Proceso penal y publicidad

Luciano VARELA CASTRO

I. LA PUBLICIDAD, INSTRUMENTO DE CONTROL DEMOCRATICO DEL PODER

Afirmaba Norberto Bobio que la democracia es idealmente el gobierno del poder «visible», o sea del poder que se ejerce o debería ejercerse siempre en público[1] demostrando el acierto de Platón al calificar la democracia de «teatrocracia» y el de Maurice Joly en su *Diálogo en el infierno entre Maquiavelo y Montesquieu*, cuando indica que las instituciones de un país libre no pueden durar largamente sino actúan «au grand jour»[2].

Resuelta pacíficamente la cuestión de la calificación de la jurisdicción como un verdadero poder[3], el instrumento de actuación del mismo que es el proceso debe estar asimismo determinado por la impronta de la publicidad. Con Glauco Giostra puede afirmarse que la publicidad no es algo que se dé *ab externo* a la realidad procesal, dejándola inalterada, sino que la publicidad cambia el modo de ser y la validez política de la administración de justicia[4].

Ya Beccaria había aconsejado la publicidad de los juicios y las pruebas de los delitos para que la opinión imponga un freno a la fuerza y a las pasiones, para que el pueblo diga que no somos esclavos, sino defendidos, advirtiendo que el secreto es «el escudo más fuerte de la tiranía»[5]

Esa dimensión funcional de la publicidad como instrumento de control, de clara raigambre liberal, mantiene su plena vigencia hoy como ayer[6] en cuanto característica del sistema democrático de gobierno, por lo que puede decirse con Couture[7] que es la publicidad el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores, ya que «en último término, el pueblo es el juez de los jueces». Lo que ya había sido expresado por Mirabeau ante la Asamblea Nacional cuando expresaba: «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»

En los textos internacionales destaca el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos cuyo artículo 14 afirma el derecho de toda persona a ser oída públicamente... siquiera admite que la prensa y público pueden ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios en determinados supuestos.

Desde perspectivas diversas, no faltan hoy advertencias sobre la mutación funcional que puede experimentar la publicidad.

Si el Derecho Penal es valorado como un instrumento, formalizado, de control social[8], éste se actúa conjuntamente tanto con el proceso como con los medios de información, en la medida en que éstos multiplican los efectos de aquél.

Así observa Ernesto Pedraz[9] que la publicidad «ha dejado de ser, pues, un medio de control inmediato de la actividad judicial para transmutarse en control desde el espectáculo (show) judicial», afirmación asumible siquiera con la matización de entender subsistentes ambas funciones.

II. INTERESES EN CONFLICTO. LOS LIMITES A LA PUBLICIDAD

1. El fin del proceso como límite implícito

El fundamento mismo del principio de publicidad, su trascendencia garantista del proceso justo, y el refrendo que, en ese aspecto, recibe de los textos constitucionales ha llevado a una depuración de los límites que a su efectividad pudieran establecerse en la ley o en la práctica.

No obstante, habrá de convenirse que, si el principio se funcionaliza a la calidad democrática del proceso, no puede actuar en modo tal que haga este inviable para alcanzar sus fines.

Si Cordero[10] pudo decir que «la sola cosa piu importante del rendere giustizia, el il vedere come il giudice la rende», convenimos en la paráfrasis de Glauco Giostra[11] cuando añade que «la sola cosa piu importante del vedere come el giudice rende giustizia, e il consentirgli di renderla».

Se trata de un límite «por definición» pero que, sin embargo, adolece, si no se especifica más, de excesiva vaguedad, estribando el problema precisamente en la concreción de que la publicidad puede alcanzar esa entidad obstaculizadora. Por un lado

[1] *Las ideologías y el poder en crisis*. Ariel, Barcelona, 1988, pag 175

[2] Citados por Norberto Bobio, ibidem , pág 179. De la obra de Joly hay edición española. Seix Barral, Barcelona, 1977.

[3] Gimeno Sendra *Fundamentos de Derecho Procesal* Civitas, Madrid, 1981, pag. 29.

[4] *Processo penale e informazione* Milan, 1989, pag 55

[5] *De los delitos y las penas*. Alianza 1968, págs. 50 y 51.

[6] Sobre el control democratico del Poder Judicial, pueden consultarse los trabajos y conclusiones del III Congreso de Jueces para la Democracia, publicados en el numero 4 de su revista.

[7] *Fundamentos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, 1962.

[8] *Introduccion a la Criminologia y al Derecho Penal*, de Hassemer y Muñoz Conde. Valencia, 1989

[9] *Notas*. cit., pág. 129. También en su reciente publicación «*Constitucion, Jurisdicción y Proceso*», Akal/iure Madrid, 1990.

[10] *Procedura penale*, 1987, 9 ª ed , pag. 1138

[11] *Proceso penale e informazione*. Cit 38.

se evidencia la incapacidad del momento legal como idóneo para tal concreción, y, por otro, conviene recordar que la resultante vectorial del encuentro conflictivo entre dos intereses relevantes ha de atender a criterios de proporcionalidad. Ello exigirá siempre la constancia indubitable de la interferencia obstativa de la publicidad, en una de sus modalidades, y la utilidad expeditiva de la limitación en una concreta medida.

