunal Constitucional— que se refieren a conductas que aun cuando aparezcan como relevantes, no son susceptibles de prohibición penal. De entre ellas, se van a analizar exclusivamente aquellos aspectos que conforman el contenido del derecho fundamental sobre los que puede incidir negativamente la actuación de los medios de comunicación. Para ello se recurrirá también a la jurisprudencia ofrecida por el TEDH, pues con notable frecuencia se ha abordado directamente la delimitación del derecho a un juez imparcial consagrado en el art. 6 del CEDH como objeto de protección y límite legítimo frente a las actuaciones mediáticas, dado que, a su vez, el art. 10.2 CEDH reconoce expresamente que la tutela del respeto a la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial constituye un límite legítimo a la libertad de expresión.

Las llamadas garantías “institucionales” de la imparcialidad jurisdiccional⁵⁹⁴, esto es, la independencia del Poder Judicial y la predeterminación legal del Juez, no constituyen objeto de atención directamente aun cuando, sin duda, constituyen un interés jurídico relevante. La razón es que los atentados contra tales garantías no son susceptibles de ser cometidos por particulares a través de los medios de comunicación, que son la clase de conductas que a las que exclusivamente atiendo⁵⁹⁵.

⁵⁹³ En el mismo sentido de requerir que un derecho constituya exclusivamente el punto de partida y no un objeto íntegro de protección, MIR PUIG, S., *El Derecho Penal en el Estado social y democrático de Derecho*, op. cit., págs. 163-164.

⁵⁹⁴ *Vid, supra*, Capítulo I.

⁵⁹⁵ Los atentados a la independencia de los jueces sólo pueden ser delitos cometidos por autoridades o funcionarios públicos, tal y como establecía el artículo 199 del CP derogado. Más restrictivamente, el vigente artículo 508.2 se limita a castigar sólo determinadas conductas de determinadas autoridades o funcionarios: “La autoridad o funcionario administrativo o militar que

En cuanto a las garantías relativas al titular de la potestad jurisdiccional, esto es, en cuanto a la imparcialidad del juez *stricto sensu* distinguía distintas clases de condiciones que permiten sostener la idoneidad del Juez como presupuesto de su actuación imparcial: por un lado, y en abstracto, la configuración del proceso penal determina que el juez pueda ser y aparecer en todo momento como un tercero frente a las partes con funciones estrictamente jurisdiccionales y sin desempeñar actividades que le coloquen alineado con alguna de ellas; por otro lado, están las garantías personales que debe prestar el Juez llamado a resolver un asunto determinado y que permiten sostener o presumir su imparcialidad interna, o mejor dicho, la ausencia de circunstancias o actuaciones externamente controlables de las que quepa deducir o presumir la falta de imparcialidad (imparcialidad externa).

A diferencia de lo dicho anteriormente con relación a las garantías de independencia y predeterminación legal del juez, es posible identificar supuestos de quebrantamiento de la imparcialidad personal y procesal provenientes de conductas realizadas con ocasión del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información a través de medios de comunicación. Sin pretensión de adelantar conclusiones, es posible que se quebrante la imparcialidad externa, esto es, la presunción favorable a la idoneidad del juez para resolver un litigio si se logra que aparezca alineado con las partes o auxiliando sus pretensiones, que se le haga protagonista del objeto o el resultado del litigio, que se sospeche que no será la ley el único criterio de juicio sino otros como consecuencia de las presiones recibidas, que anticipe informalmente su criterio sobre la culpabilidad o la inocencia del acusado o que la presión mediática le impida controlar debidamente y con los medios a su alcance, la debida conducción y desarrollo del proceso⁵⁹⁶.

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." Véase, en el Capítulo Cuarto, el análisis de este delito de atentado a la independencia de jueces y magistrados.

