

**Protección penal
del secreto sumarial**

Tesis doctoral elaborada por
Pilar Otero González

Director: Dr. D. José Manuel Gómez Benítez
Catedrático de Derecho Penal

Madrid, 1998



Sumario

PROTECCIÓN PENAL DEL SECRETO SUMARIAL

SUMARIO

Introducción general	p. 17.
----------------------------	--------

PARTE PRIMERA

PRESUPUESTOS PROCESALES: PUBLICIDAD Y SECRETO EN EL PROCESO PENAL

Introducción	p. 33	
Capítulo I	Normativa sobre el principio de publicidad procesal penal y breve reseña de la Jurisprudencia del T.E.D.H al respecto	p. 45
1.	Derecho interno	p. 45
1.1	Derecho español	p. 45
1.2	Excepciones al principio de publicidad en la normativa española.	p. 48
1.3	Plasmación del principio de publicidad en las Constituciones europeas	p. 51
2.	Derecho Internacional	p. 52
2.1	Excepciones	p. 53
3.	Conclusiones	p. 54
4.	La Jurisprudencia del T.E.D.H.	p. 55
Capítulo II	Funciones del principio de publicidad	p. 59
Capítulo III	Límites al principio de publicidad	p. 69
1.	Medios de comunicación y juicios paralelos	p. 71
1.1	Planteamiento del tema: Problemas que surgen al respecto	p. 71
1.1.1	Posible influencia sobre el órgano judicial	p. 75
A	Especial referencia al juicio de jurado	p. 79
1.1.2	Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial	p. 86
1.1.3	Otros intereses en conflicto	p. 93
A	Planteamiento	p. 93
B	Soluciones adoptadas por la jurisprudencia	p. 100
a)	Criterio de exclusión	p. 101
b)	Criterio de la necesaria ponderación ..	p. 102
c)	Criterio de la concurrencia normativa .	p. 104
d)	Aplicación de la doctrina de la	

Protección penal del secreto sumarial.

		proporcionalidad	p. 107
	C	Conclusiones	p. 108
1.2		Soluciones adoptadas en Derecho comparado	p. 111
	1.2.1	Sistema anglosajón	p. 111
	A	El Reino Unido	p. 111
		a) Premisa previa. Naturaleza del <i>Freedom of speech</i>	p. 111
		b) Concepto y rasgos fundamentales del <i>Contempt of Court</i> . Diferencia con el desacato en derecho penal español	p. 113
		c) Conductas calificadas como <i>Contempt of Court</i>	p. 115
		a') Scandalising the court	p. 115
		b') Prejudicing a fair trial	p. 116
		c') Disobedience to an order of the court	p. 121
		d') Victimisation of witnesses and jurors	p. 121
		e') Contempt in the face of the court	p. 121
		f') Refusing to answer questions	p. 122
	d)	La <i>Contempt of Court Act</i> de 27 de julio de 1981	p. 122
		a') La acción del <i>Contempt</i>	p. 123
		b') Procedimiento	p. 124
		c') Otras facultades del Tribunal	p. 125
		d') Situación en la práctica tras la entrada en vigor de la Ley de 1981	p. 126
	B	Estados Unidos	p. 129
	C	Conclusión	p. 135
	1.2.2	Francia	p. 136
	1.2.3	Italia	p. 137
	1.2.4	Portugal	p. 140
2.		Secreto sumarial	p. 142
	2.1	Planteamiento: su significado en el proceso penal	p. 142
		2.1.1 Especial referencia al procedimiento abreviado	p. 158
	2.2	Clases de secreto sumarial	p. 164
		2.2.1 Secreto sumarial externo	p. 164
	A	El último inciso del primer párrafo del art. 301 de la LECr.	p. 168
	B	Análisis de la expresión "revelación indebida" del art. 301 de la LECr.	p. 170

2.2.2	Secreto sumarial interno	p. 172
2.2.3	Diferencias y analogías entre ambas modalidades de secreto sumarial	p. 182
2.3	El sistema inquisitivo en la instrucción y su relación con el carácter secreto del sumario	p. 183
2.4	Tesis doctrinales	p. 191
2.5	La realidad en nuestro sistema judicial	p. 212
2.6	Notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional:	p. 216
2.6.1	Naturaleza excepcional	p. 216
2.6.2	Instrumento para la protección de otros bienes constitucionalmente relevantes (Análisis del Auto del TC 61/1981, de 17 de junio; la STC 62/1982, de 15 de octubre; la STC 13/1985, de 31 de enero; la STC 14/1985 de 1 de febrero; la STC 176/1988, de 4 de octubre; la STC 171/1990, de 12 de noviembre, el Auto del TC 419/1990, de 28 de noviembre y el Auto del TC 195/1991, de 26 de junio)	p. 216
A	Previsión de la excepción en una norma en una norma con rango de ley (art. 53.1 C.E.)	p. 227
B	Justificación de la excepción en otro bien constitucionalmente relevante	p. 228
C	Congruencia entre la medida prevista y la procuración de dicho valor así garantizado	p. 237
3.	Restricciones a la publicidad tras la apertura del juicio oral. (Análisis de las Sentencias STC 30/1982, de 1 de junio; 10 de junio de 1987; 30/1986, de 20 de febrero)	p. 253
3.1	Celebración de los debates	p. 253
3.1.1	Doctrina constitucional	p. 258
3.1.2	Especial referencia a la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales	p. 267
A	España	p. 267
B	Derecho comparado	p. 271
C	Conclusión	p. 275
3.2	Discusión y votación de las sentencias	p. 280

PARTE SEGUNDA

LOS TIPOS DE REVELACION DEL SECRETO SUMARIAL EXTERNO Y DEL SECRETO SUMARIAL INTERNO

Capítulo I	Tipicidad	p. 287
1.	Premisas previas	p. 287
2.	La revelación del secreto sumarial externo por funcionario público: art. 417 del CP	p. 289
2.1	Introducción	p. 289
2.2	Antecedentes y evolución del delito	p. 293

Protección penal del secreto sumarial.

2.2.1	El CP de 1822	p. 293
2.2.2	El CP de 1848	p. 294
2.2.3	El CP de 1850	p. 296
2.2.4	El CP de 1870	p. 296
2.2.5	El CP de 1928	p. 297
2.2.6	Ley de 27 de octubre de 1932	p. 298
2.2.7	El CP. Texto refundido de 1944	p. 298
2.2.8	El Proyecto de CP de 1980	p. 299
2.2.9	La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo CP de 1983	p. 300
2.2.10	El Anteproyecto de CP de 1991 (última versión de 30 de diciembre)	p. 301
2.2.11	El Proyecto de CP de 1992	p. 303
2.2.12	El Anteproyecto de CP de 1994	p. 303
2.3	Breve referencia al Derecho comparado	p. 304
2.3.1	Italia	p. 304
2.3.2	Alemania	p. 304
2.3.3	Francia	p. 305
2.3.4	Portugal	p. 307
2.4	Sistemática y bien jurídico	p. 308
2.4.1	Introducción	p. 308
2.4.2	Planteamiento del tema en delito de revelación del secreto sumarial	p. 314
2.4.3	Interpretación del bien jurídico protegido	p. 317
A	Alemania	p. 317
B	Italia	p. 318
C	Evolución en la doctrina española	p. 320
a)	Antiguo Título VIII: <i>De los delitos de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos</i>	p. 321
b)	El Título XIX del CP de 1995: <i>Delitos contra la Administración Pública</i> . Análisis del concepto de Administración Pública	p. 323
c)	El Título XX del CP de 1995: <i>Delitos contra la Administración de Justicia</i> . Análisis del concepto de Administración de Justicia	p. 332
d)	Concreción del bien jurídico protegido en la revelación del secreto sumarial externo. Propuesta de ubicación del tipo que nos ocupa. Propuesta de redacción del artículo que tipifique la revelación del secreto sumarial externo	p. 342
2.5	Sujeto activo	p. 346
2.5.1	Problemas de autoría y participación	p. 346
A	Conceptuación del delito de revelación del secreto sumarial externo (art. 417 CP) como delito especial propio. Sus diferencias con los delitos de propia mano	p. 346
B	La infracción del deber específico extrapenal	

	como criterio de imputación objetiva al autor en los delitos de funcionarios en cuanto delitos especiales propios. Especial referencia a la autoría mediata del <i>intraneus</i> a través de la utilización del <i>extraneus</i> como instrumento doloso no cualificado	p. 350
C	Inexistencia de la autoría mediata del <i>intraneus</i> en el delito que tipifica el art. 417 CP, mediante la utilización del <i>extraneus</i> como instrumento doloso no cualificado	p. 362
D	Inexistencia de la autoría mediata del <i>intraneus</i> en el delito que tipifica el art. 417 CP, mediante la creación o el aprovechamiento de un error de tipo del <i>extraneus</i>	p. 364
E	Posibilidad de apreciar la autoría mediata del funcionario	p. 364
F	Participación del <i>extraneus</i> en la conducta típica del <i>intraneus</i>	p. 365
	a) Inducción y complicidad	p. 365
	b) Creación o aprovechamiento por parte del <i>extraneus</i> de un error de tipo del <i>intraneus</i>	p. 369
	c) Dominio de la voluntad del <i>intraneus</i> por parte del <i>extraneus</i>	p. 371
2.5.2	Concepto de "autoridad" y de "funcionario público"	p. 372
A	Autoridad	p. 373
	a) Mando	p. 375
	b) Jurisdicción propia	p. 376
	c) Miembro de alguna corporación, tribunal u órgano colegiado	p. 377
B	Funcionario público	p. 381
	a) Aceptación en derecho administrativo	p. 382
	b) Aceptación en derecho penal	p. 383
	a') Por disposición inmediata de la ley	p. 385
	b') Por elección	p. 388
	c') Por nombramiento de autoridad competente	p. 388
	d') Participación en el ejercicio de funciones públicas	p. 389
	c) Extensión del concepto de funcionario en el tipo del art. 417 CP	p. 392
2.5.3	La fuente del deber específico del funcionario (análisis de los conceptos <i>oficio</i> y <i>cargo</i>)	p. 396
2.6	Conducta típica	p. 409
2.6.1	El art. 417.1 CP.	p. 409
A	El término "revelar"	p. 410

Protección penal del secreto sumarial.