2. Publicidad procesal e independencia del juez

Es difícil compartir, sin matizaciones, las pesimistas conclusiones de Dieter Simon sobre la independencia judicial, tanto cuando concluye que «como tal» parece no ofrecer de por sí una garantía para una justicia «adecuada», «ajustada a la ley»[12]. Como cuando entiende que no existen garantías jurídico-técnicas, metodológicas o institucionales para la vinculación del juez a la ley[13]. Sin embargo, ha de convenirse en sus advertencias sobre los mecanismos que tienden a situar al juez en un ámbito de dependencia, tanto por su ubicación orgánico-sistemática, cuanto por los factores que la psicología y la sociología judiciales, aunque de manera todavía premiosa y escasa, ponen de relieve.

Pues bien, los intentos de proscribir toda turbación en la serenidad de espíritu del juzgador recuerda en demasía la concepción de su función como algo sacro, a administrar, al modo litúrgico del sacerdote, cuya indemnidad a lo mundano ha de procurarse. Esto no sólo contrasta con la indolencia demostrada en el arrumbamiento de otros vínculos bien claramente limitadores de esa independencia, sino también con la ausencia de toda cuestión respecto a la turbación que esos medios de comunicación pueden ocasionar a otras funciones no menos trascendentes que la jurisdiccional como son la de gobierno o legislación.

Amén de que esa impermeabilidad del juez, que exigiría iguales cautelas para sustraerle a otras influencias estamentales, familiares, culturales, etc., está lejos de ser un valor de recibo, parece más oportuno, abandonando pretensiones de encauzamiento normativo de difícil actuación efectiva, confiar a la capacidad de autorregulación social la manifestación de la libertad de información, a lo que, como se deja dicho, nada contribuirá más que la multiplicidad e independencia de los propios medios.

3. Publicidad y presunción de inocencia

Indubitado el rango orgánico de los derechos de información y de presunción de inocencia, la cuestión estriba en determinar si es posible su eventual conflicto.

Parece que entendida en sentio jurídico propio ese derecho permanece incólume cualquiera que sea el contenido informativo sobre el proceso abierto, pues lo garantizado son los derechos del imputado frente al legislador y al juez, y no frente al público.

Pero si se atiende a las consecuencias sobre la imagen o el honor del imputado, ha de convenirse en la lamentable frecuencia de verdaderas «sentencias periodísticas» que adelantan una condena, cuando a veces ni el proceso mismo se ha abierto. No cabe duda de que se produce entonces una «penalización social preventiva» con la que el medio informativo se incorpora a un proceso criminalizador, como ha afirmado Perfecto Andrés[14] para quien «tener con rigor por inocente a quien no ha sido aun formalmente declarado culpable, antes que una regla procesal, es un valor esencial para la convivencia».

Es cierto que en tales casos no sólo son legítimos, sino necesarios límites jurídicos. Pero éstos no afectan tanto a la publicidad del proceso cuanto a un particulalr ejercicio de la libertad de opinión.

III. ALGUNOS ASPECTOS DE LA PUBLICIDAD PROCESAL EN EL DERECHO COMPARADO

1. Los límites a la publicabilidad de las actuaciones procesales en el ámbito del *common law*

En el Reino Unido adquiere especial relevancia la vigencia de la Contempt of Court Act 1981, promulgada después de recaer la sentencia del TEDH antes citada en el caso «Sunday Times» v. K.U.[15]. Bajo dos modalidades delictivas (el *contempt in facie* y *ex facie curiae*) se penalizan aquellas acciones que atentan a la independencia de los tribunales, bien porque impide la aplicación de la Justicia, bien porque da lugar a prejuicios, en relación con un caso concreto que está siendo juzgado, a través de los medios de comunicacion.

Entre las acciones criminalizadas se incluye la publicación de comentarios sobre el carácter del acusado, revelar sus antecedentes penales, la realización de los denominados «juicios paralelos», la publicación de una investigación privada, de entrevistas con testigos, de una fotografía del acusado si está en cuestión la identificación del mismo. También, en la modalidad *in facie curiae,* la publicación de insultos a los juzgadores, el uso de aparatos grabadores del sonido o similares, sin consentimiento del tribunal, la publicación de informaciones obtenidas de los jurados, e incluso el intento de obtener opiniones de los mismos.

No cabe duda que las restricciones a la libertad de información son no sólo concretas, sino rigurosas. Aunque la prohibición no alcanza a la publicación exacta, y con buena fe, de lo acaecido en audiencia pública. Esa publicación ha de ser contem-

[12] *La independencia del juez.* Ariel, Barcelona, 1985, pag. 60.
[13] Ibidem, pag. 92.
[14] «Información y criminalización». En *Justicia/conflicto*, pág 277, Madrid, 1988

[15] Una exposición de la misma puede encontrarse en «La contempt of Court Act de 1981» el desacato al tribunal cometido por los medios de comunicación social. Publicado por Antonio Fayos Gardo en *La Ley* número 1793, del 8 de septiembre de 1987

poránea del acto procesal a que se refiere, sin perjuicio de lo cual el tribunal puede imponer determinadas posposiciones.

