

El «info-entretenimiento» judicial y las redes sociales: viejos problemas en un nuevo escenario

Ángel Rodríguez

Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Málaga

Sumario: I. Introducción. II. El «info-entretenimiento» judicial. 1. Opinión pública y administración de justicia. 2. Redes sociales y asuntos *sub iudice*. III. Una aproximación crítica a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión en relación con la administración de justicia. 1. La posición preferente de la libertad de expresión sobre asuntos *sub iudice*. 2. La tensión entre tres disposiciones constitucionales con distinta finalidad. 3. La «mutación funcional» del principio de publicidad procesal. IV. El «info-entretenimiento» judicial como expresión de «menor valor» constitucional. 1. El *show* judicial. 2. Su menor valor constitucional. V. Bibliografía.

Resumen: En este trabajo se defiende que, a pesar de que la libertad de expresión sobre asuntos relacionados con la administración de justicia suele gozar en nuestro ordenamiento de una posición preferente, es posible limitarla con restricciones más severas en casos, como el «info-entretenimiento» judicial, en los que su contribución a la opinión pública libre es nula o muy escasa. Para ello, se describe la incidencia del auge de las redes sociales en la banalización informativa y la desinformación sobre asuntos *sub iudice*, se critican algunas consecuencias de la aplicación de la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión a estos mensajes y se defiende su «menor valor» constitucional.

Palabras clave: libertad de expresión, derecho a la tutela judicial efectiva, publicidad procesal, «info-entretenimiento» judicial.

I. Introducción

En ningún Estado de Derecho las relaciones entre la administración de justicia y la opinión pública han estado exentas de problemas¹: aquella debe supeditar su actuación a la exigencia de juicios justos mientras que esta se nutre de las libres expresiones de los ciudadanos. Su complicada convivencia viene planteando problemas prácticamente desde la aparición de la prensa libre y las primeras sociedades democráticas, y puede explicarse como una consecuencia de la interacción entre dos subsistemas, el legal y el mediático, cada uno con sus propias reglas y principios, pero ambos imprescindibles para el correcto desenvolvimiento de la democracia². Esta situación ha sufrido una transformación radical con la irrupción de las redes sociales, que suponen la implantación de un escenario nuevo en el que ahora se desenvuelven los mismos viejos problemas.

Aunque la necesidad de garantizar tanto la tutela judicial efectiva como la libertad de expresión dota a todos los Estados democráticos de unos principios comunes, lo cierto es que cada uno de ellos aborda la complicada regulación de las relaciones entre ambos derechos fundamentales con arreglo a normas que, en ocasiones, pueden diferenciarse de manera significativa. Basta pensar, por una parte, en los países que proyectan sus regulaciones sobre los medios de comunicación (la práctica más generalizada en Europa) y, por otra, en los que se centran en aprobar reglas que vinculan solo a los sujetos que están directamente implicados en los procesos judiciales, como partes o como titulares o coadyuvantes en el ejercicio de la función jurisdiccional (como se hace en los Estados Unidos).

En esta ponencia, revisaremos un aspecto de la presencia de esos «viejos problemas» en nuestro país, centrándonos en la incidencia en la recta administración de justicia de lo que se ha dado en llamar el «infoentretenimiento» judicial. En el primer epígrafe describiremos sus contornos; en el segundo, ensayaremos una aproximación crítica a los fundamentos de la doctrina constitucional que más directamente dificulta,

¹ Texto de la ponencia pronunciada en las *XIX Jornadas de Derecho Penal en homenaje a José María Lidón*, dedicadas a «Privacidad y redes sociales», organizadas por el Consejo General del Poder Judicial, el Gobierno Vasco y la Universidad de Deusto y celebradas en Bilbao el 7 y 8 de noviembre de 2024. Agradezco a la profesora Demelsa Benito Sánchez su amable invitación para participar en las jornadas.

² Esas relaciones se han descrito como «a general problem of dialogic interaction between different systems of communication —the law and the media— with which every open society has to deal». Ver NOBLES, R. y SCHIFF, D. «A Story of Miscarriage: Law in the Media», *Journal of Law and Society*, núm.31, 2004, p. 222.

cuando no impide, ponerle límites: la extensión a sus manifestaciones de la posición preferente de la libertad de expresión en asuntos *sub iudice*³; finalmente, en el tercer epígrafe, ensayaremos una propuesta para, desde esos presupuestos críticos, concluir que las expresiones del «info-entretenimiento» judicial, por su escaso valor desde el punto de vista constitucional, podrían ser objeto de restricciones basadas en su nula contribución a la formación de una opinión pública libre⁴.

II. El «info-entretenimiento» judicial

1. Opinión pública y administración de justicia

Nuestras contemporáneas «democracias demoscópicas»⁵ ya no se sustentan sólo, ni principalmente, en una deliberación colectiva en la que la voluntad mayoritaria de la sociedad civil emerge tras la confrontación de ideas que llevan a cabo sus representantes en la arena del debate público. En ellas se ha instalado también, por el contrario, cierta tiranía de la opinión pública, que surge por las reacciones de mayorías ocasionales expresadas de forma bruta (es decir, sin la elaboración que es fruto del diálogo y la controversia) en torno a acontecimientos mediáticos instantáneos. Asistimos, así, a un modo mucho más primario de manifestación del principio de mayoría, sin ningún tipo de intermediación (salvo la que protagonizan los propios medios de comunicación o las redes sociales), en claro contraste con los supuestos teóricos en los que se basa la democracia representativa.

Es precisamente en asuntos *sub iudice* donde las notas características de esa opinión pública (unidireccionalidad, no interactividad, carácter plebiscitario)⁶, la hacen más fácilmente manipulable. Es pues le-

³ Empleamos aquí la expresión *sub iudice* en un sentido amplio, es decir, para referirnos no sólo a los asuntos que se encuentran pendientes de investigación o enjuiciamiento por los tribunales de justicia, sino también aquellos que se encuentran en una fase anterior, sometidos a investigación por la policía o la fiscalía, aunque aún no hayan sido judicializados.

⁴ Me he ocupado anteriormente de estas cuestiones *in extenso* en RODRÍGUEZ Á., *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, de donde se extraen las consideraciones que se hacen en esta ponencia.

⁵ El término procede de MINC, A. *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Temas de Hoy, Madrid, 1995, p. 25.

⁶ Tal como las enumera LATORRE LATORRE, V. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Madrid, Civitas, 2002, p. 25.

gítimo preguntarse en qué esta deriva puede afectar a los derechos de los procesados o condicionar las decisiones de los jueces que instruyen o enjuician casos de trascendencia mediática.

Tanto el respeto a la libre decisión del juez como la garantía de los derechos de los afectados por el proceso judicial (particularmente, el respeto a los derechos del justiciable), exigen como condición imprescindible que el devenir del proceso no se someta al dictado de la opinión pública, y para ello que, en palabras del TEDH en *Sunday Times*, los medios de comunicación no sobrepasen «los límites impuestos por los fines de una buena administración de justicia»⁷. Pero la existencia de estos límites, es decir, de una esfera de actuación del poder judicial que no se encuentre expuesta por completo al control mediático y que se rija por el contrario por el principio de discreción, cuando no el de secreto, es difícilmente aceptable en nuestras democracias actuales, cuyo principio básico se orienta, por el contrario, hacia la permeabilidad por la opinión pública de todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos.

El argumento en el que se basa esta tendencia es que a más transparencia, más democracia, pues sólo la absoluta transparencia en la actuación de las instituciones proporcionaría a la opinión pública, es decir, al pueblo como sujeto de la soberanía, la información que necesita para tomar sus decisiones. En una sociedad así, es difícil que persistan parcelas de actuación de cualquier poder público, incluido el Poder Judicial, que puedan pretender quedar guarecidas de la mirada del público.