	B	Objeto de la acción: "el secreto y la información que no debe ser divulgada". Diferencias con la información "privilegiada" del art. 442 del CP .	p. 419
	C	Tipo cualificado: el 2º párrafo del art. 417.1. Especial referencia a "grave daño a tercero". Sus diferencias con el nº2 del art. 417.	p. 426
2.6.2		Interpretación del art. 417. 2. Propuesta para deslindar esta conducta de los artículos que tipifican la revelación de secretos ajenos	p. 433
	A	El art. 198 CP	p. 434
	B	El art. 199 CP	p. 441
	C	Propuesta de interpretación del art. 417.2 CP .	p. 446
2.7		Consumación y tentativa	p. 453
	2.7.1	Supuestos de tentativa idónea	p. 454
	2.7.2	Supuestos de tentativa inidónea	p. 455
	2.7.3	Error sobre la idoneidad del sujeto	p. 456
2.8		Tipo subjetivo	p. 461
2.9		El problema concursal	p. 466
	2.9.1	El delito de cohecho	p. 466
	2.9.2	El delito de uso de información privilegiada	p. 468
	2.9.3	Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos (artículos 413 a 415)	p. 478
	2.9.4	El delito de espionaje y el delito de revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional	p. 488
	2.9.5	Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos (artículos 197 a 199).	p. 493
3.		La revelación del secreto sumarial externo por abogado o procurador . .	p. 493
	3.1	Tratamiento en el CP. Texto refundido de 1973	p. 493
	3.2	Tratamiento en el Proyecto de CP de 1980 y en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo CP de 1983	p. 498
	3.2.1	El Proyecto de CP de 1980	p. 498
	3.2.2	La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo CP de 1983 .	p. 498
	3.3	Tratamiento en el Anteproyecto de CP de 1991, Proyecto de CP de 1992, Anteproyecto de CP de 1994 y CP de 1995 (LO 10/1995, de 23 de noviembre)	p. 499
4.		Responsabilidad en que incurre cualquier otra persona	p. 500
	4.1	Acceso al conocimiento sin relevancia penal	p. 500
	4.2	Acceso al conocimiento con relevancia penal	p. 502
	4.2.1	Participación en un delito especial	p. 503
	4.2.2	Subsunición de esta conducta en el tipo del art. 418 . .	p. 503
	A	Distinción entre la conducta que tipifica el art. 418 y la que prevé el art. 442	p. 506
	B	Distinción entre la mencionada conducta y la que tipifica el art. 197.3, 2º párrafo. Premisas para su interpretación	p. 508

5.	La revelación del secreto sumarial interno: art. 466 del CP	p. 512
5.1	Bien jurídico protegido	p. 513
5.2	Antecedentes del tipo	p. 518
5.2.1	El Proyecto de CP de 1980	p. 518
5.2.2	La Propuesta de Anteproyecto de Nuevo CP de 1983	p. 519
5.2.3	El Anteproyecto de CP de 1991 (última versión de 30 de diciembre)	p. 520
5.2.4	El Proyecto de CP de 1992	p. 520
5.2.5	El Anteproyecto de CP de 1994	p. 521
5.3	Sujetos activos	p. 522
5.4	Conducta típica	p. 527
5.5	Consumación y tentativa	p. 528
5.6	El problema concursal	p. 528
5.6.1	Los delitos de infidelidad en la custodia de documentos	p. 528
5.6.2	El delito de deslealtad profesional	p. 529
5.6.3	Los delitos de revelación de secretos ajenos	p. 529
5.6.4	El delito de revelación de secretos del art. 417.1 CP	p. 530
Capítulo II	Exclusión de la antijuridicidad. Posible justificación de estas conductas	p. 537
1.	En relación al derecho a la información. Art. 20. 4 de la C.E.	p. 537
1.1	La protección judicial de los derechos	p. 539
1.2	El derecho al honor y a la intimidad	p. 541
2.	Desde la óptica del derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Art. 105 de la C.E.	p. 541
3.	Desde la óptica del art. 417. 2º de la LECr.	p. 542
3.1	Colisión de deberes: deber de colaborar con la Justicia frente al deber de no declarar que se impone por razón de secreto	p. 542
3.1.1	Planteamiento	p. 542
3.1.2	Dimensión constitucional de los intereses en conflicto	p. 544
3.1.3	Cobertura legal del secreto	p. 548
3.1.4	Justificación concreta de la exención del deber de colaborar con la Justicia por razón de secreto a que hace referencia el art. 417. 2º, primer inciso, de la LECr.	p. 549
A	El principio de publicidad de los actos del Estado y de la Administración	p. 550
a)	Referencia al derecho comparado	p. 551
b)	España. El art. 105 b) de la C.E.	p. 555
B	Excepción: los secretos oficiales	p. 558
a)	El secreto de Estado	p. 562
a')	Ámbito concreto del secreto de Estado delimitado en base al bien jurídico protegido	p. 562
a. ¹	Obstáculos que dificultan su	

Protección penal del secreto sumarial.

	delimitación	p. 565
a. ²	Seguridad y defensa del Estado	p. 567
b')	Legislación sobre el secreto de Estado. Análisis de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales	p. 577
c')	Tipificación penal de la conducta de revelación del secreto de Estado. Relación de especialidad entre el art. 599 y el 417, ambos del CP	p. 584
d')	Tipicidad de la elusión del deber de colaborar con la Justicia	p. 586
e')	El control judicial sobre el legítimo ejercicio del secreto de Estado	p. 590
	e. ¹ Dificultades para su concreción	p. 593
	e. ² Soluciones aportadas por la doctrina al conflicto planteado	p. 595
	e. ³ Soluciones adoptadas por la Jurisprudencia	p. 606
	e. ⁴ El panorama en derecho comparado	p. 631
f')	Conclusión y toma de postura	p. 638
b)	Los secretos de la función pública	p. 643
	a')	El secreto sumarial en concreto p. 648
	b')	Especial referencia al secreto del confidente o informador p. 648
3.1.5	Interpretación de la expresión: " <i>no podrán ser obligados a declarar</i> " del art. 417 de la LECr.	p. 655
3.1.6	Conclusión	p. 656
4.	Anexo: Otras causas de justificación por razón de secreto previstas en la LECr.	p. 661
4.1	"Secretos familiares"	p. 661
4.2	El secreto religioso	p. 666
4.3	El secreto profesional	p. 669
	4.3.1 El secreto médico	p. 686
	4.3.2 El secreto del abogado	p. 697
	4.3.3 El secreto de la información periodística	p. 709

Sumario.

	A	Diferencias básicas de este secreto en relación al secreto profesional <i>stricto sensu</i>	p. 709
	B	Referencia al derecho comparado	p. 715
		a) Alemania	p. 715
		b) Francia	p. 716
		c) Italia	p. 717
		d) Estados Unidos	p. 718
		e) Reino Unido	p. 720
		f) Otros países: Portugal, Holanda, Suecia y Suiza	p. 720
	C	Normativa en España	p. 721
	D	Concreción de su fundamento	p. 724
	E	Alcance o límites	p. 726
	F	Especial referencia a las diferencias existentes entre el art. 20.1.d) y el art. 24.2 de la C.E. . .	p. 745
	5.	La prueba ilícitamente obtenida	p. 751
Capítulo III		Otros problemas conexos	p. 759
	1.	El problema de la posible violación del principio "non bis in idem". Especial referencia a las sanciones previstas en la L.O.P.J.	p. 759
	2.	El problema de la censura previa	p. 772
	3.	El posible secuestro judicial o administrativo	p. 774
		CONCLUSIONES GENERALES	p. 781
		BIBLIOGRAFÍA CITADA	p. 821

Introducción general

Introducción general

1. DELIMITACIÓN DEL OBJETO DE ESTUDIO.

Desde hace unos años, la información sobre los procesos penales ha adquirido una inusitada y preocupante trascendencia. Si bien es justo reconocer el importante papel que cumple en nuestra sociedad la publicidad de la justicia en general -con su excepción justificada en el secreto sumarial-, siendo un instrumento de control de la actividad judicial, y los medios de comunicación en particular, no es menos cierto que no siempre son estos sus intereses, sino que tras ellos se encierran otros de índole económica o política, dirigiendo su actividad hacia las noticias más impactantes no exentas de un posible significado tergiversado, lo que puede implicar una publicidad exagerada que conlleva grandes riesgos, como la incidencia en la imparcialidad de los Tribunales, entre otros derechos fundamentales potencialmente afectados.

De este modo, en este, como en tantos temas polémicos, surgen posturas enfrentadas, que se identifican, respectivamente con los intereses contrapuestos, es decir, bajo las expresiones *publicidad-secreto*, se oculta un auténtico conflicto, a saber, *el interés colectivo del derecho a la información y el individual del inculpado y de las personas que participan en el proceso, exigiendo el derecho a un juicio equitativo, al que está vinculada la publicidad del proceso y el derecho a la presunción de inocencia.*

La consecución de este equilibrio se enfrenta con la dificultad del espíritu de que se ven imbuidas las Constituciones actuales que admiten soluciones ponderadas, superando cualquier imposición de reglas.

Se pone así de manifiesto, }la necesidad de interpretar la vieja normativa

Protección penal del secreto sumarial.

(escasa, carente de una definición nítida de conceptos e incoherente en muchas ocasiones), adaptándola al texto constitucional y a los Convenios Internacionales aplicables a la materia, proponiendo soluciones alternativas a la realidad actual, caracterizada por estar en abierta contradicción con la previsión normativa, pues junto con el propósito de secreto sumarial destaca la continua filtración de noticias relativas a hechos *sub iudice* incluso desde dentro del proceso.

Ello requiere un permanente esfuerzo de ajuste por parte del sistema judicial y de los informadores teniendo siempre en cuenta el bien jurídico protegido preferentemente aplicable en cada caso concreto.

Por otro lado, no se ha perdido de vista, el estudio de los bienes jurídicos que se tutelan a través de los distintos secretos conexos, lo que ha exigido un tratamiento jurídico individualizado y radicalmente distinto en cada uno de ellos, tomando como pauta, en todo caso, la caracterización del secreto como *instrumento* de protección y nunca como *valor* en sí mismo.

2. MÉTODO.

Dado que el trabajo presentado se enmarca en el ámbito del Derecho penal, el método empleado será necesariamente jurídico-penal, sin olvidar también el aspecto jurídico-procesal del tema, debido a que el estudio del secreto sumarial - externo e interno- es el presupuesto procesal imprescindible que constituye el objeto de la conducta típica tanto del tipo de revelación del secreto sumarial externo (art. 417 CP: ...revelare *secretos*...) como interno (art. 466 CP: ...revelare *actuaciones procesales declaradas secretas*...). Tal presupuesto no convierte, sin embargo, esta investigación en un trabajo de corte procesal, sino que las constantes referencias —y, en ocasiones, amplias— a esta rama jurídica, se han pretendido utilizar sólo en cuanto han sido imprescindibles para la determinación o aclaración de cuestiones con evidente importancia y trascendencia en el ámbito penal. De este modo, se ha buscado en cada referencia procesal una consecuencia

en el orden penal, al mismo tiempo que se pretende demostrar la inescindible relación entre el derecho penal y el derecho procesal penal. El acercamiento a las aportaciones de esa rama del Derecho, así como a otras, como el Derecho administrativo y el Derecho constitucional, especialmente, es necesario, porque la Constitución es la referencia obligada a la que acudir cuando los bienes jurídicos enfrentados están constitucionalizados.

Teniendo en cuenta las anteriores consideraciones, la investigación se centra en los siguientes pilares: en primer lugar, se parte del análisis de la publicidad procesal desde su perspectiva jurídico-constitucional y de sus límites, es decir, los intereses en conflicto se concretan en las libertades de expresión e información, por un lado, y el derecho a un proceso justo e imparcial, por otro.

En segundo lugar, se hace hincapié en la perspectiva jurídico-procesal del límite de la publicidad del proceso en la fase instructoria, esto es, el secreto sumarial en sus dos aspectos, el externo y el interno, así como en la dimensión constitucional de los intereses protegidos a través del mismo, para interpretar la normativa procesal conforme a la Constitución.