En definitiva, late en este sistema una cierta hegemonía del interés por la correcta administración de justicia respecto de la libertad de expresión. Es así como se entiende la expresión con la que Lord Donaldson concluía su sentencia en el caso The Attorney General vs. News Group Newspapers Limited, 1987, cuando decía: «El interés público en la libertad de expresión debe ceder ante el interés público de no impedir o amenazar gravemente el curso de la justicia»[16].

En los Estados Unidos de América del Norte la publicación del hecho procesal no se vincula tanto a la primera enmienda (libertad de prensa) cuanto a la sexta, que concierne al derecho del sometido a juicio a que éste sea público como garantía de un juicio justo *(fair trial)*. La colisión, a diferencia del Reino Unido, que preocupa es la eventualmente existente entre ese derecho del ciudadano sometido a proceso —más que el respeto al tribunal— y el derecho a la libre información.

En el caso Sheppard v. Maxwell, el Tribunal Supremo norteamericano estableció, tras advertir que «los procesos no son como las elecciones, que pueden ganarse usando los mítines, la radio y los periódicos», que «nadie puede ser castigado por un crimen sin una acusación limpiamente hecha y un proceso limpiamente desarrollado en un tribunal libre de prejuicio, pasión, excitación o poder tiránico», reprochando al órgano jurisdiccional que no limitase la «publicidad ilegal, que saturó a la comunidad» y que no controlase las «influencias perjudiciales en la sala del juicio»[17].

Sin embargo, como informa Muñoz Machado[18], esas «órdenes amordazadoras», como las denominó la prensa, fueron excluidas posteriormente en la sentencia del tribunal Burger dictada en el caso Nebraska Press Association v. Stuart, en el que se indicó que era necesario atender a mecanismos alternativos de esas órdenes, que podrían ir desde el cambio de jurisdicción a las instrucciones, e incluso aislamiento, del jurado. Aquí se produce otra esencial diferencia con el sistema del Reino Unido.

2. La publicidad procesal en el ámbito del *civil law*

En el ordenamiento francés, el artículo 11 del CPP establece que «salvo cuando la ley disponga otra cosa, y sin perjuicio de los derechos de defensa, el procedimiento, durante la enquete y la instruction, es secreto». A esta generalización objetiva, dentro del acote temporal, se añade la precisión subjetiva de que «toda persona que interviene en este procedimiento está obligada al secreto profesional en los términos regulados en el CP (que incluye prisión de uno a seis meses y multa de 500 a 15.000 francos).

Esa especificación subjetiva en cuanto a la revelación, hace que no exista obstáculo en cuanto a la publicabilidad por la prensa, incluso de investigaciones por ella dirigidas, sin las limitaciones que observamos en el sistema anglosajón, concebidas para la fase del propio juicio. No obstante, siguiendo lo expuesto por Gilbert Cousteaux y Patrik López-Terres[19], la publicidad sería sancionable si incurre en ilicitud de origen, por parte del periodista o por su adquisición de quien estaba alcanzado por la prohibición de revelar.

Por el contrario, la fase de juicio oral es pública, con publicidad absoluta o general e inmediata. No obstante, las limitaciones a la publicabilidad de los debates no son escasas. La idea de la protección de la serenidad del juzgador, como garantía del juicio justo, lo que hace extender la protección a los testigos, tiene su reflejo en la sanción penal de las publicaciones que pretendan ejercer presiones sobre éstos o sobre el órgano jurisdiccional.

En la última reforma procesal italiana[20] es precisamente el problema de la posibilidad de divulgación de las actuaciones investigadoras, previas al juicio oral, lo que constituye el nudo gordiano de la relación proceso penal/información. Pone Glauco Giostra de relieve[21] cómo la diversa trascendencia que en el acto del juicio tienen los actos de la abandonada instrucción jurisdiccional, ha acarreado una transformación en las características de la información en esa fase. Aunque eso no implica minoración de su importancia.

Como subraya el magistrado G. Novelli[22] la nueva regulación asume la diferenciación entre «secreto interno» o propio (art. 329) —que implica imposibilidad de conocimiento de las actuaciones por el imputado— y «secreto externo» (art. 114) que se identifica con «prohibición de publicación». La principal diferencia de régimen viene dada por la función que cumplen: el secreto interno busca asegurar el éxito de la investigación, el externo puede obedecer a diversas finalidades.

También distingue el nuevo régimen la publicación de los actos del procedimiento respecto de la publicación de su contenido.

Los actos realizados por el ministerio público y la policía están alcanzados por el secreto y tampoco son publicables.

El secreto dura mientras el acto no puede ser conocido por el imputado.

En ningún caso rebasará, sin embargo, la clausura de esa fase de indagini.

El régimen de publicabilidad se vincula al de se-

[16] Citado por Sir Richard Scott en «La imparcialidad objetiva del juez y los medios de comunicación. Sistema anglosajón». En *Poder Judicial* Número especial XI, pág. 207.