⁵⁹⁶ Algunas interferencias se producen cuando se actúa sobre el acusado impidiendo el libre ejercicio de su derecho de defensa o su presunción de inocencia (no como regla de tratamiento pero sí

Desde luego, pueden vulnerarse las garantías externas de imparcialidad cuando el propio juez interviene o protagoniza un debate mediático, bien por iniciativa propia o porque se le incita a ello. En ocasiones es el propio Juez o Magistrado a quien se convierte en objeto de miras de una campaña personal a favor o en contra, lo que puede provocar, al mismo tiempo, una interferencia sobre asuntos de los que esté conociendo. Otra forma de atentar a la imparcialidad es, en palabras del TEDH, la deslegitimación pública de la función en general o de las decisiones concretamente adoptadas en un caso particular, pues hemos visto que uno de los contenidos que el CEDH asocia con la tutela de la imparcialidad es el de autoridad o confianza y respeto por las decisiones judiciales.

Hay que repetir una vez más una idea sin la cual no puede entenderse correctamente el planteamiento que subyace al estudio de las conductas que pueden constituir el presupuesto de una vulneración de la imparcialidad tal y como se ha delimitado su potencial campo de protección, su configuración como bien jurídico. No debe confundirse el contenido del derecho a un juez imparcial con la idea de imparcialidad como atributo personal del juez. El derecho fundamental al juez imparcial se nutre de un conjunto de garantías de diverso orden que tienden a favorecer la preeminencia del Derecho —como afirma el TEDH—, que el criterio de juicio de la resolución judicial sea exclusivamente la ley y que, además, se llegue a esa solución a través de un proceso, es decir, de un debate reglado, racional y equitativo en el que el juez como tercero ajeno sea llamado a dirigir y a resolver finalmente el conflicto. De hecho, todas las demás garantías y derechos del procesado se ven afectados inevitablemente cuando se vulnera la imparcialidad⁵⁹⁷.

en cuanto a que se juzgue exclusivamente conforme a las pruebas practicadas en el acto del juicio), o sobre los testigos, la víctima, etc.

⁵⁹⁷ Tanto es así que hay quien, como OTERO GONZÁLEZ, afirma que el bien jurídico directamente protegido por la imparcialidad es la presunción de inocencia. Es evidente que cuando el juez es parcial a favor de la acusación, la presunción de inocencia queda reducida a la nada, pues no puede sostenerse que la inocencia de quien lo es esté a salvo frente a un juez parcial. Pero lo mismo cabría decir del resto de los derechos del acusado. En cambio, un juez puede ser parcial porque precisamente actúa en favor del acusado, y en ese caso no podemos dejar de entender lesionada la imparcialidad mientras que, en cambio, la presunción de su inocencia permanece incólume (es más, resulta innecesaria frente a quien está dispuesto a declararla en cualquier caso). OTERO GONZÁLEZ, P.,

Cuando alguna de las garantías externas que permiten suponer que el juez es imparcial no se observa, ello no implica que el juez del caso haya adquirido necesariamente prejuicios insuperables o haya formado anticipada e irreversiblemente su criterio sobre el acusado o que la decisión que dicte en su día vaya a ser necesariamente contraria a Derecho, pero sí cabe afirmar que su idoneidad o imparcialidad externa puede cuestionarse y, por tanto, se ha vulnerado el derecho fundamental al juez imparcial, de manera que sin ella, el juicio justo se convierte en una ficción⁵⁹⁸. Y ello, aun cuando el juez afectado se sienta anímicamente perfectamente imparcial y capaz de resolver correctamente. Igual que ocurre en los supuestos de concurrencia de una causa de abstención o recusación, no se trata de probar la falta de imparcialidad interna del juez sino sólo la falta de garantías acerca de que será la ley el exclusivo criterio conforme al que éste dirigirá el procedimiento y resolverá el caso. Cuando hay previa toma de partido, alineamiento con las partes o con sus intereses, no hay garantías de idoneidad del juez que como tal ha sido llamado a decidirlo.