En tercer lugar, y en lo que quiere ser su contribución fundamental, el trabajo se orienta a intentar integrar dogmáticamente en el ámbito del delito de revelación de secretos del art. 417 CP, la dimensión procesal y constitucional relativa al secreto sumarial externo, así como encontrar la sede dogmática que resulta más idónea para que el bien jurídico protegido en el secreto sumarial interno opere en el marco del delito de revelación de actuaciones procesales declaradas secretas, recogido en el art. 466 del nuevo Código Penal de 1995.

Y, por último, en cuarto lugar, se analiza la exclusión de la antijuridicidad de las conductas típicas estudiadas, primordialmente desde la óptica del art. 417.2 de la LECr, es decir, desde la incidencia que tiene la exención del deber de declarar en el proceso penal por razón de secreto.

Protección penal del secreto sumarial.

El derecho comparado, necesario en este tipo de investigación, ha sido incorporado no de forma conjunta a partir de la traslación completa de modelos más o menos cercanos, sino que la recepción de soluciones comparadas se ha realizado de modo sistemático al hilo de cuestiones concretas por entender que resulta metodológicamente más correcto, de forma que la referencia a estos derechos se realiza en diversas ocasiones a lo largo del trabajo.

En lo que se refiere a las fuentes de este trabajo, pueden agruparse en tres grandes apartados:

a) Respecto a las fuentes jurídico-positivas se ha prestado especial atención al contenido de los artículos 20.4, 120 y 24.2 de la Constitución y, como no podía ser menos, a la regulación de los delitos de revelación de secretos del art. 417 del CP y de revelación de actuaciones procesales declaradas secretas del art. 466 del CP. Ha sido preciso, igualmente acudir en numerosas ocasiones, como presupuesto indispensable, a la regulación procesal de la materia, a saber, los artículos 301 y 302 de la LECr que regulan el secreto sumarial, así como al art. 417.2 de la misma ley procesal para analizar la posible justificación de las conductas típicas, sin olvidar la evidente conexión con otros preceptos que aluden a los distintos secretos, tanto en sede penal como procesal, a los que se ha hecho referencia obligada por su indiscutible relación con el tema.

Por último, es muy importante la normativa supranacional aplicable a la materia, por lo que se ha estudiado especialmente el art. 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950.

b) Por lo que se refiere a las fuentes jurisprudenciales, fundamentalmente se ha atendido a la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional y, en menor extensión, a la derivada del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal), en primer lugar, porque, existe un cuantioso cuerpo de doctrina procedente del Tribunal Constitucional en la resolución de conflictos entre los bienes jurídicos afectados.

Y, en segundo lugar, porque la jurisprudencia emanada del Tribunal Supremo (Sala 2ª), en el campo de que se ocupa este trabajo ha sido muy escasa, debido a que estas conductas tradicionalmente se han castigado por la vía de la sanción disciplinaria.

c) Respecto de las aportaciones doctrinales que se vierten en las páginas de esta investigación, que también se encuentran recogidas en el apéndice bibliográfico, sin entrar ahora a realizar una valoración exhaustiva sobre las mismas, se pretende destacar que el análisis de este tema ha sido tratado fundamentalmente desde una perspectiva procesal y constitucional. La aportación de este trabajo, por el contrario, consiste en estudiar el tema partiendo de los presupuestos procesales y constitucionales e incardinarlos en la sistemática penal, llegando a la conclusión de que derivan tantos problemas de la inaplicación de la normativa procesal del secreto sumarial, que, una vez determinada la entidad de los bienes jurídicos dignos de protección, merecen ser tutelados por el Derecho penal, a pesar de su carácter de *ultima ratio*.

3. ESTRUCTURA.

Para concluir estas líneas introductorias hay que hacer referencia a la explicación de la estructura del presente trabajo, así como a las causas que han motivado su adopción.

La Tesis doctoral se estructura en dos grandes partes: la primera de ellas, está dedicada al estudio de los presupuestos procesales, que constituyen el punto de partida del posterior análisis de los tipos penales referentes a la revelación del secreto sumarial, a saber, las relaciones entre publicidad y secreto en el proceso penal. Esta primera parte se divide, a su vez, en tres capítulos, tras una introducción general de la materia, necesaria para precisar conceptos: el primero de ellos hace referencia a la normativa sobre el principio de publicidad procesal penal y se reseña brevemente la Jurisprudencia del T.E.D.H al respecto; el capítulo

Protección penal del secreto sumarial.

segundo se refiere a las funciones del principio de publicidad; y el tercero, sin duda el más importante de esta primera parte, se dedica a analizar los límites del principio de publicidad en el proceso penal. La parte segunda, que constituye el núcleo central de la obra en cuanto a importancia y extensión, está dedicada a estudiar los tipos de revelación del secreto sumarial externo e interno, dividiéndose, a su vez, en dos grandes capítulos y un tercero de menor entidad: el primero de ellos está dedicado al análisis de la tipicidad de los delitos objeto de la presente obra (artículos 417 y 466 del CP, respectivamente); el segundo capítulo opera en sede de antijuridicidad, estudiando la posible justificación de estas conductas, con especial referencia a la óptica que proporciona el art. 417.2 de la LECr; en el capítulo tercero, por último, se destacan otros problemas conexos con el tema objeto del presente trabajo, con especial referencia a las sanciones previstas en la L.O.P.J.

El Capítulo primero de la parte primera, consagrado a la normativa sobre el principio de publicidad procesal penal y a una breve reseña de la jurisprudencia del T.E.D.H, se estructura, a su vez, en cuatro epígrafes. El primero recoge el Derecho interno, en concreto, el derecho español que regula la materia con las correspondientes excepciones al principio de publicidad en la normativa española, así como la plasmación del mismo en las Constituciones europeas. El segundo, se refiere a la regulación en Derecho internacional, también con sus correspondientes excepciones. En el tercero se realizan unas pequeñas conclusiones sobre la normativa de este principio, destacando el carácter preferente de éste en el juicio oral, lo que no impide el establecimiento de límites más allá de los específicamente previstos en la Constitución. Como consecuencia de ello, en el cuarto epígrafe, se alude brevemente a la Jurisprudencia del T.E.D.H. sobre la materia.

En el Capítulo segundo, se destacan como funciones del principio de publicidad, el constituirse en garantía del individuo sometido a un proceso penal y el ser un importante criterio legitimador del Poder Judicial.

El Capítulo tercero se dedica a estudiar los límites al principio de publicidad procesal, haciendo especial hincapié en la consideración de las libertades de expresión e información frente al derecho a un proceso equitativo. En este sentido, se destaca, en el primer epígrafe, el papel que cumplen en este ámbito los medios de comunicación y su posible exceso, pudiendo llegar a crear el denominado *juicio paralelo*, lo que supone una distorsión para el proceso penal, concretada en tres aspectos fundamentales, que se identifican, respectivamente, con los tres subepígrafes que conforman este primer apartado: primero, la posible influencia sobre el órgano judicial (con especial referencia al juicio de jurado, al ser más vulnerables a la profusión de información), por lo que se reconoce una evidente conexión entre la publicidad del proceso y el derecho a la imparcialidad del juez. Segundo: el riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso. Y tercero: se destaca la existencia de otros intereses en conflicto, fundamentalmente, entre las libertades de expresión y de información y los derechos al honor y a la intimidad, reseñando el sólido posicionamiento de la Jurisprudencia del TC al respecto y extrayendo las correspondientes conclusiones de la evolución jurisprudencial.

Las soluciones que ofrece el Derecho comparado a estos problemas son analizados, asimismo, en este primer epígrafe del tercer capítulo, centrándose fundamentalmente el estudio en el sistema anglosajón y, en especial, en el Reino Unido -sin olvidar otros ordenamientos más cercanos al nuestro, como el italiano, el francés y el portugués-, cuyo instrumento utilizado por los tribunales para impedir las perturbaciones al regular funcionamiento de la Administración de Justicia es el *Contempt of Court* (calificándose como paradigma de esta institución, aquellas conductas que obstruyen el curso de la Justicia prejuzgando su resolución justa), lo que permite una respuesta más satisfactoria al conflicto planteado sobre la consideración de la limitación de la publicidad, para garantizar, no tanto la represión del delito cuanto un juicio justo e imparcial, y que servirá de pauta para reinterpretar la normativa sobre el secreto sumarial en nuestro país.



Protección penal del secreto sumarial.

El segundo gran epígrafe del tercer capítulo está dedicado a estudiar la regulación del secreto sumarial en España desde la óptica procesal (artículos 301 y 302 LECr) y constitucional (deducido del derecho reconocido al justiciable -art. 24 C.E.-). Dentro de este epígrafe, se analizan, en primer lugar, las dos clases de secreto sumarial -externo e interno-, matizando la diferencia entre ambos en los distintos bienes jurídicos que se ven afectados. En segundo lugar, se destacan las diferencias entre el sistema inquisitivo y el acusatorio a efectos de su relación con el carácter secreto del sumario. En tercer lugar, se parte de varias premisas, 1º, bien de la consideración, bien de la crítica a las diferentes posiciones doctrinales que estudian este tema, 2º, del análisis de la conflictiva realidad de nuestro sistema judicial y 3º, de la jurisprudencia constitucional que matiza las características del secreto sumarial, para proponer la propia tesis que arranca de la vigencia de la publicidad como derecho fundamental del proceso penal ponderada en el caso concreto. En consecuencia, se mantiene el secreto sumarial externo -acorde con el art. 24 del texto constitucional, con el art. 10.2 del Convenio Europeo y con el supuesto paradigmático del sistema de Contempt of Court anglosajón-, cuando la información que se limita en virtud del mismo intenta influir en el proceso, poniendo en peligro la imparcialidad del tribunal (independientemente de que se protejan otros intereses de forma indirecta). Y la funcionalidad del secreto interno previsto en el art. 302 LECr, se concreta en el aseguramiento de las pruebas, siempre como excepción al principio de publicidad de las partes en el proceso, limitado temporalmente (ha de levantarse antes de concluir esta fase sumarial) y sujeto a discreción judicial de forma justificada, esto es, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido.

El tercer epígrafe del tercer capítulo se ocupa de las restricciones a la publicidad tras la apertura del juicio oral, atendiendo especialmente a las consecuencias de la admisibilidad de la radio y la televisión en las audiencias procesales.

La segunda parte de este trabajo, de mayor extensión respecto a la anterior,

justificada en el análisis en profundidad de los problemas en sede penal, se centra en el estudio de los tipos de revelación del secreto sumarial e interno, y se estructura, a su vez, en tres grandes capítulos.

El primero de ellos está dedicado al examen de la tipicidad, en el cual, tras unas premisas previas -epígrafe primero-, se atiende a la revelación del secreto sumarial externo por funcionario público (art. 417 CP) -epígrafe segundo-, que, a su vez, se divide en nueve subepígrafes dedicados, respectivamente:

Primero, a una pequeña introducción.

Segundo, a los antecedentes y evolución del delito en los Codigos penales anteriores y en los Proyectos que han sido germen del CP actual, necesarios para entender su estructura.

Tercero, a reseñar el derecho comparado (Italia, Alemania, Francia y Portugal), demostrándose que la regla general sigue siendo el secreto en la fase instructoria, lo que refrenda la tesis de que entran en juego en el proceso una serie de intereses dignos de la máxima consideración y que sólo pueden tutelarse mediante el mantenimiento del secreto.