[17] *Libertad de prensa y procesos por difamación*. Santiago Muñoz Machado. Barcelona, 1988, págs. 125 y ss.

[18] Ibidem.

[19] «Le droit a l'information et le proces penal en droit frances». Publicado en el cit. n.º XI especial de *Poder Judicial*.

[20] La aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal data del 28 de septiembre de 1988

[21] *Processo penale*, cit. pág. 286.

[22] *Indagini Prelimnari, L'Udienza preliminare nel nuovo processo penale*. Nápoles, 1989.

creto y a aquella diferencia entre los actos procesales y su contenido. Los secretos se excluyen de publicidad, tanto el acto como la información sobre su contenido. Cesado el secreto, la publicabilidad se circunscribe al contenido, permaneciendo el veto de publicar el acto mismo.

La finalidad de esta regulación no es otra que la de asegurar el éxito de la investigación. Consciente el legislador de la inviabilidad de obstar la publicidad sobre el contenido de los actos, más allá de un determinado momento, quiere, al menos, evitar que la publicación adquiera caracteres de oficialidad, de ahí que prohiba la reproducción informativa de los actos.

Con una finalidad intraprocesal, pero diversa del éxito de la investigación, cual es la de impedir el prejuicio en el órgano competente para el juicio oral, si éste ha de tener lugar, se prohíbe la publicación de los actos del «fascicolo per il debatimento», hasta que haya recaído sentencia de primer grado. La idea base no es otra que la de que la actividad investigadora debe servir a las partes, pero no al juez.

Por otro lado, el legislador ha conferido al ministerio público un cierto poder de decretar y derogar el secreto en supuestos concretos.

La audiencia del debate —o juicio oral— es pública bajo pena de nulidad. Pero finalidades extraprocesales pueden justificar que se celebre a puerta cerrada:

Si no existe fase de debate, también se limita la publicabilidad, pero mediante orden judicial motivada, oídas las partes, de todos o parte de los actos por razón de buenas costumbres, interés del Estado o perjuicio a la intimidad de testigos o partes privadas.

El CPP portugués fue promulgado por Decreto Ley n.° 78/87 de 17 de febrero. Tras establecer que el secreto del proceso penal dura hasta la decisión «instrutoria», en la que se decide si hay o no lugar a la «pronuncia»[23], define los conceptos de publicidad y secreto.

Los medios de comunicación social son objeto de regulación específica. Se les permite la «narración» circunstanciada de los actos procesales que no estén sometidos a secreto. Esta coincidencia de sistema para la publicidad y publicabilidad no es, sin embargo, plena, ya que no se autoriza la reproducción de piezas o documentos incorporados, salvo autorización judicial expresa, ni la transmisión de imágenes o grabaciones de sonido, con igual posibiliad de excepción jurisiccionalmente acordada. Tampoco se permite la publicación de la identidad de las víctimas de crímenes sexuales, contra el honor o contra la reserva de la vida privada, antes de la audiencia, y en todo caso, si es menor de dieciséis años.

IV. LA REGULACION DE LA PUBLICIDAD PROCESAL, EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

Caracteriza nuestro sistema la escasez reguladora y la ausencia de nítidas diversificadas definiciones de conceptos como publicidad, prohibición de revelación, prohibición de publicabilidad; expresión de funciones y límites de esas prohibiciones o previsión de supuestos de adaptación de la previsión legal a las exigencias del caso concreto.

Cabe aun reprochar una cierta inorganicidad, y aun incoherencia del sistema. Conviven así previsiones de secreto generalizado, como ocurre en el supuesto del llamado secreto sumarial, con proclamaciones generales de publicidad, en línea de principio (art. 120 de la CE y 232 de la LOPJ), que con aquellas prohibiciones son derogadas en el ámbito de la ley ordinaria.

A ello viene a sumarse un estado real en franca contradicción con la previsión normativa. Así contrasta con el propósito de secreto sumarial la pronta y amplia difusión, difícil de entender si no es de su funcionalidad a designios bien ajenos a lo procesal, de la información, generalmente más trascendente para el resultado del proceso, facilitada por el aparato policial del resultado de su actuación, obviamente de positivos resultados, incluso con anterioridad a su entrega al órgano jurisdiccional. O la publicación periodística[24] de hechos, objeto, o aun no, de actuaciones procesales que, en algunos casos, implica la distribución como separata de la práctica totalidad de los folios sumariales.

1. La regulación del denominado «secreto sumarial»

La publicidad viene regulada, respecto a esa fase del procedimiento, fundamentalmente en los artículos 301 y 302. En ella se regulan conceptos, sin embargo, bien diversos. Así ha de comenzarse por distinguir la solución dada al denominado «secreto interno» o acceso de las partes a conocimientos de lo actuado, del relativo a otros sujetos del proceso y del público.