Pero, cuando a la proscripción absoluta del principio de discreción o de secreto en cualquier esfera de actuación de los poderes públicos se le une la crisis de la institución parlamentaria, el control de la actividad del Estado se acaba confiando más a los medios, y ahora a las redes sociales, que al parlamento. Es entonces cuando puede originarse una transparencia «deslumbrante», por su carácter cegador, que «no es precisamente una garantía de control, sino muy frecuentemente lo contrario, una vía para la manipulación»⁸.

La relación directa entre transparencia y democracia no es entonces tan lineal como pudiera parecer a primera vista. La inmensa cantidad de mensajes que brotan en la «sociedad de la transparencia»⁹ se caracteriza por dos notas que, paradójicamente, reducen, no amplían, la

⁷ STEDH *Sunday Times* contra el Reino Unido, de 26 de abril de 1979, §66.

⁸ DE LUCAS, J. «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1990, p. 138.

⁹ HAN, B.C. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona 2013.

calidad de la información que se pone a disposición de la opinión pública: la sobreexposición y la aceleración. La primera, conduce a un tipo de «hipercomunicación anestésica» que, más que hacer posible desentrañar el verdadero sentido de las cosas, se limita a una simplificada exposición pública de las mismas, en la que el primer precio que se paga por volver transparente toda la realidad es reducir drásticamente su complejidad. La segunda, imprime una celeridad instantánea al proceso de comunicación, de modo que lo que se traslada a la opinión pública es sólo una rápida adición de hechos, pero no una ordenada narración de éstos que los dote de sentido, pues el segundo precio que hay que pagar por volver todo absolutamente transparente es despojar a la realidad de las notas, esenciales a toda narrativa, de tiempo y ritmo, que caracterizan a todos los procesos sociales pero que tienden a desaparecer del discurso acelerado de la transparencia.

En las sociedades transparentes los asuntos *sub iudice* son potencialmente objeto de un proceso de simplificación ajeno a la riqueza en matices propia del derecho y sometidos a un hiperacelerado *tempo* mediático igualmente ajeno al, por su propia esencia, mucho más pausado devenir del *tempo* judicial.

A pesar de todo ello, es evidente que el control de la actividad judicial por parte de la opinión pública es una de las reglas básicas a las que debe someterse el funcionamiento de la justicia. Pero el papel, esencial, que los medios ejercen en el control de los poderes públicos no puede dejar de ponerse en relación con los efectos que proyecta sobre los procesos judiciales la evolución contemporánea hacia lo que se ha llegado a definir como una «civilización del espectáculo»¹⁰.

En la civilización del espectáculo, los objetivos tradicionales de los medios de comunicación, entre ellos su papel esencial como «perros guardianes» de la democracia, se irían sutilmente deformando debido a la voluntad de entretener más que informar. Este escenario, que describe en buena medida la crisis actual del periodismo, ha comenzado incluso a cancelar las diferencias entre unos tipos de medios y otros, pues en todos ellos se puede apreciar, en mayor o menor medida, la tendencia a la «tabloidización».

La aparición de las nuevas tecnologías y las redes sociales han confirmado la tendencia a la banalización informativa, al tiempo que la ha

¹⁰ Definida del siguiente modo por VARGAS LLOSA «¿Qué quiere decir civilización del espectáculo? La de un mundo donde el primer lugar en la tabla de valores vigente lo ocupa el entretenimiento, y donde divertirse, escapar del aburrimiento, es la pasión universal», VARGAS LLOSA, M. *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012, p. 34.

extendido a todos los tipos de canales, pues Internet ha hecho posible la convergencia de características que hasta ahora eran privativas de medios específicos: la prensa escrita, la radio y la televisión tienen mucho más en común ahora que todas ellas son accesibles en línea. Hoy en día, ese riesgo se ha multiplicado exponencialmente a causa de Internet. En las redes sociales, todo lo que circula se cataloga de la misma manera: «información, desinformación, verdadero, falso, todo es uno y lo mismo»¹¹.

Internet se ha convertido, así, en una enorme «cámara de resonancia a medida», en la que cada cual puede creer como cierto el rumor que mejor le permita afianzarse en sus propios prejuicios, pues siempre le será posible encontrar las confirmaciones adecuadas para sus rumores preferidos. Se crean así «burbujas de información», donde las diversas «comunidades de creyentes» se surten a su gusto para creer en lo que más desean: cada uno puede elegir confiar o no en rumores determinados en función de lo que pensaba antes de oírlos¹². La percepción de simples rumores como una realidad cierta es, pues, fruto de una «asimilación tendenciosa»: de manera inconsciente, se tiende a considerar como cierto lo que reduce la disonancia cognitiva entre la realidad y las creencias más profundas de cada cual.

El proceso de difusión de rumores gracias a Internet suele comenzar por una «cascada de información», en la que un número progresivamente mayor de gente termina por creer en el rumor inicialmente difundido por un reducido grupo. Y se confirma, incluso exacerbándose, gracias a la interactividad que permiten las redes sociales, por su favorecimiento de la discusión en grupos formados por personas que en realidad piensan de la misma manera, pues «la deliberación entre personas con pensamientos afines a menudo consolida los rumores falsos»¹³.

2. *Redes sociales y asuntos sub iudice*

Los asuntos que se encuentran *sub iudice* no han sido una excepción. El tratamiento dado a las noticias generadas por la acción de la policía o los tribunales de justicia entra de lleno en esta corriente del

¹¹ SARTORI, G. *Homo Videns*, Taurus, Madrid, 2003, p. 100.

¹² SUNSTEIN, C. *Rumorología*, Debate, Madrid, 2011.

¹³ SUNSTEIN, C. *op. cit.* p. 25.

«info-entretenimiento»¹⁴. Los diversos tipos de discursos que genera este tipo de información tienen, frecuentemente, una serie de elementos comunes: los asuntos penales se presentan como un relato por entregas, novelizado, manteniendo así la atención y la tensión del público, que interioriza fácilmente el hecho criminal objeto de la noticia como algo que puede formar parte de su propia vida cotidiana y se identifica como posible víctima futura de hechos similares.

Los mensajes en las redes en los que en el tratamiento de los asuntos *sub iudice* se mezcla información y entretenimiento se caracterizan también por una serie de estereotipaciones al uso: el protagonismo absoluto de las víctimas, que monopolizan la descripción de los hechos; la construcción periodística de la imagen del sospechoso tomando como base su peligrosidad social; la consideración exclusiva de la finalidad retributiva de la pena; y la concepción del sistema de garantías jurídicas que regulan la lucha contra el delito como un lastre para su eficacia. Se renuncia de entrada al objetivo de difundir información veraz o contrastada y no se duda en emplear para ese fin fórmulas como la desconfianza predeterminada hacia la investigación sumarial, el uso de supuestos testimonios de víctimas y familiares, de acusados en libertad provisional, testigos, etc. En definitiva, la información sobre los hechos criminales que acaba apareciendo en este tipo de medios se reduce a una simplificada historia de buenos y malos, donde estos papeles antagónicos se encuentran perfectamente repartidos entre las víctimas, por un lado, y los sospechosos de haber cometido el delito, por otro.

Internet, las nuevas tecnologías y las redes sociales han tenido un papel específico en el campo de la información relacionada con asuntos *sub iudice*. A principios del presente siglo, la aparición en Estados Unidos de redes de medios de comunicación no institucionalizados dedicados a la información judicial fue saludada por algunos como una ocasión para poner a disposición de los afectados por procesos mediáticos nuevas herramientas mediante las cuales, gracias al poder de Internet, podrían contrarrestar las campañas de prensa desfavorables¹⁵. Además, se quiso ver en los mismos un cauce para superar la deriva hacia el entretenimiento, la frivolidad y el antagonismo (la narración

¹⁴ Ver BAUCELLS, J. y PERES-NETO, L. «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», en GARCÍA ARÁN, M. y otros, *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 109-152.