Cuarto, a proponer la sistemática correcta y la concreción del bien jurídico protegido en este tipo, deslindando del tipo genérico de revelación de secretos por funcionario, la concreta conducta típica de revelación del secreto sumarial externo, trasladándola al ámbito de los delitos contra la Administración de Justicia (T. XX del CP), con ubicación específica en el capítulo VII dedicado a la obstrucción a la justicia.

Quinto, al sujeto activo, comenzando por analizar: a) los problemas de autoría y participación que derivan de la calificación del tipo como delito especial propio, a saber, la infracción del deber específico extrapenal como criterio de

Protección penal del secreto sumarial.

imputación objetiva al autor en los delitos de funcionarios en cuanto delitos especiales propios, con especial referencia a la autoría mediata del *intraneus* a través de la utilización del *extraneus* como instrumento doloso no cualificado, la inexistencia de la autoría mediata del *intraneus* en el delito que tipifica el art. 417 CP, mediante la utilización del *extraneus* como instrumento doloso no cualificado, la inexistencia de la autoría mediata del *intraneus* en el delito que tipifica el art. 417 CP, mediante la creación o el aprovechamiento de un error de tipo del *extraneus*, la única posibilidad de apreciar la autoría mediata del funcionario a través de otro funcionario como autor ejecutivo, y, por último, los supuestos de participación del *extraneus* en la conducta típica del *intraneus*; b) los conceptos de *autoridad y funcionario público*; y c) la fuente específica del deber del funcionario, es decir, el análisis de los términos *oficio y cargo*, para llegar a la conclusión de que el *oficio* es innecesario al estar vacío de contenido.

Sexto, a la conducta típica, estructurando su estudio en los dos números que conforman el art. 417. Así, del primero, se estudia el término "revelar", el objeto de la acción ("el secreto y la información que no debe ser divulgada" y sus diferencias con la información "privilegiada" del art. 442 del CP) y el tipo cualificado (el 2º párrafo del art. 417.1 con especial referencia a "grave daño a tercero" y a sus diferencias con el nº 2 del art. 417). Y del nº 2 del art. 417 se atiende fundamentalmente a una propuesta de interpretación, partiendo de deslindar esta conducta de las que conforman los artículos que tipifican la revelación de secretos ajenos.

Séptimo, a los problemas de consumación y tentativa que se plantean en este tipo, prestando especial atención a los supuestos de tentativa idónea e inidónea y al error sobre la idoneidad del sujeto, destacando especialmente los problemas interpretativos que derivan de la redacción del actual art. 16 del CP.

Octavo, al tipo subjetivo, donde se demuestra que, al castigarse la modalidad imprudente de forma expresa en el CP actual, se ha zanjado la discusión doctrinal

existente al respecto sobre si era o no punible la modalidad imprudente en el concordante art. 367 del CP anterior.

Y, por fin, noveno, al problema concursal, reseñando las relaciones del tipo que se analiza con el delito de cohecho, con el delito de uso de información privilegiada, con los delitos de infidelidad en la custodia de documentos, con el delito de espionaje y el delito de revelación de secretos e informaciones relativos a la defensa nacional, y con los delitos de descubrimiento y revelación de secretos.

El epígrafe tercero de este primer capítulo está dedicado a la revelación del secreto sumarial externo por abogado y procurador, que a la luz del nuevo CP, ocasiona la misma relevancia jurídica que si lo revelara cualquier otra persona, es decir, la sanción disciplinaria prevista en el art. 301 de la LECr.

El cuarto epígrafe de este primer capítulo alude a la responsabilidad en que incurre cualquier otra persona al realizar esta conducta, en la que -fuera de los casos en que ha accedido a esa información procedente de un no funcionario, que acarreará responsabilidad disciplinaria, pero no penal-, se presta especial atención a los casos de participación en un delito especial y a la posibilidad de subsumir esta conducta en el tipo del art. 418, cuando el particular se aproveche de ese secreto en sentido estrictamente económico.

El quinto y último epígrafe de este capítulo se centra en analizar el tipo del art. 466, es decir la revelación del secreto sumarial interno, estudiando, primero: el bien jurídico protegido a raíz de la vinculación del art. 302 de la LECr con la dicción del citado precepto penal "actuaciones procesales declaradas secretas"; segundo: los antecedentes del tipo en los Proyectos que han precedido el actual CP; tercero: los sujetos activos de esta conducta -con especial referencia al abogado y procurador, por la relevancia que tienen dichos profesionales en el marco de la actual configuración del proceso como colaboradores imprescindibles del mismo, lo que a efectos de su relevancia penal, les separa, a diferencia de lo

Protección penal del secreto sumarial.

que ocurre con la violación de secreto sumarial externo, de cualquier otro particular no interviniente en el proceso; cuarto: la conducta típica, y quinto: las relaciones concursales.

El capítulo segundo, de esta segunda parte aborda la exclusión de la antijuridicidad de las conductas típicas anteriormente analizadas, desde tres ópticas, a saber, el derecho a la información (art. 20.4 C.E.), el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos y, la más importante, el art. 417.2 de la LECr. En este tercer epígrafe, el más importante del capítulo, se plantea un problema de colisión de deberes: el deber de colaborar con la Justicia frente al deber de no declarar que se impone por razón de secreto, donde se concreta la dimensión constitucional de los intereses en conflicto, para hallar posteriormente la cobertura legal del mismo, centrada en la exención del deber de colaborar con la Justicia a que hace referencia el primer inciso del art. 417.2 de la LECr. Esta exención (que excepciona, a su vez, el principio de publicidad de los actos del Estado y de la Administración) se concreta a través de los secretos oficiales, que se dividen en el secreto de Estado, por un lado, y en los secretos de la función pública, por otro. Al secreto de Estado se le dedica una notable extensión debido a la importancia y actualidad del tema y a que constituye la principal causa de exención del deber de colaborar con la justicia, previsto en el art. 417.2 LECr, cuya virtualidad operativa se manifiesta cuando la revelación de la materia clasificada pone en peligro el bien jurídico protegido, concretado, desde su compatibilidad con la Constitución, en la seguridad exterior del Estado en su dimensión militar y en la seguridad interior en los supuestos excepcionales en que peligre el orden público democrático, en concreto, terrorismo y crimen organizado y, a través de él bienes jurídicos personales, siempre que el uso en sí de esta materia no sea el delito que se investiga. La ponderación de *lege ferenda* debe realizarse por un órgano *ad hoc*, previo planteamiento de una cuestión prejudicial por parte del instructor. Por otra parte, dentro de las razones de eficacia y oportunidad que preside el secreto de la función pública, se estudia especialmente el secreto sumarial en su relación con el art. 417.2 LECr, ponderación que no es conflictiva porque los deberes enfrentados

son manifestación de un mismo principio constitucional derivado del art. 24, y, por otro lado, se abordan las ventajas e inconvenientes derivadas del secreto del confidente.

El cuarto epígrafe del tercer capítulo es un anexo denominado *otras causas de justificación por razón de secreto previstas en la LECr*, que si bien toca temas tangenciales de esta tesis, se ha creído oportuna su inclusión, como se ha indicado al principio de esta introducción, porque no se han olvidado otros secretos conexos que aun tutelando bienes jurídicos distintos, lo que impide una inducción de principios generales, tienen en común el ser instrumentos de protección. De este modo, se estudian en su relación con el deber de declarar en el proceso penal, los secretos familiares, el secreto religioso y el secreto profesional, dentro del cual se abordan los problemas fundamentales que presenta el secreto médico, el secreto del abogado y el secreto de la información periodística, con especial atención hacia este último, por su evidente vinculación con el secreto sumarial.

El quinto y último epígrafe de este capítulo analiza las consecuencias de la revelación voluntaria del secreto sumarial con fines probatorios, lo que provoca la nulidad de la prueba.

El capítulo tercero y último de esta segunda parte, aborda otros problemas conexos al tema de que se ocupa este trabajo, como son el problema de la censura previa, el posible secuestro judicial o administrativo y, especialmente, el problema de la posible violación del principio *non bis in idem*, con mención detallada a las sanciones previstas en la L.O.P.J., debido a la que frontera entre el ilícito penal y el administrativo en los delitos de funcionarios no siempre es nítida.

Por último, tras la exposición de las conclusiones generales de la presente obra, la investigación finaliza con la relación de las referencias bibliográficas citadas en su elaboración.

PARTE PRIMERA
PRESUPUESTOS PROCESALES:
PUBLICIDAD Y SECRETO EN EL PROCESO PENAL

Introducción

PARTE PRIMERA
PRESUPUESTOS PROCESALES: PUBLICIDAD Y SECRETO EN EL
PROCESO PENAL.

Introducción.

La llegada de la democracia y la posterior promulgación de la Constitución española de 1978, supuso el reconocimiento de la base de un régimen asentado sobre los Derechos Fundamentales y, concretamente, del derecho a la libertad de expresión y de información. La supresión del sistema de control preventivo sobre estos derechos, es decir, la abolición de la censura previa y la exigencia de resolución judicial para el secuestro de publicaciones o programas constituyen un buen ejemplo de ello¹.

De esta forma, el Poder Judicial ha pasado, paulatinamente, de ser uno de los temas más rigurosamente "tabúes"^{2 3} a ser punto de referencia en todos los medios de comunicación. Siendo públicamente criticados los poderes públicos en la actualidad, y resuelta sobradamente la cuestión de la calificación de la jurisdicción como un verdadero poder⁴, éste no podía constituir una excepción, con lo que su instrumento de actuación, el proceso, debe estar presidido por la publicidad.

¹ CARRILLO, Marc, La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas, Madrid: Civitas, 1993, p. 29.

² CASAS ESTÉVEZ, Javier M^a, "El Poder Judicial como sujeto del derecho a la información", en Poder Judicial, nºespecial XI, 1989, p. 191.

³ El mismo BECCARIA, ante este oscurantismo, 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" (BECCARIA, Cesare, De los delitos y las penas, Madrid: Alianza, 1968, pp. 50 y 51).

⁴ GIMENO SENDRA, Vicente, Fundamentos de derecho procesal, Madrid: Civitas, 1981, p. 29.

Protección penal del secreto sumarial.

El principio de publicidad predomina, pues, hoy, en la organización y funcionamiento de la Justicia.

"Procesalmente, se habla de publicidad desde el punto de vista de la percepción directa de las actuaciones desarrolladas por y ante el tribunal por personas que no forman parte de éste"⁵. El juicio público es un valor arraigado y extendido en nuestra civilización, de forma tal, que no se concibe un proceso equitativo sin publicidad⁶.