La regla general es la posibilidad de pleno cono-

[23] Esta decisión subsigue no sólo a la fase de «inquento» o fase investigadora gerenciada por el ministerio público, sino a la de «instrucao», fase jurisdiccional que tras aquella tiene por objeto la comprobación judicial de la decisión del ministerio público sobre deducir acusación o archivar, en orden a someter o no el proceso a juicio oral

[24] Hemos dejado fuera de este estudio la cuestión de la publicidad en la relación entre el órgano jurisdiccional y las fuentes de conocimiento de los hechos sobre las que versa el proceso Además de los problemas suscitados al respecto por los denominados secretos oficiales, adquiere ahí especial importancia el derecho al secreto profesional alegable por el periodista respecto de sus fuentes. Puede consultarse las ponencias de Ruiz Vadillo y Luzón Peña en el número especial XIII de *Poder Judicial*.

cimiento de las actuaciones por todas las partes personadas. El Tribunal Constitucional[25] ha establecido que ese derecho al conocimiento no es tanto una manifestación de la publicidad procesal, cuanto del principio de contradicción y defensa[26].

Diverso es el destinatario de lo dispuesto en el artículo 301 de la Ley de E. Cr. cuando proclama el carácter secreto de las «diligencias» del sumario. En este precepto lo que se veta es el acceso a la fuente de conocimiento por parte de quienes no son sujetos procesales; en definitiva se impone el secreto externo.

Para garantizarlo, se añade una prohibición de revelación específicamente destinada, por un lado, a los abogados y procuradores de las partes; por otro, a los funcionarios públicos, debiendo sobreentenderse que, por tal calidad, intervengan en las diligencias, y, finalmente, de manera difícilmente inteligible, a cualquier otra persona. Además de esa referencia subjetiva, hay que advertir que, objetivamente, la prohibición de revelación sólo alcanza a las «diligencias» del sumario. La restricción interpretativa propia de toda prohibición lleva a la conclusión de que el precepto no alcanza a cualquier revelación de informaciones sobre «los hechos» objeto de las diligencias.

Tampoco implica el precepto indicado ninguna limitación a la publicabilidad, no sólo ya de los hechos objeto del proceso, sino incluso de los contenidos de las diligencias sumariales por parte de personas que no «intervengan» en las mismas, aun cuando hayan accedido al conocimiento por referencia de los sujetos destinatarios de la prohibición de revelación[27]. Y, particularmente, por parte de los medios de comunicación, los que, en definitiva, podrán, además, negarse válidamente a revelar su fuente de conocimiento.

Finalmente, aun con tan restrictiva interpretación del precepto, es difícil conciliarlo con la previsión constitucional de publicidad como principio de toda actuación procesal. Así lo apunta la mejor doctrina[28] y ha venido a advertirlo la crucial sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero, en la que se delimita el alcance del llamado secreto sumarial.

Conforme a la misma, la derogación que implica el secreto respecto del principio de publicidad, proclamado en el artículo 120 CE, afecta a derechos fundamentales, como el de recibir libremente información (art. 20) y a un proceso público (art. 24), por lo que sólo se justifica para la protección de otro bien constitucionalmente relevante, de modo proporcionado, como puede serlo obtener la segura represión del delito. Establece, sin embargo, que la limitación de publicación alcanza a la información obtenida ilícitamente, por relevación indebida, criterio que entiendo incuestionable, así como que no alcanza a la realidad social sobre la que versa el proceso, como algo distinto de «las actuaciones» del órgano judicial que constituye el sumario.

Imprejuzgado queda, entiendo en esta sentencia, la eventual legitimidad constitucional de las denominadas «órdenes amordazadoras» que podrían colisionar con la libertad de transmitir información y carecen de base legal que las ampare. Como discutible sería la posibilidad de postular amparo, como parece admitir Belloch Julve[29], por quiebra del derecho a un proceso con garantías (art. 24 CE) so pretexto de que la publicación influyó en el desarrollo del proceso o en la sentencia.

La regulación del denominado procedimiento abreviado no se detuvo en la reiteración del secreto para la fase previa a juicio oral. Aun cuando caben dos opciones, como advierte Fernández Entralgo[30].

La acotación temporal del secreto resulta insuficiente a los fines que lo justifican y de innecesaria dimensión. Al establecer 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.

En vano se buscará en las normas reguladoras de la actuación policial una solución. El artículo 5.5 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado[31] establece un secreto policial referido a las informaciones de contornos no asimilables al aquí examinado. En todo caso ese veto a la revelación no alcanza a las personas, con jerarquía política, de las que dependen los agentes destinatarios de la norma.

El artículo 15 del Decreto de Policía Judicial[32] impone una obligación de reserva contraída a actua-

[25] Sentencia 176/1988 de 4 de octubre

[26] Nicolás González-Cuéllar advierte de la quiebra que tal precepto —artículo 302 LECr.— puede suponer para el principio de legalidad, que, a su vez, es un presupuesto del de proporcionalidad, cuestionando la doctrina de la citada sentencia TC 176/88. *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*. Colex, Madrid, 1990, págs. 95 y 96.

[27] Por lo que no es de compartir el criterio extensivo de la ya citada circular de la Fiscalía del Estado de 22 de julio de 1928.