¹⁵ Ver BRADLEY, K. W. «Introduction: The Court of Public Opinion. The practice and ethics of trying cases in the media», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. I-VIII.

simplistamente maniquea de los procesos penales) que caracterizaban los programas televisivos de los *mainstream media* que cubrían la actividad judicial¹⁶.

Es cierto que los nuevos medios de comunicación social presentaban una serie de características que, en principio, les dotaban de una estructura más idónea que la de los medios tradicionales para abordar los asuntos penales con la riqueza de matices que exige un tratamiento periodístico solvente. Si la tendencia de la información judicial en los medios institucionalizados se caracterizaría por la exacerbación del antagonismo entre sus protagonistas y la construcción de un relato simplista y maniqueo, en los nuevos medios, gracias a la generalización de los blogs especializados, a la desaparición de las limitaciones de formato presentes en los tradicionales (de espacio en la prensa escrita y de tiempo en la televisión), a la implicación en los mismos de abogados y otros profesionales, a la construcción colaborativa de los reportajes, etc., pudieron verse (al menos en los Estados Unidos) sitios de Internet dedicados a la actualidad judicial que se encontraban claramente menos condicionados por factores comerciales y menos orientados al entretenimiento que los medios institucionalizados del sector¹⁷.

Sin embargo, muy pronto, los males que aquejaban a buena parte del periodismo judicial institucionalizado hicieron mella en los nuevos *citizen-journalists*¹⁸. Precisamente por la popularidad y el éxito que acompañaron a su rápida consolidación, se generalizó también en ellos la búsqueda de la maximización del beneficio comercial, o al menos del índice de popularidad dentro de la red y, como mágica receta para conseguirlo, el énfasis en los aspectos más espectaculares de las noticias. Además de acusar de un modo muy semejante a los medios institucionalizados el *shift to entertainment*, la generalización del uso de redes sociales, con menos vocación para el análisis en profundidad que los primeros blogs, inundó Internet de comentarios abusivos, insultantes o anónimos.

Por otra parte, la virtualidad de Internet para contrarrestar, con las mismas armas que sus propagadores, la difusión de falsos rumores so-

¹⁶ En este sentido, JOHNSON, K.C. «The Duke Lacrosse Case and the Blogosphere», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.155-170.

¹⁷ En este sentido, WHEELER, M. «How noninstitutionalized media change the relationship between the public and media coverage of trials», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.135-155.

¹⁸ HENGSTLER, G. A. «Sheppard versus Maxwell revisited — Do the traditional rules work for non traditional media?», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. 171-180.

bre presuntos culpables de hechos criminales comenzó a ponerse seriamente en duda por la práctica. Ésta ha permitido cuestionar que la difusión por las redes sociales de información objetiva y cierta pueda conseguir contrarrestar las falsedades o rumores previamente difundidos a su través. Por el contrario, mientras más se corrige en Internet una información falsa, más puede afianzarse la creencia en su veracidad, pues la corrección proviene siempre de alguien que, precisamente por tratar de desacreditar una información que una determinada «comunidad de creyentes» ya considera cierta, genera en la audiencia a quien pretende dirigirse tal desconfianza que retroalimenta el error. Es el fenómeno que se ha descrito como las «correcciones contraproducentes»¹⁹.

III. Una aproximación crítica a la doctrina constitucional sobre la libertad de expresión en relación con la administración de justicia

1. *La posición preferente de la libertad de expresión sobre asuntos sub iudice*

Al igual que ocurre en el derecho comparado, también en nuestro país el régimen jurídico de la información y las opiniones sobre asuntos que se encuentran de un modo u otro *sub iudice* se ha construido partiendo de la idea de que el ejercicio de la libertad de expresión sobre estas cuestiones encierra, por su interés general, una trascendencia pública que la hace merecedora, en principio, de una protección preferente.

El principio de que existe, por definición, un interés público detrás de la información o las opiniones sobre asuntos sometidos a la acción de la policía o los jueces arranca en nuestra jurisprudencia constitucional en el año 1982, en la sentencia que anuló la expulsión de los representantes de un periódico de la Sala del Consejo Supremo de Justicia Militar donde

¹⁹ Definida del siguiente modo por Carl SUNSTEIN: «Si circula un rumor falso, puede que los intentos de corregirlo no ayuden; tal vez sean inútiles e incluso pueden ser perjudiciales. Una vez que una cascada ha difundido información falsa o la polarización de grupos ha consolidado una creencia falsa, a quienes dicen la verdad con el propósito de disipar el rumor puede que el tiro les salga por la culata. Es verdad que la idea de un «mercado de las ideas» no está completamente desvirtuada, pero debe tenerse en cuenta que este mercado de ideas particular a veces funciona mal», SUNSTEIN, C. *op. cit.*, p. 77.

se estaba juzgando a los acusados de haber participado en el golpe de Estado del 23 de febrero del año anterior. Esta fue la primera ocasión en la que el TC estableció que la asistencia de los medios de comunicación a los juicios, lejos de ser «un privilegio gracioso y discrecional», se justificaba por «un derecho preferente» a difundir las noticias sobre los mismos²⁰. Tres años después el TC extendió este argumento a las diligencias de investigación, anulando la prohibición por un juez de instrucción de difundir las fotografías de un incendio que estaba siendo investigado en su juzgado y estableciendo que el secreto sumarial se predicaba de las diligencias que constituyen el sumario, pero no significaba que determinados elementos de la realidad fueran «arrebataados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales»²¹. Unos años más tarde, en fin, ya en 1988, el TC otorgó por primera vez ese mismo trato preferente a un mensaje sobre la administración de justicia con contenido predominantemente axiológico o valorativo, aplicándolo a una opinión crítica con la judicatura, amparando a un objetor de conciencia al servicio militar que había proclamado que a los jueces «nada, absolutamente nada, puede obligarles a hacer justicia»²².

Desde estas sentencias de su época fundacional, la idea de que el régimen constitucional de las noticias y las opiniones sobre asuntos relacionados con la administración de justicia es el propio de los mensajes con relevancia pública (y las consecuentes limitaciones que encuentran los intentos de restringirlas o de sancionar su difusión) no ha hecho sino confirmarse en nuestra jurisprudencia constitucional, que ha reiterado en numerosas ocasiones que a las noticias sobre temas judiciales, sobre todo las que tratan sobre asuntos penales, deben suponerse, en principio, la trascendencia pública que justifica la posición preferente de la libertad de expresión²³.

²⁰ STC 30/1982, de 1 de junio, F.J. 4.º.

²¹ STC 13/1985, de 31 de enero, F.J. 3.º.

²² STC 107/1988, de 8 de junio, F.J. 2.º.

²³ Pueden traerse a colación, a este respecto, las sentencias constitucionales citadas por MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp.134-42, entre ellas las SSTC 219/1992, F.J. 4.º; 178/1993, F.J. 4.º; 138/1996, F.J. 4.º; 154/1999, F.J. 4.º; enfatizando los casos que tienen un fuerte impacto en opinión pública, la STC 52/2002, F.J. 8.º; y, en concreto, sobre la relevancia pública de la actividad jurisdiccional en materia penal, SSTC 232/1993, F.J. 4.º y 121/2002, F.J. 4.º. En relación con la extensión aplicación de noticiabilidad a las diligencias policiales, ver las SSTC 178/1993, 232/1993, 52/2002 y 121/2002, citadas, en este sentido, en ORENES RUIZ, J. C. *Libertad de expresión y proceso penal. Los límites*, Thomsom-Aranzadi, Navarra, 2008.

La doctrina del TC al respecto encuentra su fundamento genérico en la tesis de la garantía institucional de la opinión pública libre que reside en el art. 20 CE, a la que se suman, para estas cuestiones en concreto, las específicas previsiones de la CE sobre la publicidad de las actuaciones judiciales. Estas previsiones, a su vez, se vierten en dos disposiciones constitucionales distintas, el art. 120.1 CE y el art. 24.2 CE. La primera de ellas ordena que «Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las Leyes de procedimiento». La segunda, consagra como una de las garantías asociadas a la tutela judicial efectiva el derecho fundamental «a un proceso público».