La publicidad de la justicia se caracteriza por su cariz político⁷ y por su historicidad⁸. En este sentido, la forma más tradicional de publicidad en el ámbito de la justicia penal -puesto que en el Antiguo Régimen la regla era el

⁵ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Temas del ordenamiento procesal, Tomo I: Historia. Teoría general, Madrid: Tecnos, 1969, p. 571. El mismo autor, "Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político", en Revista de derecho procesal Iberoamericano, nº 2-3, 1975, p. 322. Se adhiere a esta definición, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Notas sobre publicidad y proceso", en Poder Judicial, nº especial XI, 1989, p. 116. Con palabras similares la define ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario", en Libertad de expresión y derecho penal (AA.VV.), Madrid: Edersa, 1985, p. 168, como "la posibilidad de que personas ajenas a un Tribunal de Justicia puedan ver y oír los actos de un proceso o conocer el contenido de las actuaciones documentadas y de las resoluciones dictadas en el mismo". Otras acepciones de la "publicidad procesal" pueden verse en FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Los principios procesales de oralidad...", pp. 323 a 327. Igualmente, en LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, "Publicidad, indefensión y tutela judicial efectiva", en Actualidad Penal, nº 27, vol. II, 5-11 de julio, 1993, pp. 375 y 376.

⁶ En este sentido, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos judiciales en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos" (inédito), p. 3.

⁷ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Los principios procesales de oralidad...", pp. 322 y 330.

⁸ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Notas sobre publicidad...", p. 123. Vid., asimismo, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Los principios procesales de oralidad...", pp. 330 a 334. Un ejemplo ilustrativo de esa evolución del concepto de publicidad, nos la ofrece el propio derecho penal, que durante algún tiempo (desde el CP de 1870 al del 1944) la consideró como circunstancia mixta, facultando a los tribunales para su apreciación como circunstancia agravante o atenuante de la responsabilidad criminal, según los efectos y circunstancias del delito. Hoy, en cambio, la publicidad ha desaparecido en el CP de 1995, como circunstancia genérica modificativa de la responsabilidad criminal, como predijo, con acierto, la profesora Lamarca Pérez. Sobre esta circunstancia, vid., LAMARCA PÉREZ, Carmen, "La publicidad en Derecho penal. Una aproximación conceptual e histórica", en Anuario de derecho penal y Ciencias Penales, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1981, pp. 573 a 584. Y de la misma autora, "Sobre la posible supresión de la agravante genérica de publicidad", en Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, Madrid: Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1982, pp. 357 a 379.

secreto, en especial cuando predominaba en el ordenamiento procesal el principio inquisitivo-, estaba orientada hacia la prevención del delito y, en consecuencia, afectaba exclusivamente a la ejecución de la sentencia, como escarmiento de los espectadores. En el caso de penas infamantes, se pueden encontrar numerosos preceptos referentes a los requisitos y detalles de este modo de publicidad así como al ritual de las ejecuciones capitales⁹.

Frente al proceso escrito y secreto de la época del absolutismo, la publicidad vinculada al liberalismo político se refiere a las actuaciones judiciales y constituye la garantía de la imparcialidad del poder judicial, quedando relegada la ejecución de las penas a un ámbito de discreción.

En palabras de López Ortega¹⁰, "la publicidad de la justicia tiene desde su origen un doble fundamento individual y social". Se establecía no sólo para proteger al imputado contra la arbitrariedad de una justicia secreta sustraída al control público, sino que, además, se le asignaba una trascendental función como instrumento de control de la sumisión del juez a la ley, que servía para reforzar su efectiva aplicación¹¹.

⁹ ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 171.

¹⁰ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal a la luz de la doctrina del Tribunal europeo de Derechos Humanos", en Justicia n° 1, 1992, p. 128. El mismo autor, en "La información sobre procesos judiciales...", p. 6.

¹¹ Esta idea aparecía ya plasmada en las palabras muy significativas de FEUERBACH, Öffentlichkeit und Mündlichkeit der Gerechtigkeitspflege, Giesen, 1921, (cit. por LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 136), para el cual, la publicidad era símbolo de la "luz", del "bien" y de la "razón", mientras que el secreto o la clandestinidad se consideraban salidos del imperio de las "tinieblas", del "mal" y de la "arbitrariedad". Cfr., LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 136 y el mismo autor, "La información sobre procesos...", pp. 6 y 7. Igualmente, FERRAJOLI, Luigi, Derecho y razón. (Teoría del garantismo penal), Madrid: Trotta, 1995, p. 601. En el mismo sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional y medios de comunicación", en prensa, 1997, pp. 7 y 8, considera que en el ámbito político, la publicidad presenta connotaciones abiertamente positivas, que hunden sus raíces en los ideales de la Ilustración, como sinónimo de limpieza y honestidad. Presupuestos igualmente aplicables en el proceso penal, esto es, la publicidad favorecía el interés general en una administración de justicia transparente, y, en consecuencia, controlable; y, por otro lado, el interés individual del justiciable, que encontraba en la publicidad la condición indispensable para su defensa (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

Así pues, la publicidad en el liberalismo político -frente a lo que sucedía en el A.R., en el que el proceso penal estaba dominado por el secreto- constituye una garantía social que no sólo conlleva una revalorización de la justicia sino que connota también un control de la verdad de las leyes^{12 13}.

Generalización de la ley, verificación de la generalidad de la misma y control de su fiel aplicación podrían ser, en resumen, las notas características de la publicidad procesal en el período liberal¹⁴.

Sin embargo, al constatar que el concepto de publicidad de la justicia evoluciona en el tiempo, comprobamos que se concibe hoy de forma muy distinta a como se entendía en el proceso liberal, pues aún en el mencionado régimen era extraordinariamente restrictiva, solamente se exigía para el juicio oral que tan sólo afectaba a las personas presentes en el lugar de las sesiones como participantes o como espectadores¹⁵.

¹¹(...continuación)

y una garantía de la regularidad de las actuaciones. En el mismo sentido LUCAS, Javier DE, "Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", en Anuario de Filosofía del Derecho, VII, 1990. LUCAS, Javier DE, "De secretos, mentiras y razones del Estado", en Claves de Razón Práctica, nº 52, mayo, 1995, p. 23.

¹² AUBY, Jean, "Le principe de la publicité de la justice et le droit public", en Le principe de la publicité de la justice, Travaux du VI colloque des Instituts d'Etudes Juridiques, Paris, 1969, pp. 7 a 23.

¹³ Esa dimensión funcional de la publicidad como instrumento de control, de clara raigambre liberal, mantiene su plena vigencia hoy, en relación al sistema democrático de gobierno, por lo que podríamos afirmar, con COUTURE, Eduardo J., Fundamentos del derecho procesal civil, 3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1988, pp. 192 y 193, que "la publicidad, con su consecuencia natural de la presencia del público en las audiencias judiciales, constituye el más precioso instrumento de fiscalización popular sobre la obra de magistrados y defensores. En último término, el pueblo es el juez de los jueces".

¹⁴ Sobre la interpretación de la justicia y de sus relaciones con la sociedad y con el poder político en el nuevo régimen, así como la mutación del juez y de la función de la ley en este período, vid., NEUMANN, Franz, Lo stato democratico e lo stato autoritario, Bologna: Il Mulino, 1973, pp. 245 a 296.

¹⁵ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 128.

El cambio hasta nuestros días ha sido sustancial. Por un lado, se ha producido una progresiva distanciamiento derecho-ley con la consiguiente complejidad de ésta, cada vez más especializada que dificulta un control de su generalidad y, podría decirse, de su legitimidad. Se hace necesario, en consecuencia, un juez cada vez más profesionalizado¹⁶. En este sentido, la publicidad del liberalismo ha perdido en gran parte su significado salvo en la motivación de las resoluciones¹⁷ y en la acción popular¹⁸. Es claro, en este sentido, que el sistema de elección de jurados y escabinos, implica que el proceso se hace más público. No obstante, esta posible "popularidad" puede no coincidir conceptualmente con la total "publicidad", pues puede existir la posibilidad de que un tribunal de jurados actúe de modo secreto para los terceros y aún para las partes¹⁹.

En segundo lugar, la publicidad se orienta a descubrir los actos del juez, para que éste, al igual que todos cuantos forman parte de la Administración de Justicia, se sientan responsabilizados ante la sociedad y, en cierto modo, den cuenta a la misma del uso que hacen del poder que aquélla deposita en sus manos. La publicidad sirve, en este sentido, de garantía para conseguir una recta e imparcial justicia. Así, el juez se responsabiliza de su actuación, inmediatamente, frente a los perjudicados y culpables, y mediatamente, frente

¹⁶ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Notas sobre publicidad...", p. 128.

¹⁷ Artículo 120.3 C.E.: "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública".

¹⁸ Nos referimos a su posible uso en defensa de los intereses colectivos. Así, el art. 7 LOPJ en relación al art. 24.1 C.E.

ART. 7.1 LOPJ "Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución vinculan, en su integridad, a todos los Jueces y Tribunales y están garantizados bajo la tutela efectiva de los mismos".

ART. 24.1 C.E. "Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión".

¹⁹ FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Los principios procesales de oralidad...", p. 323.

Protección penal del secreto sumarial.

a la sociedad en general²⁰.

Y, por último, la publicidad se ha extendido al círculo de participantes indirectos a través de los medios de comunicación²¹, dejando de ser, en definitiva, un medio de control inmediato de la actividad judicial para transmutarse en control desde el espectáculo (*show*) judicial²².

Por ello, el principio de transparencia de los asuntos públicos, en general y de la justicia, en particular, requiere una interpretación adecuada, pues el reconocimiento de este principio si bien no garantiza de forma directa un derecho del ciudadano contra el secreto público, se convierte en condición indispensable para una efectiva operatividad del mismo, fundamentalmente, mediante el instrumento de los medios de comunicación social²³.

En este sentido, los medios de comunicación social cumplen dos importantes funciones: por un lado, están llamados a ser un importante

²⁰ ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 171.

²¹ En este sentido, la STC 30/1982, de 1 de junio mantiene que "el principio de publicidad de los juicios garantizado por la Constitución (art. 120.1) implica que estos sean conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal presencia les permita adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc., están en la imposibilidad de hacerlo".

Y la STC 96/1987, de 10 de junio sostiene que "en orden a la publicidad del acto... lo que importa no es tanto la presencia efectiva de asistentes cuanto la posibilidad de que cualquier ciudadano pueda presenciar el juicio mientras se disponga de espacio para ello".

²² PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Notas sobre publicidad...", p. 129.

²³ BERMEJO VERA, José, "Alcance y límites de las garantías jurídicas de las libertades de expresión e información", en Introducción a los Derechos Fundamentales, vol. II, Madrid: Ministerio de Justicia, 1988, p. 1410. Y, en mayor profundidad, por el mismo autor, "El secreto de las administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas del Ordenamiento jurídico español", en REDA, nº 57, 1988, pp. 17 y ss.

instrumento de control de la justicia²⁴ y, por otro, colaboran activamente con ella, al promover en los ciudadanos esa misma conciencia de colaboración²⁵.

Sin embargo, no siempre son estos los intereses de los medios de comunicación, sino que tras ellos se encierran intereses económicos²⁶, políticos o de cualquier tipo y, con frecuencia, su centro de mira apunta a lograr una mayor atención en los destinatarios de las informaciones, lo que conlleva, en numerosas ocasiones, a dirigir su actividad, al servicio de tales intereses, hacia las noticias más impactantes no exentas de un posible significado tergiversado, desafiando a los propios principios rectores de la justicia penal.