Desde luego es posible pensar que un debate mediático sobre el objeto de controversia de un litigio pueda generar prejuicios en quienes están llamados a resolverlo, y en esa medida afecten indebidamente al resultado del proceso, pero en tanto que éstos no los expresen previa o públicamente sólo son censurables a través del control de legalidad de la actuación judicial durante el proceso y, desde luego, de la propia resolución final que dicten; es decir, en la medida en que pueda demostrarse

Protección penal del secreto sumarial y juicios paralelos, CEURA - Univ. Carlos III, Madrid, 1999, pág. 132

⁵⁹⁸ Según sostiene PÉREZ MORATE durante el juicio, los ataques directos y personales al juez “comprometen peligrosamente la exactitud y justeza del juicio, cuyas bases inexcusables son la neutralidad del juzgador y la quietud para el razonamiento (...) ofuscan la razón y dañan los sentimientos (...) con serio riesgo (...) de provocar el error en las decisiones”. PÉREZ MORATE, J.E., “El juez ante la crítica pública”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, pág. 288.

En contra, QUINTERO OLIVARES sostiene que “si el juez *no es capaz de conservar su ecuanimidad* por causa de una campaña de prensa lo que tenderemos no es un atentado a la independencia —otra cosa es lo que deba decirse de la falta de respeto—, sino la comprobación de que esa persona *no reúne las condiciones necesarias para ejercer la función jurisdiccional*.” (cursiva en el original). QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *Revista del Poder Judicial*, núm. especial XVII, 1999, pág. 352.

que se han vulnerado los derechos y garantías del procesado durante el juicio o que la sentencia no está objetiva y racionalmente fundada en Derecho podrá sospecharse que la causa de nulidad de los actos es una ilegalidad que exterioriza, precisamente, los prejuicios internos⁵⁹⁹. Sin embargo, no es sólo ni el más relevante problema para la imparcialidad el de la adquisición de prejuicios por parte del juez, porque éstos no tienen por qué incidir sobre el criterio de juicio o hacerlo negativamente. Lo que convierte en sospechoso a un juez o a un jurado que manifiesta públicamente sus convicciones sobre el acusado antes del juicio no es que no pueda dictar sentencia conforme a Derecho: puede hacerlo y de hecho lo hacen a menudo a pesar de tener –y no expresar– prejuicios. El problema es, exclusivamente, la falta de idoneidad, que ni el acusado ni la ciudadanía pueden seguir confiando en que su proceder está exclusivamente vinculado al Derecho⁶⁰⁰. Como tantas veces se ha dicho: en este tema, las apariencias son importantes y la confianza en los tribunales de justicia es uno de los valores en juego.

Cuando se identifican conductas lesivas de la imparcialidad, se debe atender a la proyección que las mismas tienen sobre ese aspecto del derecho al juez imparcial que constituyen las garantías externas de que no se está alineado con las partes ni con sus pretensiones y que sólo la ley guiará y decidirá la resolución del proceso. La falta de garantías puede quebrarse aun cuando no se llegue a materializar como resultado una resolución injusta.

⁵⁹⁹ En esta misma línea se pronuncia el TS cuando se alega un clima de opinión o unas condiciones ambientales hostiles durante el juicio. Sistemáticamente el TS afirma que ello no afecta al derecho a un juez imparcial mientras el Tribunal logre “mantener las formas objetivas que corresponden a un Tribunal imparcial” y que la alegación de riesgo de parcialidad no se desvirtúa “mientras los juicios del Tribunal aparezcan como jurídicamente fundados de manera sostenible”. *Vid.* SSTs (Sala 2ª) de 23-4-1992 y 30-3-1995.

⁶⁰⁰ Incluso para autores como QUINTERO, que niega que las campañas de prensa constituyan atentados a la independencia, no hay obstáculo en reconocer que con ellas se produce la falta de respeto a la decisión judicial y el riesgo de que la ciudadanía *pueda llegar a creer* que una decisión judicial no es la respuesta adecuada en derecho (*cursiva en el original*). QUINTERO OLIVARES, G., “Libertad de prensa y protección de la independencia e imparcialidad judicial”, *op. cit.*, pág. 352.