Aunque no sea lo mismo establecer la publicidad de las actuaciones judiciales que garantizar que puedan expresarse libremente los que opinan o informan sobre ellas, todas las disposiciones constitucionales mencionadas pueden traerse a colación, mediata o inmediatamente, como fundamento de la libertad de expresión en asuntos relacionados con la administración de justicia. Debe repararse, sin embargo, en que obedecen, en cada caso, a lógicas distintas. En un primer momento, podemos agrupar, a estos efectos, al art. 20 CE, por un lado y a los arts. 120.1 CE y 24.2 CE, por otro; después, en una disección posterior, podremos también encontrar ulteriores diferencias entre la publicidad procesal a la que se refieren, cada uno de un modo distinto, estos dos últimos.

2. La tensión entre tres disposiciones constitucionales con distinta finalidad

La libertad de expresión que encuentra su fundamento en el art. 20 CE es, ante todo, un derecho fundamental de las personas, es decir, tiene, esencialmente, una naturaleza de derecho subjetivo. Por el contrario, la publicidad de las actuaciones judiciales se establece por el art. 120.1 CE como una característica objetiva del funcionamiento de la administración de justicia, ordenando que las actuaciones judiciales «serán públicas». No se trata, pues, de un derecho que pueda ejercerse o no en función de la voluntad de los intervinientes en un determinado procedimiento judicial, sino de un elemento necesario en su desarrollo²⁴.

²⁴ En este sentido, ARAGÓN REYES, M. «Independencia Judicial y Libertad de Expresión» en *Derecho Privado y Constitución* núm. 10, 1996, pp. 259-268. Según sus palabras, «la publicidad de las actuaciones judiciales no debe confundirse con la libertad de expresión respecto de las mismas, puesto que ambas son categorías jurídicas distintas: la publicidad tiene un carácter objetivo, opera cuando el ordenamiento la establece y en la forma que éste determina, se configura, pues, como una estructura institucional, mientras, por el contrario, la libertad de expresión respecto de las actuaciones judiciales tiene un carácter subjetivo, sólo se produce cuando su titular quiere ejercerla, se configura, pues, como un derecho», p. 261.

Cierto que la consagración, además, del *derecho* a un juicio público en el art. 24.2 CE le añade a la publicidad procesal un elemento subjetivo, pero éste juega, también, un papel distinto del derecho genérico a la libertad de expresión del art. 20 CE: el derecho a un juicio público no pretende garantizar la libertad de expresión de los que intervienen en el mismo o de los que quieren opinar o informar sobre él, sino el derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable.

En ese sentido, las dos menciones que contiene la Constitución sobre la publicidad de las actuaciones judiciales, la del art. 120.1 CE y la del art. 24.2 CE, aun teniendo en cada caso una naturaleza distinta, comparten un origen y, en buena medida una justificación, común: desterrar de la administración de justicia el secreto como regla general que guíe su funcionamiento. Ambas disposiciones constitucionales (pero no el art. 20 CE) son, pues, expresión de la lucha revolucionaria por terminar en (casi)²⁵ todas las actuaciones judiciales con el secreto que imperaba en ellas en el antiguo régimen, una lucha que, como se sabe, jugó un papel esencial en la implantación de la concepción liberal del proceso penal. Son tributarias, en suma, de las máximas ilustradas de que nada habría que temer del peor de los jueces con tal de que estuviera siempre obligado a tomar sus decisiones en público (Mirabeau)²⁶, o de que en la administración de justicia el secreto es «el más fuerte escudo de la tiranía» (Beccaria)²⁷.

Dicho de otro modo, en palabras ahora del Tribunal Constitucional, la CE perseguiría, con la garantía de la publicidad procesal, «proteger a las partes de una justicia sustraída al control público»²⁸, con la finalidad

²⁵ En «casi» todas las actuaciones, pues, ciertamente, el principio de publicidad, tal como se concibe en el derecho procesal liberal, no está presente en todo el proceso, ni mucho menos en todas las actividades mediante las que el Estado reprime las conductas delictivas.

²⁶ En uno de sus discursos ante la Asamblea Nacional francesa: «Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrupto, incluso mi enemigo si queréis; no me importa, siempre que él no pueda actuar más que ante la cara del público». De esta cita, de la que no suelen darse mayores precisiones, se ha hecho eco la doctrina en numerosas ocasiones, por ejemplo en FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, p. 617.

²⁷ «¿Quién puede defenderse de la calumnia, cuando ésta está armada con el más fuerte escudo de la tiranía, el secreto?» (...) «sean públicos los jueces y las pruebas del delito, para que la opinión, que es quizá el único fundamento de la sociedad, imponga un freno a la fuerza y a las pasiones», en BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, 1764, capítulos IX y XIV, respectivamente. Se cita por la edición y traducción de F. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1982, pp. 85 y 91.

²⁸ STC 96/1987, de 10 de junio, F.J. 2.º.

de «asegurar el derecho de las partes a que el Tribunal decida la causa sin estar sometido a influencias ajenas a la misma»²⁹.

Ahora bien, la distinta finalidad a la que están orientados los arts. 120.1 CE y 24.2 CE, por un lado, y el art. 20 CE, por otro, no está ayuna de consecuencias. El elemento predominantemente objetivo de aquéllos implica que la publicidad a la que se refieren esté siempre al servicio de los bienes jurídicos que protegen, la tutela judicial efectiva y la recta administración de justicia. Por la misma razón —la posibilidad de supeditar al derecho efectivo a la tutela judicial—, el derecho a expresarse en el seno del proceso por las partes que en el mismo intervienen encuentra, por lo general, un mejor acomodo en los arts. 120.1 CE y 24.2 CE que en el art. 20 CE. El ordenamiento les otorga el derecho a tomar la palabra en el curso de las actuaciones, pero no lo hace en aras de garantizar una opinión pública libre, sino en aras de garantizar una constitucionalmente correcta administración de justicia. En función de la misma, determinadas expresiones pueden encontrarse especialmente protegidas, como el derecho a la última palabra, el derecho a no declarar contra sí mismo o el derecho a la contradicción de cualesquiera testimonios que se presten, pero no porque su restricción vulnere la libertad de expresión del que se le impide intervenir de ese modo en el proceso, sino porque su ignorancia puede deparar la vulneración de sus derechos de defensa. En otras ocasiones, por el contrario, como cuando se somete a reglas o incluso se deniega a alguna de las partes la posibilidad de intervenir en un determinado momento en el debate procesal, o se reconviene por el uso de la palabra, o se hacen derivar de lo dicho determinadas consecuencias procesales, esos mismos bienes jurídicos a los que se supeditan permiten limitar expresiones que fuera del proceso no podrían estar sometidas a restricciones o sanciones de esa naturaleza.

En el proceso, en suma, el uso de la palabra y la libertad de expresión de las partes se encuentran ordenados y supeditados al más alto

²⁹ STC 96/1987, de 10 de junio, F.J. 3.º. Visto de este modo, lo que realmente importa en el principio de publicidad «no es tanto la presencia hipotética de un público fantasma, sino la ausencia de secreto, de clandestinidad, que no haría más que arrojar dudas sobre la labor de la justicia y sobre la imparcialidad del juez», GUTIÉRREZ-ALVIZ, F. y MORENO CATENA, V. «Artículo 120. Actuaciones Judiciales», en ALZAGA VILLAA-MIL, O. *Comentarios a las Leyes Políticas*, Edersa, Madrid, vol. IV, 1998, pp. 391-411. Desde este punto de vista, la publicidad «externa» de las actuaciones procesales, es decir, la que exige su conocimiento por parte del público, no tiene una justificación sustancialmente diferente de la publicidad «interna» o para las partes, pues ambas, aun teniendo un régimen jurídico distinto, tienen como finalidad última asegurar la tutela judicial efectiva y los derechos de defensa del justiciable.

fin de la tutela judicial efectiva. Si el ideal del proceso liberal aspiraba a dotarlo de una naturaleza deliberativa (tomando como modelo la institución parlamentaria³⁰), no podía dejar de regular (y, en ocasiones, restringir), en aras de esa finalidad (como ocurre, en aras de la suya propia, en el propio Parlamento), los derechos de palabra de los intervinientes en el mismo.