Por ello, y en relación con la justicia, esa publicidad, exagerada a veces por esos medios de comunicación social (*publicidad-espectáculo*)²⁷ conlleva grandes riesgos, especialmente para el imputado, que ha de soportar el reproche continuo a su conducta por otras personas ajenas totalmente al proceso, lo que supone el obstáculo más serio a su resocialización y, en consecuencia, un atentado grave a la presunción de inocencia. Este riesgo se hace especialmente

²⁴ En tres aspectos, fundamentalmente, según destaca MONTERO AROCA, Juan, "El derecho a la información y la función jurisdiccional"..., pp. 2701 a 2703, esto es, garantizar su independencia, denunciar su ineficacia y controlar el funcionamiento de sus tribunales.

²⁵ GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, "Algunos aspectos de la relación justicia-medios de comunicación social, en Justicia 91, nº3, 1991, p. 609.

²⁶ Sobre la presión económica de los medios de comunicación, SÁNCHEZ AGESTA, Luis, "Simplicidad y complejidad del art. 20 de la Constitución", en Revista de la Asociación de Editores de Diarios Españoles, nº 12, 1986, p. 14, opina que hay determinadas informaciones en las que la palabra *interés* no tiene siempre un sentido moral, sino muchas veces material y tangible. "El vendedor de papel, -continúa- el comprador del periódico y el comunicante pueden influir con sus medios económicos aún más eficazmente que el Gobierno o el poder del Estado, en la libertad de información y de expresión de los juicios, según la clásica denuncia marxista de que en la base de la difusión de noticias y de opiniones hay un dominio del capital y una presión económica aún más poderosa que la propiamente política... Y quien dice de un periódico, quiere decir también una emisora de radio o televisión".

²⁷ Denominación empleada por LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal..." p. 129. El mismo autor, "La información sobre procesos...", pp. 7 y 8. PACIOTTI, Elena, "Principios democráticos, opinión pública y control de legalidad" (traducción de Perfecto ANDRÉS IBÁÑEZ), en Jueces para la Democracia, nº 25, marzo, 1996, pp. 29 a 33, pone varios ejemplos, extraídos de su propia experiencia, que constatan lo que ella denomina *publicidad-dramatización*.

Protección penal del secreto sumarial.

patente a través de la influencia que ejerce la televisión, transformándose en un poder cercano a lo hegemónico, al servicio de quien la controla, alterándose de este modo, por completo las reglas del juego democrático y el papel de la opinión pública, alteraciones entre las que cabe destacar la presentación a los presuntos delinquentes como convictos, la sustitución de la información completa por la noticia o la rápida movilización o desmovilización de las informaciones²⁸.

En cualquier caso, es preciso tener en cuenta que cuando se habla de publicidad como "libre acceso del público a la sala donde se desarrolla la actividad procesal", estamos hablando de la publicidad en el juicio oral; si, por el contrario, aludimos a "la asistencia del imputado o su defensor a los actos instructorios", o bien de la simple posibilidad de que ellos "tomen conocimiento, después de practicadas, de las actuaciones sumariales", nos estaremos refiriendo a la publicidad dentro de la fase instructoria²⁹.

Partiendo de estos dos modos de entender la publicidad procesal, todos los juristas coinciden en que la publicidad es el principio general del proceso penal *en la fase del juicio oral* propiamente dicho.

Así, son de sobra conocidas las frases de insignes autores que reseñamos a continuación y que hacen referencia precisamente a esta etapa del proceso:

*"Donde no hay publicidad, no hay
justicia porque la publicidad es el alma misma de la
justicia".*

(Jeremy BENTHAM).

²⁸ LUCAS, Javier, DE, "De secretos, mentiras...", p. 26.

²⁹ Sobre las distintas acepciones de la publicidad procesal, vid., ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., pp. 173 y 174.

"La publicidad del proceso es, a nuestro modo de ver, la esencia del sistema democrático de gobierno".

(Eduardo J. COUTURE,
Fundamentos del derecho procesal civil,
3ª ed., Buenos Aires: Depalma, 1988, p.
192).

"Dadme el juez que vosotros queráis, parcial, corrompido, incluso que sea mi enemigo; no me importa, siempre que él tenga que juzgar cara al público".

(MIRABEAU en la Asamblea
Constituyente de la Revolución
francesa).

Paralelamente, la investigación de los hechos delictivos desde tiempo inmemorial fue *secreta*³⁰ con el fin de evitar la impunidad y lograr su segura represión. La instrucción se llevaba a cabo sigilosamente, y sólo posteriormente, con la sustitución del sistema inquisitorio por el dispositivo, se encomendó a órganos judiciales, convirtiéndose en fase preparatoria del proceso, con el consiguiente revestimiento de las garantías propias del juicio: oralidad, publicidad³¹ y contradicción, especialmente en el modelo anglosajón, mientras

³⁰ Sobre el desarrollo histórico del secreto instructorio, vid., MELE, Vittorio, Il segreto istruttorio, Pubblicazioni della facoltà giuridica dell'università di Napoli, XLIII, Napoli: Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, pp. 93 a 115.

³¹ Sobre la relación entre los principios de oralidad y de publicidad en el proceso, véase, FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, "Los principios procesales de oralidad...", pp. 327 a 336. En concreto, este autor afirma que la oralidad está íntimamente vinculada a la publicidad y puede ser tratada como una garantía implícita de las normas constitucionales que prevén ésta. Esta "oralidad" se concibe como simple principio técnico -juntamente con sus conexos de intermediación y concentración- y se considera como una "forma exterior de actos", que unida al principio de publicidad -cuyo carácter político ha
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

que en el continental aquellos principios se combinan con la idea de pesquisa o indagación.

En definitiva, bajo las expresiones publicidad-secreto en el proceso, se oculta el verdadero conflicto: defensa de la sociedad y defensa del imputado. Y esas aspiraciones representan intereses igualmente relevantes, puesto que ni el Estado puede dejar indefensa a la sociedad en la lucha contra el delito, ni la sociedad puede dejar de estar informada de esa lucha que le afecta, y, por otra parte, ni el acusado puede verse privado de la presunción de inocencia hasta que se dicte sentencia firme de culpabilidad³².

Encontrar un equilibrio entre todos los intereses en conflicto, fundamentalmente el interés colectivo del derecho a la información y el individual del imputado y de las personas que participan en el proceso exigiendo el derecho a un proceso equitativo, no es tarea fácil.

La búsqueda de este necesario equilibrio topa con el obstáculo propio del constitucionalismo contemporáneo, de no admitir repuestas categóricas sino soluciones dúctiles y ponderadas. En este sentido, las Constituciones actuales, incluyen en su seno valores y principios contradictorios, reflejo de una sociedad pluralista, conflictos que deben ser resueltos partiendo de una técnica de ponderación en el caso concreto, que supere a la imposición de reglas fijas³³.

³¹(...continuación)

quedado claro- es una fuerza constructora muy potente de la *auctoritas* de que deben gozar los tribunales. Ambos principios ligados, contribuyen a conseguir los objetivos sociales del proceso, entre ellos, el lograr la confianza del pueblo en la administración de justicia.

³² ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 175.

³³ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 1.

Capítulo I

Normativa sobre el principio de publicidad procesal penal y breve reseña de la Jurisprudencia del T.E.D.H al respecto

1. Derecho interno.
 - 1.1 Derecho español.
 - 1.2 Excepciones al principio de publicidad en la normativa española.
 - 1.3 Plasmación del principio de publicidad en las Constituciones europeas.
2. Derecho Internacional.
 - 2.1 Excepciones.
3. Conclusiones.
4. La Jurisprudencia del T.E.D.H.

Capítulo I. Normativa sobre el principio de publicidad procesal penal y breve reseña de la Jurisprudencia del T.E.D.H. al respecto.

1. Derecho interno.

1.1 Derecho español.

La publicidad en el proceso, no sólo constituye un principio constitucional de los modernos sistemas jurídicos, sino un viejo principio del enjuiciamiento, plasmado ya en el siglo VII en nuestro Fuero Juzgo, en una Ley de Recesvinto (libro VII, título IV, ley VII): "Todo juez que deve justiciar algun ome, o algun malfechor non lo deve justiciar en escusado, mas paladinamente ante todos"¹.

Aunque adquirió rango constitucional por primera vez en el artículo **302 de la Constitución de Cádiz de 1812** -que indicaba "el proceso de aquí en adelante será público en la forma y modo que determinen las leyes"-, ha sido acogido en su sentido actual, por nuestro **legislador constitucional de 1978**, en el **artículo 120.1** "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento" -las leyes de procedimiento a que se refiere el art. 120 son la LOPJ, la LECr y la Ley Orgánica Procesal Militar-, afirmación que es completada en **nº3 del mismo artículo 120** pues se insiste en la transparencia de la función jurisdiccional al ordenar la motivación y la publicidad de las sentencias: "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública".

Es preciso destacar, asimismo, que puesto que la garantía de publicidad de las actuaciones judiciales aparece como un logro del Estado de Derecho, en

¹ Aclara con precisión ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 172, que el término "justiciar" se emplea no en el sentido de ejecutar la sentencia sino en el de "juzgar".

Protección penal del secreto sumarial.

este sentido, la publicidad debe entenderse como la facultad que asiste a los ciudadanos de percibir y conocer las actuaciones llevadas a cabo por los tribunales de Justicia². Así queda conectado tal principio con el artículo 24.2, según el cual "Todos tienen derecho...a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías..."³.

Conectado con el principio de publicidad, debemos destacar dos derechos que lo complementan: el derecho a la libertad de expresión del art. 20.1.a) C.E.: "A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción" y el derecho a la libertad de información del art 20.1.d) C.E. en su doble vertiente de derecho a estar informado y derecho a informar: "A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión".

Como complemento de este último artículo no debemos olvidar el acceso de los ciudadanos a la información del art. 105 b) C.E.: "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos", pues, aún relacionado con la libertad de información, goza de autonomía. No estamos, en este caso, ante el supuesto en que la información del sujeto quede condicionada al criterio del informador, sino ante la búsqueda activa, por parte del sujeto, de la información⁴.

² SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "El secreto sumarial como límite al derecho a la libertad de información", en Cuadernos de derecho judicial nº33: La libertad de expresión y el derecho penal, Madrid: C.G.P.J., 1993, p. 287.

³ Es preciso apuntar, aunque sea someramente, y sin perjuicio de su tratamiento con mayor profundidad en otros capítulos, las diferencias existentes entre el art. 120 y el 24.2 de la C.E., pues, de lo contrario, no tendría sentido acoger la publicidad procesal en dos preceptos diferentes con distinta ubicación. En este sentido, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Notas sobre publicidad...", p. 121, propone los siguientes matices: art. 120 alude a todos los juicios, el 24.2 está referido, únicamente, a los penales; el 24.2 goza de la protección reforzada de los derechos fundamentales, el 120 no entra dentro de tales derechos. Se refiere asimismo a este tema, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, El principio del proceso debido, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 208 y 209.

⁴ En este sentido, GARCÍA HERRERA, Miguel Angel, "Estado democrático y libertad de expresión", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 65, 1982, p. 199.

Normativa sobre el principio de publicidad.

Por otro lado, el artículo 120 se manifiesta en la Constitución en numerosas ocasiones (así, arts. 9.3, 80, 91, 96.1, el ya citado 105, etc).

El desarrollo del art. 120 C.E. se realiza a través del art. 232.1 de la **Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)** ("las actuaciones judiciales serán públicas con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento") y de las normas procesales que regulan los diferentes tipos de procedimiento.