[28] Como dice Espín Templado, «parece que en la actual forma legislativa del artículo 301 LECr. el secreto sumarial puede no ser una medida necesaria en una sociedad democrática (art. 10.2 del Convenio), no por falta de idoneidad, sino por vulnerar el principio de proporcionalidad. En el ya citado número especial XIII de *Poder Judicial*.

[29] «Los jueces y la libertad de información», en *Poder Judicial*. Número especial XI, pág. 240.

[30] *La reforma del proceso penal*, con otros en editorial Tacnos. Madrid, 1990, pág. 67, con cita de la postura contraria al secreto de Ramos.

[31] Donde curiosamente no hay ninguna vacilación en conceder el derecho? a no revelar las fuentes policiales, no se sabe si incluso frente al propio juez!

[32] Aprobado por Real Decreto 769/1987 de 19 de junio. «BOE», 24 de junio.

ciones investigadoras encomendadas judicialmente, con sumario incoado. Tampoco ahí cabría amordazar la actuación política de rentabilización o manipulación de la información preprocesal.

Por su parte, el artículo 4.4 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/81 de 30 de diciembre, faculta a éste para «informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan», expresión que ha de relacionarse con la ocasión del ejercicio de las funciones que dicha norma le encomienda. Ninguna expresa restricción se impone a dicha información cuando el acontecimiento preceda a la apertura de sumario. Con posterioridad, el límite viene dado por la norma general de «respeto al secreto» de éste.

La total ausencia de delegaciones al órgano jurisdiccional para esa acotación temporal obliga a la persistencia de un mandato cuando, dado el estado de la investigación, puede resultar plenamente superfluo y, por ello, incompatible con el mandato constitucional de publicidad procesal.

2. La publicidad, tras la apertura del juicio oral

La resolución que decreta la apertura del juicio oral implica el decaimiento del secreto y el sometimiento del procedimiento a las reglas generales de publicidad. Subsisten en éstas importantes lagunas e inconcreciones.

Entre las primeras, el acceso a la fuente por parte de los medios de comunicación. Ese acceso es circunscrito en la LOPJ a «los interesados»[33] en cuyo censo no cabe insertar a los medios de comunicación, pues, dada la finalidad de éstos, supondría la confusión de interesado con el absoluto e indeterminado concepto de público.

Tampoco se resuelve con la deseable nitidez la delimitación subjetiva del administrador de la información. El precepto se refiere a secretarios y «personal competente» de los juzgados y tribunales, con lo que no está claro si tal «deber» informativo viene o no impuesto al personal jurisdiccional.

Finalmente la regulación, contraída al acceso a la fuente, no resuelve la publicabilidad ni, de admitirla, el eventual condicionado de la información obtenida por dichos interesados.

Cuando se trata de actos procesales realizados en audiencia pública la regla es la publicidad absoluta, tanto inmediata como mediata, con presencia admitida de los medios de información. Como ha indicado nuestro TC[34], este acceso constituye un derecho preferente y no un privilegio, en virtud de la función que cumplen, incumbiendo al medio la designación de la persona que lo represente.

No faltan, sin embargo, limitaciones a esa regla. En la LECR. se recoge una tradicional limitación, ésta referida a la presenciabilidad por quienes no son parte, a la publicidad del debate, permitiéndolo «a puerta cerrada», concepto diverso del de secreto, por razones de «moralidad», «orden público» y «respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia».

No parece difícil convenir en que estos «valores»: *a)* difícilmente pueden entrar en contradicción o incompatibilidad con la presencia de público en las sesiones[35]; *b)* así enunciados no alcanzan necesariamente rango constitucional, como sería exigible para derogar o, al menos, compensar la minoración de los derechos constitucionales que afecta la limitación de publicidad, y *c)* carecen de la inequívocidad que sería de desear en un precepto restrictivo de derechos fundamentales.

En cualquier caso: *a)* entre las personas excluibles de la sesión nunca estaría el acusado, ni las personas a que se refiere el párrafo segundo del artículo 681 LECr.; *b)* no alcanza la posibilidad de limitación a supuestos en que el valor afectado puede limitarse a personas concretas intervinientes en concepto distinto del de ofendido, singularmente testigos, y *c)* no es extensible a otras justificaciones, como, por ejemplo, el miedo o el pudor de estos últimos.

Aleccionadora es la sentencia del TC 96/1987 de 10 de junio, cuando advierte que las «razones de seguridad» han de compatibilizarse con los derechos fundamentales implicados en la publicidad.

La eventual limitación, así permitida, se condiciona en el artículo 680 de la LECr. a la decisión del Tribunal, por exceder de la facultad ordinaria de quien lo preside, y a que aquélla se refleje en auto motivado. La excepcionalidad y proporcionalidad han de inspirar esta motivación.

En el proceso penal de menores la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 1991 ha entendido que «razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que pueden resultar de la publicidad de las actuaciones podría justificar su restricción»[36].