La determinación del bien jurídico tiene una incidencia directa en la consideración que en su momento se haga acerca del tipo de delito que podría configurarse para tutelarlos: o se estima que la imparcialidad se garantiza instrumentalmente como medio de evitar juicios y sentencias injustas, es decir, como objeto inmediato de lesión de un bien jurídico constituido por la tutela judicial efectiva y el proceso con todas las garantías o por el contrario, se asume que la propia imparcialidad constituye un bien jurídico autónomo (y la tutela del proceso el fin último o la *ratio legis*) y se tipifican conductas que la lesionan.

Entiendo, por lo dicho anteriormente, que la quiebra o lesión de la imparcialidad no se produce sólo cuando constatamos el comportamiento desviado del juez como expresión de su parcialidad interna sino, sencillamente, cuando ya no hay garantías suficientes de que no vaya a ser así, es decir, cuando no hay imparcialidad externa⁶⁰¹. La materialización de un riesgo racionalmente fundado, grave y relevante de que dicte una sentencia injusta constituye, pues, una lesión de la imparcialidad. No obstante, puede relativizarse la trascendencia del referido debate entre tipos de lesión *versus* tipos de peligro (abstracto o concreto) pues, como se ha dicho, en el caso de bienes jurídicos inmateriales, como en este caso, la distinción se torna evanescente⁶⁰².

Para RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, por ejemplo, la técnica más adecuada en los casos de tutela de bienes inmateriales es la de los delitos de peligro abstracto aunque aceptando que, formalmente estamos ante “delitos de lesión” de bienes instrumentales cuya tutela no supone anticipación de la tutela de los bienes esenciales (adelantamiento de la barrera). La lesión de la imparcialidad comporta el riesgo de que se dicte una resolución injusta, pero no puede identificarse sólo con ese riesgo, sino que adquiere autonomía propia porque contiene implicaciones relevantes

⁶⁰¹ El objeto de atención jurídica no consiste en probar que el juez sea parcial porque ese conocimiento es imposible de alcanzar y, por tanto, de constituir el objeto de protección no garantizaría ningún contenido del derecho al juez imparcial.

al margen del mismo⁶⁰³. Por ello el legislador no se limita a garantizar la imparcialidad únicamente mediante el control de las resoluciones que dictan los jueces, sino que arbitra mecanismos como la abstención y la recusación a través de los cuales aparta a los jueces que no ofrecen suficientes garantías externas.

Cuando se quiebran las garantías de imparcialidad existen mayores probabilidades de que el juez dicte una sentencia injusta y, por tanto, se puede afirmar que concurre con la lesión de la primera el peligro para esta última. Sin embargo, no es posible sostener que la quiebra se pruebe en función de ello o precisamente por ello. Exigir la prueba de que el juez concreto va a dictar su resolución torcidamente, al margen del Derecho o en contra de éste no se corresponde con el contenido del derecho a un juez imparcial cuya tutela se reconoce como legítima⁶⁰⁴.

Bien puede suceder que el juez manifieste su falta de imparcialidad informalmente (expresando públicamente prejuicios hacia las partes, interés en el objeto, etc.) o lo haga formalmente durante el proceso, y tal exteriorización de parcialidad puede o no proyectarse sobre la sentencia que dicte, o hacerlo previamente de muchas otras formas: en su forma de presidir el debate, en su falta de celo en garantizar debidamente los derechos a la igualdad de armas y a la

⁶⁰² COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho penal. Parte General*, 5ª ed., *op. cit.*, pág. 326.

⁶⁰³ Estas afirmaciones se realizan en el contexto de una determinada comprensión de los delitos de lesión y de peligro desde la perspectiva del injusto típico que no es compartida mayoritariamente. En efecto, desde otras opciones sistemáticas se aboga por una clasificación de los tipos penales que opone a los delitos de resultado (de lesión o de peligro), los de mera actividad. No podemos entrar a analizar detalladamente la cuestión pero sí debemos, al menos, apuntar dos ideas: los delitos contra la imparcialidad deberían ser contemplados, desde esta segunda opinión, como delitos de resultado, pues obviamente exigirían, para su punición una conducta que perturbase efectivamente el objeto de tutela; el resultado-lesión, concebido como elemento típico exigido por añadidura a la acción u omisión típicas, no es exigible en un tipo penal como el proyectado, pues ello equivaldría, como se ha dicho anteriormente, a postergar la tutela de la imparcialidad a unos pocos casos en los que la sentencia dictada fuera precisamente, expresión de la falta de la misma.