En definitiva, la libertad de expresión procesal es, por su propia naturaleza, constitucionalmente distinta de la que se ejerce fuera del proceso: al igual que la garantía de la opinión pública libre otorga a determinadas modalidades de la libertad de expresión una posición preferente y a otras no, la garantía de la tutela judicial efectiva hace lo mismo con las expresiones de las partes que intervienen en un proceso judicial: permite otorgar una especial protección a algunas, pero obliga también a restringir especialmente, aplicándole límites específicos, otras.

Pero, como se avanzó, no sólo su desigual fundamento constitucional permite distinguir entre el diferente cobijo (el art. 20 CE, por un lado, y los arts. 120.1 CE y 24.2 CE, por otro) que la Constitución puede dar a las expresiones según si se generan o no en el seno del proceso o por las partes que en el mismo intervienen. También es posible encontrar diferencias significativas entre estas dos últimas disposiciones constitucionales, las que específicamente afectan a la libertad de expresión en el seno del proceso.

Con independencia de que el alcance temporal es distinto en cada caso, pues el mandato de publicidad del art. 120.1. CE abarcaría, en principio (pues ya sabemos que contempla la posibilidad de excepciones), a todas las actuaciones judiciales, mientras que el derecho del art. 24.2 CE se proyectaría, también en principio, sólo sobre el juicio oral³¹, la distinción que interesa ahora traer a colación se basa en el hecho, ya señalado, de que mientras que el art. 24.2 CE consagra la publicidad procesal como un derecho subjetivo del justiciable a que su juicio sea público, el art. 120.1 CE la establece como un elemento estructural, objetivo, de las actuaciones judiciales.

³⁰ Ver, al respecto, TENORIO SÁNCHEZ, P. «Proceso penal y doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 387-406. Entre nuestros procesalistas clásicos, ver ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 2-3, 1968, pp. 559-600. Publicado también en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, tomo II, UNAM, México, 1974, pp. 245-289.

³¹ STC 176/1988, de 4 de octubre, F.J. 2.º.

De manera que la Constitución consagra, específicamente, un doble fundamento para la propia publicidad procesal³². Pero el fundamento constitucional de la publicidad procesal no sólo es doble, sino que esa duplicidad puede originar, además, tensiones entre disposiciones que, por su distinta lógica, inevitablemente entrarán en ocasiones en conflicto: mientras que el art. 24.2 CE establece un derecho encaminado a satisfacer el interés individual del justiciable, considerando para ello que la publicidad de su procesamiento constituye una garantía de que éste se llevará a cabo con justicia, el art. 120.1 CE se encuentra orientado a la satisfacción de un interés distinto, colectivo, el de la actuación pública, abierta al pueblo, del propio poder judicial.

Estos distintos intereses podrán entrar en conflicto en los casos en los que la exigencia de publicidad procesal, lejos de contribuir al interés del justiciable, implique una exposición mediática del mismo que pueda llegar a perjudicarlo, pues lo cierto es que «la publicidad del proceso no siempre deja a sus titulares en una posición ventajosa»³³. El mismo conflicto de intereses se pone de manifiesto, por ejemplo, en el hecho de que la renuncia al derecho, ex art. 24.2 CE, a un proceso público, pueda limitarse por el cumplimiento de la exigencia objetiva de publicidad ex art 120.1 CE. Y viceversa: las excepciones que el ordenamiento contempla al principio de publicidad de las actuaciones judiciales (en casos, por ejemplo, de encausamiento a menores, o para proteger a algunos testigos o a las víctimas de determinados delitos), pueden aplicarse en contra de la voluntad del justiciable, pues prevalecen incluso si éste pretende ejercer su derecho a un proceso público.

3. *La «mutación funcional» del principio de publicidad procesal*

De manera que el principio de publicidad procesal cumple tres tipos de mandatos constitucionales distintos: por una parte, el que obliga a respetar el derecho del justiciable a que no se le administre una justicia secreta (art. 24.2 CE); por otra, el que ordena que las ac-

³² Sobre el doble fundamento constitucional de la publicidad procesal, 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 de Madrid*, núm. 67, 1983, pp. 107-126.

³³ MORENO CATENA, V. «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal», en MORENO CATENA, V. (ed.) *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 290.

tuaciones judiciales serán públicas (art. 120.1 CE); y, por otra el que consagra la libertad de expresión sobre un asunto de tanta trascendencia para el interés general como la administración de justicia (art. 20 CE). Pero estos mandatos constitucionales satisfacen intereses que pueden encontrarse enfrentados³⁴: el del Estado en administrar correctamente justicia, el del justiciable en su propia reputación y el de la opinión pública en estar libremente informada³⁵.

Es por esa razón por lo que de los diferentes preceptos constitucionales en los que se basa el principio de publicidad procesal no pueden extraerse siempre reglas que vayan todas ellas en la misma dirección, ya que protegen un buen número³⁶ de intereses y bienes jurídicos muy distintos, cuando no contrapuestos. Que todos ellos puedan legítimamente pretender encontrar amparo en la propia norma constitucional es, precisamente, lo que obliga a buscar un punto de equilibrio entre los mismos.

Ahora bien, el punto de partida para alcanzar el equilibrio no debe ser el que considera, como frecuentemente se esgrime³⁷, que sólo un ejercicio extralimitado o desviado de la libertad de expresión puede poner en riesgo la tutela judicial efectiva o la recta administración de justicia. Desde ese punto de vista, sólo frente a esos casos extraordinarios habría que poner límites, también con carácter extraordinario, al principio de publicidad procesal del art. 120.1 CE, permitir la renuncia por parte del justiciable al derecho al proceso público del art. 24.2 CE o restringir el ejercicio de la libertad de expresión del art. 20 CE cuando tratara de asuntos *sub iudice*.

Por el contrario, es preciso partir de un presupuesto completamente opuesto: que los distintos fundamentos que la Constitución proporciona para la observancia del principio de publicidad procesal entran en conflicto entre sí en condiciones de normalidad, no sólo en

³⁴ De intereses «frente a frente», habla MORENO CATENA, *op. cit.*, pág. 281.

³⁵ LÓPEZ ORTEGA, *op. cit.*, pág. 39.

³⁶ En BARRERO ORTEGA, A. *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, se enumeran hasta seis distintos: el honor del imputado o acusado, el honor e intimidad de los intervinientes en el proceso, la imparcialidad e independencia judicial, la confianza de los ciudadanos en la administración de justicia, el interés de la justicia en reprender los delitos y el valor superior del ordenamiento «justicia» consagrado constitucionalmente (pp. 27 y ss.).

³⁷ Así, entre muchos, NIEVES COLLI, S. «Los juicios paralelos, una causa evitable de desinformación» en CARRETERO GONZÁLEZ, C. (ed.) *El Derecho en los medios de comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 81-99, para la que los problemas que surgen en la relación entre la administración de justicia y la libertad de información derivan únicamente de la «mala praxis periodística» (p. 83).

circunstancias extraordinarias. Vale decir, que las posibles contradicciones entre los diferentes bienes jurídicos a cuyo servicio se encuentra, en cada caso, ese principio, no son ocasionales, sino estructurales, inherentes a la propia consagración constitucional, simultánea, de todos ellos.