[33] Así en los artículos 234 y 235 se ordena la información «sobre el estado de las actuaciones» incluyendo la expedición de testimonios, amén del aquí menos relevante acceso a libros, archivos y registros

[34] Sentencia de su sala 2.ª 30/1982 de 1 de junio.

[35] Sobre el eventual conflicto con el valor «moralidad» puede consultarse el caso enjuiciado en la sentencia del TC 62/1982, de 15 de octubre, en el que el proceso penal a puerta cerrada enjuiciaba la moralidad de un libro y su condena.

[36] Se recuerda en esta resolución la regla 8 de las llamadas «Reglas de Beijing», y, ademas de los articulos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Politicos y 6 de la Convención Europea para la Proteccion de los Derechos del Hombre, el articulo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la ONU en 20 de noviembre de 1989, incorporada a nuestro ordenamiento tras su publicación en el «BOE» el 31 de diciembre de 1990

Puede consultarse *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación: derecho penal y procesal de menores*, Rocio Cantarero Ed Montecorvo, Madrid, 1988, pág 269

V. REFLEXIONES PARA UNA EVENTUAL REFORMA

1. La perspectiva constitucional de la publicidad procesal

El eventual conflicto con otros valores constitucionales ha de resolverse en términos de adecuada «compensación» evitando la plena anulación de cualquiera de ellos. Por tanto, ha de admitirse la limitación de publicidad solamente en los casos y en la medida absolutamente ineludible y siempre que sólo a través de la misma pueda lograrse la protección de esos tres valores.

Parece prudente la previsión de supuestos de adaptación a circunstancias concretas en las que, por decisión jurisdiccional motivada y, en lo posible, contradictoria, se resuelve en forma distinta a la legalmente determinada.

2. Funcionalidad del secreto al fin del proceso

Tal funcionalidad del secreto implica que, cuando el contenido procesal ha de ser comunicado a las personas que, por razón de tal conocimiento, podían perjudicar la investigación, muy especialmente el investigado, tal secreto debe cesar.

Así pues, la regulación del secreto ha de ser paralela a la de la accesibilidad de las partes al contenido de las diligencias, concepto, por otro lado, no necesariamente coincidente en su contenido con el de la información sobre la existencia del proceso y la descripción de los hechos imputados.

También el *dies a quo* debe venir justificado por esa finalidad investigadora. En consecuencia ha de preceder a la incoación judicial del procedimiento y alcanzar a las actuaciones que el ministerio fiscal tenga atribuidas en ese tiempo y, por supuesto, a las actuaciones policiales preprocesales.

3. Ambito de la publicabilidad

Oportuno es advertir que, aun cuando pueda delimitarse la publicidad del proceso como hecho-noticia, es difícil admitir limitaciones de la que concierne al hecho sobre el que el proceso versa en cuanto realidad social noticiable.

Por otro lado, las soluciones legislativas italiana y portuguesa, diversificando el tratamiento de la narración de los actos procesales de la reproducción de sus contenidos, parece no sólo de difícil aplicación práctica, sino debidas a razones no fácilmente asumibles.

En definitiva, debería ser publicable aquello que no es secreto, y no lo sería lo que sí lo es. Y ello sin distinción de fases del proceso. Así, desaparecido el obstáculo del secreto, el proceso, sus actos y sus contenidos podrían difundirse a través de los medios. Vigente el obstáculo, constitucionalmente fundado en la medida y forma indicadas, la no publicabilidad no distinguiría según la licitud de la fuente informativa y estaría garantizada incluso con sanciones penales.

Esta regulación pondría fin a una realidad, refractaria al vigente encauzamiento normativo, en la que el *aleas* de la mayor o menor discreción del detentador de la noticia, aun cuando sea destinatario de la prohibición de revelación, da lugar no sólo a una injustificada y poco transparente discriminación, sino a la eventual manipulación de la noticia para fines poco justificables por su administrador.

4. El «juicio justo», como eventual justificación de limitaciones a la publicabilidad

El artículo 10 de la Convención Europea admite restricciones a la libertad de expresión, incluida la de información, si se establecen por ley y constituyen una necesidad, en un sociedad democrática, para garantizar la actividad e imparcialidad del poder judicial.

En el caso «The Sunday Times» el TEDH (abril de 1979) entendió que esa finalidad incluye la garantía de la autoridad del poder judicial. Aquel periódico había sido comminado por la autoridad británica para que no publicase una información sobre el proceso en el denominado «caso de la talidomida». La Cámara de los Lores esgrimió para ratificar esa prohibición que el artículo prejuzgaba la negligencia de la entidad enjuiciada, con la subsiguiente falta de respeto al tribunal que la juzgaba; presionaba a la entidad juzgada limitando su libertad de actuación procesal, y, con ello, se provocaba un juicio no equitativo.

Sin embargo, el TEDH entendió que la regulación británica del «contempt of court», amparadora de aquella comminación, adolecía de «excesiva generalidad e imprecisión», y, lo que es aquí más relevante, no era necesaria «en una sociedad democrática para alcanzar sus fines legítimos y de interés general».