En el proceso penal, el art. 302.1 de la **LECr** determina como regla la publicidad del sumario para las partes: "Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento", si bien el propio artículo admite excepciones (Cfr., *infra*).

Con posterioridad al sumario, rige, en principio, la regla de la publicidad. Así, según el art. 649 de la **LECr**, dictada la resolución por la que se comunica la causa al Fiscal o al acusador privado para que califique los hechos, "serán públicos todos los actos del proceso".

De otra parte, el art. 680.1 de la **LECr** prescribe el principio de publicidad para el juicio oral ("Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad")⁵.

En el proceso penal militar, la **Ley Orgánica 2/1989 de 13 de abril, Ley Procesal Militar**, establece que las actuaciones judiciales serán predominantemente orales y públicas (art.68).

⁵ En el proceso civil, las normas referentes al principio de publicidad se contienen en los arts. 313 ("Las diligencias de prueba y las vistas de los pleitos y demás negocios judiciales, se practicarán en audiencia pública"), 364 ("las sentencias...el juez...las leerá en audiencia pública...") y 570 de la **Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC)** ("Toda diligencia de prueba, incluida la de testigos, se practicará en audiencia pública...") y en la **Disposición Adicional 8ª de la Ley 30/1981 de 7 de julio** en relación con los procesos matrimoniales. En los órdenes contencioso-administrativo y laboral se contiene, respectivamente, el mencionado principio en los arts. 76 de la **Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (LRJCA)** y en el art. 74 de la **Ley de Procedimiento Laboral (RDL 521/1990 de 27 de abril)**.



Protección penal del secreto sumarial.

Por otro lado, las decisiones, autos y sentencias que adopten los jueces y magistrados, son siempre públicas. "Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública" (art. 120.3 C.E.). En el proceso penal, la ley dispone su lectura en audiencia pública (art. 147.5 LECr)⁶.

Las sentencias, una vez extendidas y firmadas por el juez o por todos los magistrados que las hubieren dictado, serán depositadas en la secretaría del juzgado o tribunal, y cualquier interesado podrá tener acceso a las mismas (art. 266 LOPJ).

Por último, El Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en el art. 4.5 atribuye a éste la facultad de "informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan, siempre en el ámbito de su competencia y con respeto al secreto del sumario".

1.2 Excepciones al principio de publicidad en la normativa española.

Puesto que ningún derecho puede concebirse de modo absoluto, la publicidad de las actuaciones judiciales y el derecho a la libertad de información tienen sus límites. Las excepciones a este principio general de publicidad de las actuaciones judiciales están previstas, en primer lugar, en el propio art. 120.1 que admite la posibilidad de que las leyes de procedimiento establezcan límites a esa publicidad.

Por su parte, los límites a la libertad de información están previstas constitucionalmente en el art. 20.4 "Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia".

⁶ La misma regla rige en el proceso civil (arts. 364 y 365 LEC).

Las excepciones al principio de publicidad de los juicios previstas en la legislación son numerosas: así, el **art. 232.2 de la LOPJ** establece: "Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones".

En el proceso penal, a) la fase de instrucción del sumario está presidida por la regla del secreto: "las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral" (**art. 301 de la LECr**); y "los testigos declararán separada y secretamente a presencia del juez instructor y del secretario" (**art. 435 LECr**)⁷.

En el proceso penal militar, regulado por la **LO 2/1989, de 13 de abril**, se declara en el **art. 147, primer inciso** que "las diligencias del sumario serán secretas".

Para las partes, el sumario, como apuntamos *supra*, no es secreto como consecuencia del principio acusatorio, sin embargo, también para aquéllas la publicidad del sumario admite excepciones: **art. 302. 2 de la LECr** "Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio Fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo, mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas (...)".

La LO Procesal Militar, art. 147, 2 determina los motivos en los que ha de fundamentarse el secreto del sumario para las partes: "por motivos fundados de orden público o de interés militar, de protección de personas y libertades, por

⁷ En el proceso civil, el **art. 572 LEC**, el juez puede disponer que "se practiquen a puerta cerrada aquellas diligencias de prueba que puedan producir escándalo u ofensa a la moral".

También pueden los jueces y tribunales disponer de oficio "que se haga a puerta cerrada el despacho y vista de aquellos negocios en que lo exijan la moral y el decoro" (**art. 314 LEC**).

Protección penal del secreto sumarial.

razones de disciplina, o, en general, cuando así lo exija o resultare conveniente a la tramitación del procedimiento".

b) En cambio, en el juicio oral, aunque rige como regla el principio de publicidad, cabe, asimismo, una excepción: los debates podrán celebrarse a puerta cerrada "cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito, o a su familia". La decisión de celebrar el debate a puerta cerrada corresponde al Presidente de oficio o a petición de los acusadores y previa consulta al tribunal que deliberará en secreto sobre esa decisión, pero su acuerdo deberá consignarse en auto motivado (**art. 680.2 y 3 LECr**). La decisión podrá acordarse antes de comenzar el juicio o en cualquier estado del mismo. En este caso, todos los concurrentes despejarán el local, salvo las personas lesionadas por el delito, los procesados, el acusador privado, el actor civil y los respectivos defensores (**arts 681 y 682 LECr**).

También son secretas tanto las deliberaciones de los tribunales, como el resultado de las votaciones (**art. 233 LOPJ**). En consecuencia, la discusión y votación de autos y de sentencias se verificará siempre a puerta cerrada (**art. 150 LECr⁸**).

Aunque el resultado de las votaciones que preceden a las resoluciones judiciales de los tribunales es secreto, sin embargo, la ley permite la publicación de los votos particulares (**art. 233 LOPJ**).

Por último, el personal al servicio de la Administración de Justicia, así como los miembros del Ministerio fiscal, guardarán el debido secreto de los asuntos reservados que conozcan por razón de su cargo, según el **Reglamento Orgánico 249/1996, de 16 de febrero, de los Cuerpos Oficiales, Auxiliares y Agentes de la Administración de Justicia**, para los primeros, y la **Ley 50/1981**,

⁸ En el proceso civil (art. 343 LEC).

para los segundos.

1.3 Plasmación del principio de publicidad en las Constituciones europeas.

El legislador constituyente de 1978 para incorporar el principio que estudiamos, ha seguido, de un lado, lo ya establecido en el artículo 302 de la Constitución de 1812 y, de otro, la línea observada por las Constituciones Europeas.

Como ejemplos de algunas de ellas, podemos destacar: La Constitución austriaca, art. 90 establece que 1. "Serán orales y públicas las vistas en los litigios de derecho civil y penal, si bien se podrán establecer excepciones mediante ley". 2. En el procedimiento penal regirá el proceso acusatorio (*Anklageprozess*). La Constitución belga declara en el art. 96 que "Serán públicas las audiencias de los tribunales, a menos que esta publicidad sea peligrosa para el orden público o las buenas costumbres, circunstancia que deberá declararse por auto del propio tribunal. En materia de delitos políticos y de prensa, sólo se podrá acordar por unanimidad la celebración de audiencia a puerta cerrada" (*huis clos*). La Constitución de Luxemburgo, en su art. 88, dice "que las audiencias de los tribunales serán públicas, a menos que tal publicidad sea peligrosa para el orden o las costumbres. En este caso el tribunal lo declarará por medio de la correspondiente resolución". La Constitución de Portugal establece, al respecto en el art. 211 que, "Serán públicas las audiencias de los Tribunales, salvo cuando el mismo Tribunal disponga lo contrario, por auto motivado (*en despacho razonado*), para la salvaguarda de la dignidad de las personas y de la moral pública o para garantizar su normal funcionamiento"⁹.

⁹ Hemos reseñado aquellas Constituciones Europeas donde el principio de publicidad procesal aparece plasmado con mayor rotundidad. Una recopilación de las Constituciones Europeas puede verse en DARANAS PELÁEZ, Mariano, Las Constituciones Europeas, Vol. I Y II, Madrid: Editora Nacional, 1979. Y las Constituciones recogidas en concreto, *ibidem*, pp. 289, 388, 1323 y 1609.

2. Derecho Internacional.

Esta norma no se reduce al ámbito interno de cada uno de los Estados. Se acoge también en la **Declaración de Derechos Humanos aprobada en Nueva York, el 10 de diciembre de 1948, artículo 10**: ("Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un Tribunal independiente e imparcial..."); en la **Convención Europea para la salvaguarda de Derechos del Hombre y las Libertades fundamentales (firmada en Roma, el 4 de noviembre de 1950), artículo 6.1**: ("Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable..."); y en el **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, artículo 14.1**.

La Convención de Roma fue firmada por España en Estrasburgo, el 24 de noviembre de 1977 y ratificado y aprobado por las Cortes Generales, publicándose en el B.O.E. de 10 de octubre de 1979. El Pacto Internacional fue también firmado y ratificado por España, publicándose en el B.O.E. de 30 de abril de 1977.

Asimismo, el principio de publicidad de los juicios se conecta con el derecho a comunicar y recibir información, establecido en el **artículo 10 de la Convención**: ("Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras..."), plasmándose, de este modo, el principio de publicidad mediata, principio que sólo se conseguirá de forma plena cuando se refiera a un número indeterminado de personas¹⁰. También, en el **art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos**: ("Todo individuo tiene derecho a

¹⁰ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 125.

la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión". Y en el **art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**: "1. Nadie podrá ser molestado a causa de sus opiniones. 2. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección...".

2.1 Excepciones.

El art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 prevé que la presencia en la totalidad o en parte de los juicios pueda ser prohibida a la prensa y al público "por consideraciones de moral, de orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia; pero toda sentencia penal o contenciosa será pública excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o en la tutela de menores".

En el mismo sentido, **el artículo 10.2 del Convenio Europeo (1950)** dispone: "El ejercicio de estas libertades que entrañan derechos y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones

Protección penal del secreto sumarial.

confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial".

Destacamos la inclusión de este Derecho Fundamental en las Declaraciones Universales debido a la importancia que revisten en nuestro Derecho interno los Convenios Internacionales, en virtud del criterio hermenéutico contenido en el **artículo 10.2 C.E.**: ("Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España").

Asimismo, conviene reseñar que tales declaraciones no hacen distinción entre el juicio oral y la fase sumarial del proceso.

Por otro lado, es preciso advertir que las excepciones adolecen de vaguedad: *Razones de moralidad, de orden público, seguridad nacional en una sociedad democrática, etc.*

3. Conclusiones.

De la regulación anteriormente expuesta se pueden extraer las siguientes conclusiones:

Primera: el carácter preferente de la publicidad de los debates en el juicio oral.

Segunda: las excepciones vinculadas a la anterior regla, serán aplicables a discreción judicial, siempre en resolución motivada.

Tercera: el contenido de la motivación viene delimitado por conceptos

jurídicos indeterminados, como el *orden público*, que encierra multitud de significados, como la seguridad del Estado, la paz en los lugares de uso común, el respeto a los órganos constitucionales y el normal funcionamiento de los servicios públicos¹¹.