No se trata con ello de defender que la publicidad procesal, y su correlato, la libertad de expresión sobre asuntos *sub iudice*, tengan por naturaleza unos efectos perversos sobre los derechos del justiciable que justifiquen, siempre, su restricción. Mantener esta postura implicaría desconocer los trascendentales beneficios, a los que se acaba de hacer referencia, que la publicidad procesal ha supuesto para la opinión pública libre, la tutela judicial efectiva y los propios derechos de defensa. Nuestra hipótesis es más matizada: sólo sostenemos que la tensión entre esos beneficios y los perjuicios que ese mismo fenómeno ocasiona sobre otros bienes jurídicos igualmente tutelables, es inevitable³⁸.

En definitiva, puede mantenerse que, en la sociedad actual, la publicidad de las actuaciones judiciales y el ejercicio de la libertad de expresión en asuntos *sub iudice* actúan ordinariamente, y no sólo en circunstancias extraordinarias, en detrimento de determinados derechos del justiciable (aunque ello no impida, como también se ha visto, que garanticen simultáneamente otros). Hay ahora que precisar que esa tensión estructural entre algunos derechos del justiciable y la publicidad procesal es la principal consecuencia del proceso de mutación funcional³⁹ que ha sufrido ésta última.

En efecto, el principio de publicidad procesal cumple, en las actuales sociedades mediáticas, no sólo la función que tradicionalmente le atribuía la teoría clásica del proceso liberal, es decir, proteger al justiciable de una justicia secreta, colocando a la opinión pública como un garante adicional de la correcta administración de justicia, mediante el control que aquélla, como «público instruido» (en palabras ya citadas de la STEDH *Sunday Times*⁴⁰) proyecta sobre las actuaciones de

³⁸ Más matizado aún parece ser el juicio de ARAGÓN, *op. cit.*, para el que «La libertad de expresión es beneficiosa para la independencia judicial, aunque puede ocasionarle riesgos. La regla general es, pues, la relación positiva y la excepción la relación negativa» (p. 262). En la tesis que aquí intentamos desarrollar, la segunda de esas afirmaciones (que no se comparte) no se sigue, necesariamente, de la primera (con la que se está sustancialmente de acuerdo).

³⁹ El término «mutación funcional», aplicado a los cambios actuales en las funciones de la publicidad procesal, en VARELA CASTRO, L. «Proceso penal y publicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, p. 37.

⁴⁰ STEDH *Sunday Times contra el Reino Unido*, de 26 de abril de 1979, § 66.

los jueces. Además de ello (incluso, en opinión de algunos, en lugar de ello⁴¹), la publicidad de las actuaciones judiciales ha sufrido una importante mutación, que le permite cumplir hoy en día al menos otras dos funciones adicionales: en primer lugar, hace posible que todas las partes del proceso diseñen, como parte de su propia estrategia de defensa, un determinado plan de comunicación y propaganda, con el que se pretende construir ante la opinión pública un relato favorable a sus pretensiones procesales⁴²; en segundo lugar, alimenta las necesidades de entretenimiento de una sociedad mediática en la que las actuaciones judiciales (el «*show* judicial») pasan a ser consideradas como un espectáculo.

Ambas realidades han contribuido a variar profundamente el papel que la publicidad procesal y su relación con la opinión pública cumple en la sociedad actual. No en balde se ha afirmado que la publicidad, uno de los grandes principios gracias a los cuales la Ilustración consiguió humanizar el proceso inquisitivo propio del antiguo régimen, ha pasado hoy en día a convertirse, debido al «impacto de los medios de comunicación de masas en el proceso» en uno de los fenómenos que más directamente puede amenazarlo⁴³. Se trata, en todo caso, de realidades que no pueden ignorarse a la hora de determinar cuándo —y cuándo no— la libertad de expresión sobre estos asuntos debería gozar de posición preferente.

En definitiva, el principio de publicidad procesal ya no puede considerarse por más tiempo sólo como una garantía del justiciable y un principio ordenador del funcionamiento de la justicia. En las sociedades actuales, cumple también otras funciones. Una de ellas, en la que nos centraremos a continuación, es alimentar el espectáculo de la justicia.

⁴¹ En este sentido, PEDRAZ PENALVA, E. «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», *Revista General de Derecho*, núm. 631 (abril), 1997, según el cual «la publicidad en su primitivo sentido liberal, ha perdido gran parte de su significado» (p. 3922).

⁴² Me he ocupado de este tipo de «defensa mediática» en *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, *op. cit.*, pp. 434 y ss.

⁴³ Según LÓPEZ ORTEGA, J. J. «La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia», *Revista Poder Judicial*, especial XVII, 1999, «la vinculación entre publicidad procesal y libertad de prensa resulta evidente. Sin embargo, no se debe menospreciar el impacto de los medios de comunicación de masas en el proceso, que probablemente representa hoy en día el más serio obstáculo para el inculpado» (p. 38). Más adelante, califica los cambios en el principio de publicidad como la «gran amenaza» para el entendimiento liberal del proceso (p. 53).

IV. El «info-entretenimiento» judicial como expresión de «menor valor» constitucional

1. *El show judicial*

Este cóctel de banalización de la información, búsqueda del entretenimiento aún a costa de difundir hechos no contrastados y eclosión de las nuevas tecnologías, acompañado del efecto deslumbrador de la excesiva transparencia, ha afectado drásticamente, en primer lugar, a la calidad, en términos globales, de la información que fluye en las redes sobre hechos delictivos. En segundo lugar, ha tenido también, con carácter individualizado, consecuencias para cada uno de los afectados por los grandes casos de trascendencia mediática.

Pero lo que a veces se ha denominado el *morbo* o el *show* judicial, y que aquí se está describiendo como el problema de la presencia mediática de la justicia en forma de espectáculo, tiene en buena medida una explicación más profunda, de carácter estructural, que enlaza con la idoneidad de los asuntos penales para generar la fascinación propia de la nueva «economía de la atención», el combate por suscitar siempre una mayor atracción del público que caracteriza en la sociedad actual, en unas dimensiones hasta ahora desconocidas, no sólo al mercado mediático, sino a nuestra cultura cotidiana⁴⁴.

Existen una serie de características estructurales de la información sobre el fenómeno delincencial que potencian objetivamente lo que podríamos llamar el efecto espectáculo, tanto del lado de sus emisores como de sus receptores: por parte del público, una fuerte fascinación por los aspectos más violentos o morbosos de esas noticias, sobre todo si están reforzadas por imágenes; por parte de los medios, la frecuente conformación del proceso informativo sobre el delito de un modo que retroalimenta esa tendencia, debido a la ausencia de información de calidad en los primeros y decisivos momentos en los que se difunden los hechos, y a la frecuente construcción de un relato sobre los mismos basado en exclusiva bien en la información proporcionada por los propios cuerpos de seguridad bien en impresiones de primera mano, sin contrastar, de testigos presenciales. Así, aunque la contextualización mediática del hecho criminal se perfeccione posteriormente con noticias más elaboradas, su inicial presentación distorsionada produce en el

⁴⁴ «El combate por la atención domina la cultura cotidiana en unas dimensiones hasta ahora desconocidas», INNERARITY, D. *La sociedad invisible*, 2004, Espasa, p. 32.

público un error cognitivo cuyo impacto emocional perdura luego en el tiempo⁴⁵.

Desde el mismo momento en que se hace pública la existencia de una investigación policial o judicial, se produce en la prensa, en la práctica, una imputación mediática de los señalados como sospechosos; y cuando, más tarde, tiene lugar, en su caso, la verdadera imputación judicial, ésta tiene ya en los medios los efectos propios de una condena. Así las cosas, no es infrecuente que la sentencia condenatoria, cuando llega, sólo confirme la pérdida de reputación que se ha sufrido desde mucho antes en la opinión pública, hasta el punto de que una eventual resolución absolutoria podrá llegar a ser vista por ésta como un inexplicable error judicial.