Proliferan también entre nosotros voces que advierten del peligro que para la «serenidad» del juzgador pueden representar determinados tratamientos periodísticos de las noticias sobre hechos sometidos a proceso[37]. Se cuestiona la publicabilidad del resultado de investigaciones privadas, entrevistas con sujetos que, de una u otra manera, intervienen en el proceso, opiniones y valoraciones sobre la for-

[37] Una preocupante mimesis respecto de la solución anglosajona puede verse en la postura de Berlanga Rivelles. «Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales». Poder Judicial, número XIII, pág. 111

ma en que el proceso es dirigido o sobre los resultados obtenidos en el mismo, o, en fin, a tomas de postura pública de grupos sociales o centros de poder sobre las personas y hechos investigados y enjuiciados.

A la evanescencia del criterio «serenidad» o «prestigio» del órgano jurisdiccional, se une la dificultad de acreditar la responsabilidad de esa publicación en el contenido de la decisión jurisdiccional, especialmente si se atiende a las aportaciones de la psicología y sociología judiciales —lamentablemente tan escasas— sobre las motivaciones de la decisión judicial, en las cuales, tan coherentes como inútilmente, habría de postularse igual intervención profiláctica[38]. Y aún podría reprocharse una cierta ingenuidad a la pretensión de immunizar al juzgador de esas potenciales persuasiones tan sólo con el expeditivo recurso al veto de la publicación.

No menor dificultad representa la opción sobre el administrador de los vetos a imponer. Con razón se recuerda que, de conferir tal facultad al juzgador, podría darse el absurdo de que, siendo la publicidad un instrumento de control del poder judicial, el controlado devendría controlador. Especialmente oportuno es recordar aquí las ocasiones en que una beligerantemente democrática actuación periodística ha impedido vergonzantes claudicaciones investigadoras o ha contribuido a atemperar las resoluciones judiciales a valores constitucionales de perezosa asunción en la jurisprudencia.

Si, en definitiva, el problema radica más en el abuso que en el uso de la libertad de expresión, la solución se encontrará fundamentalmente en los presupuestos de autorregulación democrática de los medios, así como en su multiplicación y pluralismo. Lo que no supone la exclusión de otras respuestas jurídicas, incluidas la penal, arbitrables sin limitaciones apriorísticas de la publicidad procesal, y cuyo estudio excede de lo aquí pretendido.

5. El acceso a la fuente informativa

Pocas dudas suscita la inutilidad de la pretensión normativa vigente para domesticar la invasión informativa de los medios en los arcanos procesales. Lo que no siempre exige el recurso a cauces disimulados de información. Lo que ha sido aprovechado para pretender desde los órganos de gobierno del poder judicial el enmudecimiento de los jueces en ámbitos bien distintos del de la labor de investigación y enjuiciamiento[39]. También en otros lares ha provocado el surgimiento de iniciativas legislativas[40]. Como pocas dudas suscita también la necesidad de impedir los efectos que de esa falta de transparencia e inseguridad jurídica se deriva.

Entre los efectos perniciosos más previsibles, no es el menos importante el eventual uso manipulado que de tal administración de la información podría derivarse.

Ha de garantizarse, pues, «el conocimiento del estado en que se encuentran los procedimientos judiciales» en condiciones de transparencia y generalidad inequívocamente preestablecidos.

Si esto resulta fácil en relación con los actos de publicidad absoluta e inmediata —singularmente, audiencias públicas— en relación con los momentos anteriores previos al juicio oral, admitida la publicabilidad, tanto del acto procesal como de su contenido, la comunicación debiera venir confiada a quien, responsable de la fe pública, recibe la paradógica denominación de «secretario».

Sólo desde ese arrumbamiento de recelos ante la potencialidad democratizadora de la publicidad cabrá recuperar con efectividad aquel objetivo de la Constitución sueca de 1776 de «erradicar el halo de misterio bajo el que se esconde el favoritismo y la desigualdad»[41].

[38] Entre esas medidas podría incluirse la no remisión del sumario al juez competente para el juicio oral, remitiendo a aquel al resultado de éste como fuente de elementos para conformar su convicción.

[39] Especialmente sospechosa fue la oportunidad con que el CGPJ proclamó su «directiva» de 5 de noviembre de 1986 recordando el veto estatutario a los jueces para hacer declaraciones públicas no sólo en relación con asuntos o materias sometias a su decisión jurisdiccional. Tan sólo unos días antes la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid había hecho pública su preocupación por algunas irregularidades manifiestas producias en el seno de la policía y en la relación de ésta con el poder judicial. Sobre el particular puede consultarse el artículo de Perfecto Andrés, «Sobre silencio y disciplina en algunas prácticas del CGPJ». *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, número 1, pág. 5.

[40] Sobre la iniciativa de los diputados italianos Zangheri, Tortorella, Violante y Fracchia, presentada el 29-7-87, puede consultarse Glauco Giostra, *Processo penale e informazione*, pág. 237 cit.

[41] Constituye éste el antecedente más antiguo del derecho a recibir información, difundirla y expresar opiniones, según C. Arcuri, en *Proceso e iudice e giornalisti*. 1985, pág. 149