⁶⁰⁴ En el mismo sentido, HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Justicia penal y medios de comunicación: los juicios paralelos", *Problemas actuales de la Justicia Penal*, (dir. Picó i Junoy, J.), Bosch, Barcelona, 2001, págs. 82-83.

contradicción, provocando personalmente dilaciones indebidas, etc. Puede incluso tratarse de una parcialidad constitutiva de delito, pero no siempre es así. Existe, en definitiva una conexión directa entre la tutela del derecho a obtener una resolución justa y la tutela de la garantía de la imparcialidad del juez, pero la imparcialidad no es sólo una garantía al servicio de la corrección material de las sentencias judiciales.

La prueba de ello es que cuando se rechaza indebidamente la recusación de un juez en quien concurre alguna de las circunstancias legalmente previstas para proceder a ello, el órgano encargado de resolver el recurso declara inmediatamente la vulneración del derecho fundamental y la consiguiente nulidad de las actuaciones sin detenerse a contrastar la eventual corrección material de la resolución que aquél hubiere dictado. La lesión del derecho al juez imparcial se produce, por tanto, con la pérdida de las garantías externas que apuntalan su reconocimiento y que nos permiten presumir la imparcialidad. Las presunciones se quiebran, pero no se ponen en peligro.

No se puede articular la tutela penal de la imparcialidad como un tipo de peligro concreto pero, menos aun, como de resultado: Si toda resolución dictada conforme a Derecho no da prueba definitiva de imparcialidad, y, por otra parte, no cabe descartar que una legalmente irrecurrible en cuanto al fondo, en cambio, lo ofrezca, no puede hacerse depender de la constatación de ese resultado incierto (sentencia o resolución injusta) la tutela del derecho. El derecho se lesiona con la pérdida de la confianza en que el juicio se pueda resolver imparcialmente y ello puede ser objeto de tutela enumerando la clase de conductas que inherentemente conllevan esa sospecha⁶⁰⁵.

⁶⁰⁵ Esto se adecuaría a la afirmación realizada por CANTARERO de que "La actividad jurisdiccional está, pues, entonces, informada por principios para cuya actuación y garantía necesita de una tutela rigurosa y de naturaleza distinta a la de cualquier otra actividad pública en el seno de la Administración pública del Estado". CANTARERO BANDRÉS, R., *Administración de Justicia y obstruccionismo judicial*, Trotta, Madrid, 1995, pág. 25.

Por otra parte es común a cierta clase de conductas potencialmente lesivas de la imparcialidad por actuaciones de —o a través de— los medios de comunicación que nos enfrentemos a lo que SCHÜNEMANN califica “un contexto de acción colectivo, no individual” en los que “el contacto interpersonal es reemplazado por una forma de comportamiento anónima y estandarizada”⁶⁰⁶ y que, a juicio del autor, precisa del recurso a la conminación penal mediante los tan denostados delitos de peligro abstracto⁶⁰⁷. El ejemplo de las campañas de prensa podría resultar especialmente ilustrativo: en ellas concurre una serie más o menos continuada y próxima en el tiempo de publicaciones con el mismo o similar propósito (interferir en el desarrollo y resultado de un proceso) por parte de uno o, en ocasiones, varios sujetos sin que quepa probar necesariamente la coordinación de sus actuaciones con una finalidad concreta. Aisladamente considerada cada una de las aportaciones puede o no tener aptitud singular para lograr el mencionado efecto, pero no cabe dudar que éste se puede producir, con mayores posibilidades de éxito, por su reiteración.