El adelantamiento mediático de los efectos de las resoluciones judiciales, incluso de aquellas que pueden no llegar a producirse, ha sido también conocido como la «pena de telediario», que hoy podría llamarse igualmente la pena de «Instagram» o de «X», el antiguo *twitter*. Su existencia ha resucitado las penas infamantes propias del antiguo régimen, cuya finalidad expresa era deshonar al delincuente y cuya gravedad podía incluso superar al castigo al que se le condenaba, pero con dos diferencias importantes: en primer lugar, la pena infamante tiene, ahora, carácter anticipado, pues los grandes perjuicios del tratamiento mediático se producen sobre todo antes o durante el proceso, no como resultado de éste. Y, en segundo lugar, se invierte completamente uno de los principios que, desde la Ilustración, disciplina el proceso penal: que si bien el proceso debe ser, en su mayor parte, público, el cumplimiento de la pena se debe realizar al cobijo de la curiosidad ajena. Se vuelve así a una situación más propia del proceso premoderno, en el que éste estaba regido por el secreto mientras que la pena, que tenía un importante componente de escarnio y retractación pública del reo, se ejecutaba en público⁴⁶.

Paradójicamente, la repercusión mediática del procesamiento, fruto de la publicidad judicial instaurada por los juristas ilustrados en beneficio del justiciable, se ha convertido en buena medida para éste en el nuevo sambenito (la prenda que los reos de la Inquisición estaban obligados a vestir en público como símbolo de su infamia), que sustituye al

⁴⁵ Ver al respecto BECERRA MUÑOZ, J. *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 94-101 y la bibliografía allí citada.

⁴⁶ Ver la descripción clásica de la evolución general de las prácticas penales y penitenciarias en los siglos XVIII-XX en FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar*, Siglo XXI, Madrid, 1976.

que la propia Ilustración consiguió erradicar. Un nuevo sambenito que, según algunos, no sólo puede equipararse con el propio del Antiguo Régimen, sino que supondría incluso un claro retroceso con respecto a éste⁴⁷.

En definitiva, cuando hablamos de publicidad de las actuaciones judiciales, no hablamos sólo de un principio básico en el normal despliegue de la administración de justicia. También hablamos de la incidencia que en ésta, y en los derechos de todos los afectados por su funcionamiento, tiene el tratamiento actual por los medios de comunicación, sobre todo aquéllos más orientados al espectáculo que a la información, de los asuntos que se encuentran *sub iudice*.

2. *Su menor valor constitucional*

Puede que la situación a la que nos ha llevado esa evolución del sistema mediático, «un perverso hijastro de la cultura de la libertad»⁴⁸, no pueda ser completamente remediable jurídicamente, pues es, al fin y al cabo, fruto de la libertad de expresión. Con todo, se echa en falta un conjunto sistemático de normas que, al menos, la sometan a algunas reglas. Por ahora, al entretenimiento que toma como materia prima asuntos que se encuentran *sub iudice* se le siguen aplicando, con muy ligeras variaciones, los mismos parámetros y criterios que nuestra jurisdicción constitucional ha construido, con carácter general, para el resto de los casos de ejercicio de libertad de expresión que versan sobre asuntos de interés público. Estos parámetros giran siempre en torno a la posición preferente que, en los términos ya estudiados en el epígrafe anterior ostenta en nuestro ordenamiento la libertad de expre-

⁴⁷ «el sistema punitivo público (...), al no acomodarse a las circunstancias de la sociedad de la información, no sólo no ha avanzado el derecho penal, sino que ha retrocedido en relación con el sistema punitivo utilizado por la Santa Inquisición (...): el auto de fe inquisitorial era una solemne y aparatosa representación teatral en la que los reos, con sambenitos, bozales, corazas y hábitos, eran sometidos a la vergüenza de que sus delitos-pecados fueran conocidos y valorados por todos los conciudadanos reunidos en una plaza pública. Esta representación final formaba parte de la pena. Se incluía en el sistema represivo. Era un elemento de la condena final y, para los reconciliados, el comienzo de su integración social. Las dimensiones de un auto de fe como representación son, por diminutas, incomparables con la representación que los medios de comunicación pueden organizar alrededor de un proceso», MUÑOZ MACHADO, S. «De los delitos y las penas: ayer y hoy», en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.) *Los grandes procesos de la historia de España*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 494-528.

⁴⁸ La expresión, en VARGAS LLOSA, M., *op. cit.*, p. 135.

sión cuando tiene por objeto un asunto de interés general, como es el funcionamiento de la administración de justicia.

Sin embargo, la importante lesión, de naturaleza estructural, que la repercusión mediática de hechos indiciariamente delictivos produce en los derechos de las personas encausadas y en la propia reputación del Poder Judicial proporciona un buen argumento para plantearse si la información y las opiniones sobre asuntos *sub iudice* debería gozar siempre y en todo caso de esa posición preferente.

Que la publicidad procesal haya dejado de ser sólo un principio que garantiza la correcta administración de justicia y se haya transformado también en presupuesto para tomar las acciones judiciales como fuente del entretenimiento popular, refuerza sin duda la tesis de que esos principios sobre la discreción y el secreto deberían encontrar en nuestro país un modo más satisfactorio que el actual para ser plenamente aplicables al tratamiento mediático de los asuntos *sub iudice*.

La idea que defendemos es que el info-entretenimiento judicial debe ser calificado como una expresión de menor valor, en la misma línea que las tesis del *low value speech* desarrollada por la doctrina y la jurisprudencia norteamericana crítica con las tesis del mercado de las ideas. La teoría del *low value speech* ha suscitado, desde sus primeras formulaciones, una polémica doctrinal importante, con detractores que la consideran inútil, confusa e inconsistente, y que la han llegado a calificar de «trampa argumentativa del todo infructuosa»⁴⁹. Sus defensores, sin embargo, la conciben como la única alternativa posible a la progresiva ampliación conceptual de lo que se entiende cubierto por la libertad de expresión⁵⁰.

La doctrina norteamericana ha encontrado fundamentos jurídicamente plausibles para formular una teoría contemporánea del *low value speech*. El principal de ellos podría ser que permite encontrar un punto intermedio entre los que abogan por dispensar siempre el mismo nivel de protección a todo tipo de mensajes y los que defienden, por el contrario, que algunos (como el caso de la pornografía o el de la publicidad) no deben merecer en ningún caso la protección de la primera enmienda.

⁴⁹ «The idea of 'low value' speech is an unavailing dodge», la conclusion de ALEXANDER, L. «Law value speech», *Northwestern University Law Review*, núm 83, 1989, pp. 547-554.

⁵⁰ Entre ellos destaca SUNSTEIN, C. *Democracy and the problem of free speech*, New York, Free Press, 1995. Su punto de partida es claro: «current law makes it necessary to ask whether speech qualifies as "low value"» (...) all speech is not the same», (pág. 9).

La principal ventaja de una clasificación tripartita de los mensajes en *high value*, *low value* y *no value* a efectos de su protección constitucional sería pues que, gracias a esa categoría intermedia, se le podría proporcionar a los tribunales una herramienta para dispensar a determinados tipos de mensajes *alguna* protección jurídica, sin alejarlos por completo del campo de la libertad de expresión⁵¹.

El principal resultado de todo ello no sería, pues, desterrar por completo el info-entretenimiento judicial de la protección de que debe dispensarles el art. 20 CE, aunque no falten entre nosotros partidarios de esa solución⁵². No se trata, creemos, de que en los casos de info-entretenimiento y chismorreos judiciales se pueda afirmar que «no hay derechos fundamentales en juego»⁵³. La consecuencia jurídica de su calificación como expresiones de «menor valor» sería igualmente importante, pero huiría de una distinción tajante, «polar»⁵⁴, entre mensajes que merecen protección y los que no la merecen en absoluto.