En estos casos no estimo admisible medir la lesividad del acto para la imparcialidad con referencia a las características personales del destinatario potencial, es decir, a la invulnerabilidad o resistencia acreditada o invocada por el juez al que se dirijan, directa o indirectamente, los ataques. La relevancia penal de un ataque a la imparcialidad debe someterse a un juicio de lesividad de la conducta que permita afirmar que de manera objetiva y grave tiene aptitud para quebrarla. Y tampoco cabe desvalorar cada actuación singular de las mencionadas en primer lugar por el efecto nocivo que todas ellas provocan conjuntamente. Debe optarse, por el

⁶⁰⁶ SCHÜNEMANN, B., *Consideraciones críticas sobre la situación espiritual de la ciencia jurídico-penal alemana*, op. cit., pág. 31.

⁶⁰⁷ El autor, en cambio, pretende demostrar que la proyección de las normales exigencias constitucionales del *ius puniendi*, supuestamente inobjetables en los delitos de lesión, no arrojan un resultado desfavorable en los delitos de peligro abstracto: “Hay que averiguar en qué lugar se encuentran, por decirlo de este modo, los puntos de conexión colectivos en los que debe intervenir una protección eficaz de los bienes jurídicos” asegurándonos, al mismo tiempo, “que esta modalidad de comportamiento no se halle abarcada por el legítimo ámbito de libertad del individuo”; por supuesto, también deben darse cumplimiento estricto a las exigencias derivadas del mandato de determinación y de proporcionalidad estricta entre injusto típico e intensidad de pena amenazada. *Ibid*, págs. 34-35.

contrario, por exigir legalmente la aptitud lesiva singular de cada acto para la imparcialidad.

Configurado el derecho al juez imparcial con base en la confianza, el TEDH se refiere a un aspecto poco contemplado en nuestro país —pese a que se menciona explícitamente en el art. 6 del CEDH— y es que la defensa de la imparcialidad de los Tribunales proporciona la necesaria confianza no sólo al acusado en un proceso penal sino a los ciudadanos en general (caso Frey c. Austria de 24 de febrero de 1993 y Worm c. Austria de 29 de agosto de 1997) porque es elemento indispensable para la preeminencia del Derecho. Esta reflexión se recoge en parte en el ATC 195/1991, F.J.º 6⁶⁰⁸ y, especialmente, en la STC 46/1998, F.J.º 5 en la que se habla de que

“la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento”.

Igualmente se repite esta idea en la STC 162/1999, en cuyo F.J.º 9 se advierte:

“Por eso hemos declarado conformes a la Constitución ciertos límites, incluso penales, dirigidos a salvaguardar la autoridad e imparcialidad de los Tribunales (SSTC 107/1988 y 143/1991).”

Construir el derecho sobre la base de la confianza y fundar ésta en la presunción de que mientras las garantías que la apuntalen sean observadas, el derecho a una resolución justa está intacto, conduce, a sensu contrario, a afirmar que su quebrantamiento o inobservancia constituye una vulneración inmediata del

⁶⁰⁸ Según el cual: “(...) La preocupación ante el riesgo de que la regular administración de Justicia pueda sufrir una pérdida de respeto, y que la función de los Tribunales pueda verse usurpada, si se incita al público a formarse una opinión sobre el objeto de una causa pendiente de Sentencia, o si las partes sufrieran un pseudo-juicio en los medios de comunicación, ha sido considerada una preocupación legítima por el TEDH en el marco del Convenio de Roma, (...) Todas estas consideraciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados

mismo. No obstante, no cabe seguir que la mera constatación de la vulneración legitime, sin más, el recurso al derecho penal, pues muchos riesgos y daños sociales son jurídica y socialmente tolerados en nombre de otros derechos e intereses.

Resta, pues, por el momento, la necesaria identificación de las conductas que lesionan el derecho a un juez imparcial con ocasión del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información y que determinarán, en su caso, el ámbito de lo penalmente relevante.