Por el contrario, el efecto que se produciría sería aplicar al info-entretenimiento judicial un estándar de protección de la libertad de expresión menos elevado que el preferencial. Ese estándar no sería otro que el de la *strict liability* de la práctica jurisprudencial de los Estados Unidos, es decir, la desprotección jurídica de dos tipos de mensajes que

⁵¹ «Instead of entirely excluding some categories of expression from the universe of speech, judges might conclude that some expression may be regulated on the basis of a less stringent demonstration of harm than is ordinarily required», SUNSTEIN, C., «Low Value Speech Revisited» en *Northwestern University Law Review* núm. 83, 1989, p. 555.

⁵² En esa línea, MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, escribe: «se hace evidente la dificultad de considerar que goza de una general protección constitucional siquiera *prima facie*, ese tipo de prensa de entretenimiento —tan extendida en los últimos años— que tiene en el mero chismorreos su razón de ser» (pág. 155). Aún más tajante es GARCÍA ARÁN, M. «Libertad de expresión y tutela penal de la intimidación», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 7-30, que escribe: «no existe derecho a dar una información que los ciudadanos no tengan derecho a recibir; y los ciudadanos no tienen derecho a recibir información sobre hechos cuyo conocimiento resulta irrelevante para la opinión pública» (p. 17). En la misma obra, pueden leerse opiniones más matizadas, por ejemplo: «sólo la emisión y recepción de expresiones e informaciones que contribuyan a la libre formación de la opinión pública pueden merecer ese carácter preeminente que el constitucionalismo otorga a las libertades a las que nos referimos», CARBONELL MATEU, J. C. «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación penal», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1999, p. 13.

⁵³ La expresión, en MEDINA GUERRERO, *op. cit.*, p. 30.

⁵⁴ La expresión «distinción polar entre niveles de protección constitucional», con la que tampoco se muestra de acuerdo, en RUBI I PUIG, A. *Publicidad y Libertad de Expresión*, Thomson Civitas, Madrid, 2008, p. 136.

usualmente se encuentran protegidos cuando se les aplica la posición preferente: por un lado, la información que no fuera cierta, y no sólo negligente, o que siéndolo invadiera la esfera de lo íntimo; por otro, todo tipo de opinión que provoque una lesión grave del honor de las personas aludidas.

V. Bibliografía

- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. «Liberalismo y autoritarismo en el proceso», *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núms. 2-3, 1968, pp. 559-600. Publicado también en ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, N. *Estudios de Teoría General e Historia del Proceso*, México, UNAM, tomo II, 1974, pp. 245-289.
- ALEXANDER, L. «Law value speech», *Northwestern University Law Review* núm 83, 1989, pp. 547-554.
- ARAGÓN REYES, M. «Independencia Judicial y Libertad de Expresión», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 10, 1996, pp. 259-268.
- BARRERO ORTEGA, A. *Juicios por la prensa y ordenamiento constitucional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.
- BAUCELLS, J. y PERES-NETO, L. «Discurso televisivo sobre el crimen: los programas especializados en sucesos», en GARCÍA ARÁN, M. y otros, *Malas Noticias. Medios de comunicación, política criminal y garantías penales en España*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, pp. 109-152.
- BECCARIA, C. *De los delitos y las penas*, 1764. Se cita por la edición y traducción de Francisco Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1982.
- BECERRA MUÑOZ, J. *La toma de decisiones en política criminal: bases para un análisis multidisciplinar*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- BRADLEY, K. W. «Introduction: The Court of Public Opinion. The practice and ethics of trying cases in the media», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. I-VIII.
- CARBONELL MATEU, J. C. «Las libertades de información y expresión como objeto de tutela y como límites a la actuación penal», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1999, pp. 107-136.
- DE LUCAS, J. «Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. VIII, 1990, pp. 131-145.
- 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 de Madrid*, núm. 67, 1983, pp. 107-126.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y Castigar, Siglo XXI*, Madrid, 1976.
- GARCÍA ARÁN, M. «Libertad de expresión y tutela penal de la intimidad», *Cuadernos de Derecho Judicial. La libertad de expresión y el derecho penal*, CGPJ, Madrid, 1993, pp. 7-30.

- GUTIÉRREZ-ALVIZ, F. y MORENO CATENA, V. «Artículo 120. Actuaciones Judiciales», en ALZAGA VILLAAMIL, O. *Comentarios a las Leyes Políticas*, vol. IV, Edersa, Madrid, 1998, pp. 391-4111.
- HAN, B.-C. *La sociedad de la transparencia*, Herder, Barcelona 2013.
- HENGSTLER, G. A. «Sheppard versus Maxwell revisited — Do the traditional rules work for non traditional media?», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp. 171-180.
- INNERARITY, D. *La sociedad invisible*, 2004, Espasa, Madrid.
- JOHNSON, K.C. «The Duke Lacrosse Case and the Blogosphere», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.155-170.
- LATORRE LATORRE, V. *Función jurisdiccional y juicios paralelos*, Civitas, Madrid, 2002.
- LÓPEZ ORTEGA, J. J. «La dimensión constitucional del principio de la publicidad de la justicia», *Revista Poder Judicial*, especial XVII, 1999, pp. 37-140
- MEDINA GUERRERO, M. *La protección constitucional de la intimidad frente a los medios de comunicación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005.
- MINC, A. *La borrachera democrática. El nuevo poder de la opinión pública*, Temas de Hoy, Madrid, 1995.
- MORENO CATENA, V. «El derecho a un proceso público y la libertad de expresión en el proceso penal» en MORENO CATENA, V. (ed.) *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 281-308.
- MUÑOZ MACHADO, S. «De los delitos y las penas: ayer y hoy», en MUÑOZ MACHADO, S. (ed.) *Los grandes procesos de la historia de España*, Crítica, Barcelona, 2000, pp. 494-528.
- NIEVES COLLI, S. «Los juicios paralelos, una causa evitable de desinformación» en CARRETERO GONZÁLEZ, C. (ed.) *El Derecho en los medios de comunicación*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, pp. 81-99.
- NOBLES, R. y SCHIFF, D. «A Story of Miscarriage: Law in the Media», *Journal of Law and Society*, núm. 31, 2004, pp. 221-244.
- ORENES RUIZ, J. C. *Libertad de expresión y proceso penal. Los límites*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008.
- PEDRAZ PENALVA, E. «Publicidad y derecho al debido proceso. Publicidad y derecho de acceso a la información contenida en los ficheros de datos jurisdiccionales», *Revista General de Derecho*, núm. 631 (abril), 1997, pp. 3889-3927.
- RODRÍGUEZ, Á. *El honor de los inocentes y otros límites a la libertad de expresión relacionados con la Administración de Justicia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016.
- RUBI I PUIG, A. *Publicidad y Libertad de Expresión*, Thomson Civitas, Madrid, 2008.
- SARTORI, G. *Homo Videns*, Taurus, Madrid, 2003 (1.ª edición, 1998).
- SCHAUER, F. «The boundaries of the First Amendment: a preliminary exploration of Constitutional Salience», *Harvard Law Review*, vol. 117, n. 6, 2004. pp. 1765-1809.

- SUNSTEIN, C. «Low Value Speech Revisited», *Northwestern University Law Review* núm. 83, 1989, pp. 555-561.
- *Democracy and the problem of free speech*, New York, Free Press, 1995.
- *A Constitution of many minds*, Princeton University Press, 2009.
- *Rumorología*, Debate, Madrid, 2011.
- TENORIO SÁNCHEZ, P. «Proceso penal y doctrina del Tribunal Constitucional», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 80, 2007, pp. 387-406.
- VARELA CASTRO, L. «Proceso penal y publicidad», *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 11, 1990, pp. 37-44.
- VARGAS LLOSA, M. *La civilización del espectáculo*, Alfaguara, Madrid, 2012.
- WHEELER, M. «How noninstitutionalized media change the relationship between the public and media coverage of trials», *Law and Contemporary Problems*, núm. 71 (4), 2008, pp.135-155.