IV. Conclusiones

La imparcialidad y objetividad del Tribunal son una exigencia del proceso debido, una característica de la función jurisdiccional y una garantía fundamental de la Administración de Justicia para garantizar la supremacía del Derecho en sus decisiones, que deben ser tomadas por un tercero ajeno a los intereses en litigio y a sus titulares. Así resume la STC 151/2000 la relevancia constitucional que cabe atribuir a la imparcialidad. Por su parte, ya la STC 162/1999 en su F.º 5 afirmaba que la imparcialidad, como exigencia básica del proceso debido, está “dirigida a garantizar que la razonabilidad de la pretensión de condena sea decidida, conforme a la ley, por un tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso”. Pues bien, desde este entendimiento del fundamento y contenidos del derecho a un juez imparcial se pueden denunciar como menoscabos al mismo las situaciones que manifiesten externamente la inidoneidad del órgano (o de sus componentes) encargado de dirimir su controversia respecto de alguno de los contenidos descritos; esa inidoneidad puede provocar la vulneración de otros tantos derechos fundamentales del acusado a un proceso justo, esto es, de las reglas que legitiman la racionalidad del procedimiento de resolución del conflicto — y que dependen de que sea un tercero ajeno a las partes y a su controversia a quien

por el art. 24 CE con las libertades reconocidas por el art. 20 de nuestra Magna Carta, máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral, (...)”

corresponda hacerlo— o incluso de la legalidad, es decir, de la supremacía del Derecho como exclusivo criterio de juicio de la actuación judicial.

La pretensión de tutela del derecho a un juez imparcial consiste, pues, en la proscripción de aquellas situaciones en que legítima y fundadamente se pueda temer por la idoneidad del juez para velar por las garantías inherentes al juicio justo y para resolverlo exclusivamente conforme a la ley como tercero ajeno a los intereses en litigio y, por tanto, a sus titulares y a las funciones que desempeñan en el proceso. 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). También de sus manifestaciones formales o informales, pero anticipadas, acerca del objeto de litigio. Puede ser imputable al propio titular de la función o, por el contrario, a la actuación de terceros pero, en todo caso, con posibilidad de proyectar una sombra de duda razonable y fundada sobre la imparcialidad de aquél. De ahí que la necesaria presunción de imparcialidad de la que debe partirse sólo pueda desvirtuarse por diversas circunstancias de naturaleza objetiva o subjetiva, pero en todo caso externas, de las que pueda predicarse el menoscabo antes referido. Ese menoscabo se halla usualmente referido al derecho del acusado a un juez imparcial, pero también alcanza a la propia legitimación y confianza pública del poder judicial, como institución y con relación a sus funciones.

Se produce la quiebra de la debida imparcialidad cuando el juez ha tomado partido personalmente —exteriorizado el ánimo a favor de una u otra parte—, o procesalmente —realizando funciones de parte, prejuzgando la cuestión de fondo con anterioridad al ejercicio estricto de la jurisdicción o inclinándose de modo indebido a favor de alguna de las partes—. Pero también cuando se han dado muestras de que son otros criterios, y no la Ley, los que guían la actuación.

Las actuaciones de los medios de comunicación que pueden provocar esa ruptura o quiebra de la imparcialidad como derecho fundamental son, sobre todo, y según hemos visto, las vinculadas a campañas mediáticas. En ellas se coloca al juez



como protagonista mediante la alabanza o el menosprecio a su actuación en función de las decisiones que adopte, o bien se presiona para influir ilegítimamente en su decisión, se interfiere en el desarrollo del proceso y la libertad y derechos de sus intervinientes y, en general, siempre que se lleva a cabo una injerencia indebida en la función jurisdiccional por medio de presiones en uno u otro sentido capaces de influir en la decisión de sus destinatarios o deslegitimar su actuación ante los ciudadanos y el propio acusado.

Desde una perspectiva procedimental del bien jurídico, este interés de la imparcialidad externa que pretende tutelarse sólo constituye el punto de partida para indagar la legitimidad de la intervención penal sobre las conductas que lo menoscaban atendiendo a los principios constitucionales de legalidad y proporcionalidad en sentido amplio. Sólo de esa forma, la conducta concreta objeto de sanción penal resultará legítima pese a la incidencia que la misma comporta sobre las libertades porque se dirigirá a la protección de un bien jurídico digno, necesitado y susceptible de protección, de forma proporcionada.