4. La Jurisprudencia del T.E.D.H.

La interpretación de estos preceptos se examina, entre otras, en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 10 de febrero de 1983: caso **Preto**; de 8 de diciembre de 1983: caso **Axen**; y de 22 de febrero de 1984: caso **Sutter**, donde se afirma que "la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales señalado en el artículo 6.1, protege a los justiciables contra una justicia secreta que escapa al control público". Y especialmente en el caso **Sunday Times**, de 26 de abril de 1979 -objeto de análisis más pormenorizado, *infra*, en el epígrafe 1.3 *Soluciones adoptadas en Derecho comparado*- en cuyo fundamento 65 se precisa el alcance del concepto de libertad de expresión en su relación con la Administración de Justicia, de forma que las informaciones aparecidas en la prensa sobre decisiones judiciales quedan amparadas por el art. 10 del Convenio de Roma: "Estos principios tienen una relevancia especial para la prensa. Se aplican igualmente en el campo de la Administración de Justicia, que sirve a los intereses de toda la colectividad y exige la cooperación de un público instruido. Es una opinión generalizada que los tribunales no pueden operar en el vacío. Son competentes para resolver los conflictos entre las partes, pero eso no quiere decir que, con anterioridad, puedan dar lugar a debates, bien sea en revistas especializadas, en la prensa o en la opinión pública. Además, si los medios de comunicación no deben franquear los límites fijados por los fines de una buena administración de la política, sí les compete comunicar informaciones e ideas sobre cuestiones de las que conocen los tribunales (...).

¹¹ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia", en Estudios sobre el Código penal de 1995. (Parte especial), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 225 y 226.

Protección penal del secreto sumarial.

A esta función de comunicación se añade el derecho del público a recibirla"¹².

Asimismo, el contenido de la libertad de expresión, en relación con el art. 10 del Convenio de Roma de 1950, el art. 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de Nueva York de 1948 y el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 1966, se delimita por el TEDH, a través, entre otras, de las siguientes sentencias: en el caso **Hanayside**, el Tribunal define la libertad de expresión como "uno de los fundamentos esenciales de la sociedad, una de las condiciones primordiales para su progreso y para el desarrollo de los hombres. Al amparo del art. 10.2 es válida aquélla que choca, inquietan u ofenden al Estado. Tales son las derivadas del pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin las cuales no existe una sociedad democrática".

En la sentencia **Lingens**, de 8 de julio de 1986 se señala: "La libertad de expresión proporciona a la opinión pública los mayores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes políticos. Pertenece al corazón mismo del concepto de sociedad democrática que inspira el Convenio".

Igualmente, en la sentencia **Castells**, de 23 de abril de 1992, se afirma el papel eminente de la libertad de expresión en el Estado de Derecho, que permite a cualquier persona participar en el libre juego del debate político constituyendo el centro mismo de una sociedad democrática, en la que el control de los actos de gobierno recae no sólo en el poder legislativo y judicial sino también sobre la prensa y la opinión pública¹³.

¹² Sobre el concepto de "libertad de expresión" en la jurisprudencia del T.E.D.H., vid., TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, "La libertad de expresión en la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Cuadernos de derecho judicial, nº33: La libertad de expresión y el derecho penal, Madrid: C.G.P.J., 1993, pp. 72 y ss.

¹³ Sobre estas tres últimas sentencias, vid., MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión", en Estudios sobre el Código penal de 1995 (Parte especial), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 188 a 190.

Capítulo II

Funciones del principio de publicidad

Capítulo II. Funciones del principio de publicidad.

Como premisa previa, conviene recordar, aunque sea obvio, que el principio de publicidad, además de ser una garantía institucional del poder judicial, se constituye en derecho fundamental gozando de la posición privilegiada ("preferred position")¹ que proporciona el recurso de amparo.

Como principio procesal que es, la publicidad supone, en primer lugar, una garantía del individuo sometido a un proceso penal. Es el aspecto subjetivo e interno de la publicidad: subjetivo, porque lo que interesa prioritariamente son los derechos del justiciable, más que el eventual control externo de las decisiones de la justicia. E interna, porque es una publicidad, en primer lugar, para las partes en el proceso y, secundariamente, destinada a la difusión social². Esta publicidad interna, es pues, un aspecto del derecho de defensa y de la prohibición de toda indefensión, conectada más que con el derecho a un proceso público (art. 24.2 C.E.) y la publicidad de las actuaciones judiciales (art. 120.1 C.E.), con la proscripción de toda indefensión (art. 24.1 C.E.) y con el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 C.E.). Los titulares del derecho a la publicidad interna son las partes procesales³. Esta publicidad interna tiene, pues, rango de derecho fundamental, siendo de aplicación obligatoria y directa por los tribunales sin necesidad de norma alguna que defina su exacto contenido.

¹ Nuestra jurisprudencia constitucional se refiere al tema en STC 6/1981, de 16 de marzo; STC 30/1982, de 1 de junio; STC 12/1982, de 31 de marzo; STC 66/85, de 23 de mayo, STC 115/87 de 7 de julio y STC 12/1988, de 31 de marzo, STC 143/1991, de 1 de julio, entre otras. (Cfr., al respecto, *infra*, el subepígrafe B. Soluciones adoptadas por la jurisprudencia. Si se desea profundizar en el tema, véase ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Libertad de información y publicidad de los juicios (En torno a la sentencia del Tribunal Constitucional de 1 de junio de 1982)", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 67, 1982, pp. 107 a 126.

² PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 9.

³ MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto en el proceso penal, Granada: Comares, 1996, pp. 3 y 4.

Protección penal del secreto sumarial.

Por tanto, es una norma completa que contiene un mandato de directa aplicación⁴.

Asimismo, por medio de este principio, se le garantiza el sometimiento a un sistema judicial que no escape al control público, impidiendo, de esta forma, las posibles manipulaciones o interferencias del poder político en el ejercicio de la facultad de juzgar^{5 6}. Es decir, además de ese interés individual, la publicidad se concibe desde una perspectiva social⁷. En este sentido, este principio se constituye en uno de los más importantes criterios legitimadores del Poder Judicial⁸. A este tipo de publicidad es al que se refieren directamente tanto el art. 120.1 de la C.E. ("las actuaciones judiciales serán públicas...") como el art. 24.2 ("todos tienen derecho a un proceso público...")⁹.

Se consigue así, mediante la publicidad procesal, un control social del sistema judicial base de su legitimidad democrática, al tratar de evitar la desconfianza en la justicia, siendo una consecuencia del principio de separación

⁴ LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, "El derecho a la publicidad de los terceros al proceso", Actualidad Penal, nº 48, vol.II, 27 de diciembre 1993/ 2 de enero 1994, pp. 701 y 702.

⁵ Esta idea conecta con el artículo 9.1 de la C.E.: "Sometimiento de los poderes públicos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico", y con el art. 9.3: "Interdicción de la arbitrariedad", que no se conseguirá en tanto en cuanto las actuaciones del poder judicial no sean públicas.

⁶ Estas dos funciones básicas del principio de publicidad son destacadas asimismo, por GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa. El debido proceso y la protección del honor, de la intimidad y de la imagen, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1995, pp. 17 a 22.

⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", pp. 9 y 10, considera que esta dimensión social de la publicidad adquiere toda su importancia, cuando se abandona la creencia, simplista en el siglo XIX y más compleja en la actualidad, en la unidad de solución justa o correcta, entonces la publicidad se erige en un elemento esencial tanto de la legitimidad como de la crítica de la jurisdicción.

⁸ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial y el derecho a la información", en Actualidad Penal nº 31/ 30 agosto-5 septiembre 1993, pp. 445 y 446.

⁹ Cfr., MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús, Publicidad y secreto..., p. 4. Sin embargo, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, "El derecho a la publicidad de los terceros...", p. 702, vincula la publicidad externa exclusivamente al art. 120 C.E., lo que supone un principio programático en la Administración de Justicia, de naturaleza jurídico-política que precisa de ulterior concreción legislativa para definir su contenido.

de poderes y de la correspondiente independencia judicial¹⁰.

Esta legitimación de la función jurisdiccional, que se alcanza gracias a la publicidad procesal, implica, asimismo, una función controladora del poder político.

Dicha función de control es confiada, tanto a los propios jueces, a través del llamado "control jurídico" -haciendo compatible el ejercicio de los distintos derechos y libertades en conflicto-, como a los periodistas, mediante el denominado "control social" -control este último unido a la libertad de expresión y cuya fuerza reside sobre todo en su credibilidad social pues es la sociedad la que en definitiva le otorga ese control¹¹, lo que promueve, al mismo tiempo, el interés social por la labor jurisdiccional, al ofrecerse a la vista de todo el pueblo como titular de la soberanía¹².

Estas dos funciones básicas del principio de publicidad aparecen recogidas con claridad en la STC 96/1987, de 10 de junio¹³.

¹⁰ FAIRÉN GUILLÉN, V., "Los principios procesales de oralidad...", p. 327, lo matiza diciendo: "La publicidad del proceso es un principio basado en la exigencia política de llegar a conseguir la desaparición de la desconfianza popular en la justicia. La publicidad general es un medio de controlar la falibilidad humana de los jueces; un medio de que el pueblo controle al propio poder judicial; un medio de excitar su propio interés por la Administración de Justicia; emana del principio democrático de la soberanía nacional, siendo una consecuencia del principio de separación de los poderes estatales y de la correspondiente independencia judicial". Como el propio autor reconoce, p. 327, esta matización política es apreciada por toda una serie de autores. También, el mismo autor, en Temas del ordenamiento procesal..., pp. 575 y 576. En el mismo sentido, MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 9.

¹¹ MONTERO AROCA, Juan, "El derecho a la información y la función jurisdiccional", en Actualidad Administrativa, nº47, semana 14-20, diciembre, 1987, pp. 2692 y 2693.

¹² ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "la publicidad del sumario"..., p. 171.

¹³ Dice expresamente la citada sentencia: "El principio de publicidad, plasmado en el art. 120.1 C.E. tiene una doble finalidad. Por un lado, proteger a las partes de una justicia sustraída al control público, y por otro, mantener la confianza de la comunidad en los Tribunales, constituyendo en ambos sentidos tal principio una de las bases del debido proceso y uno de los pilares del Estado de Derecho... La publicidad del proceso ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de legitimidad constitucional de la Administración de Justicia".
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

En definitiva, el titular de este derecho es el ciudadano sometido a juicio, interesado en la publicidad del proceso como garantía de la independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia. Pero junto a esta dimensión individual de la publicidad, existe otra social referente al control público de las actuaciones del poder judicial, constituyéndose así en la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre¹⁴. Su fundamento reside en las libertades de información y de opinión, consagradas en el artículo 20 C.E., verdadero elemento de unión entre la opinión pública y la justicia¹⁵.

Aunando ambas funciones, deducimos el fundamento mismo del principio de publicidad, su trascendencia garantista del proceso justo¹⁶ (que comprende la obligación de garantizar que el justiciable sea juzgado por un tribunal imparcial e independiente¹⁷) y el refrendo que, en este aspecto recibe de los textos

¹³(...continuación)

En iguales términos se pronuncia la STC 12/1988, de 31 de marzo: "El reconocimiento y la garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada al pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático. El art. 20 defiende la libertad en la formación y en el desarrollo de la opinión pública, pues la libertad en la expresión de las ideas y los pensamientos y en la difusión de motivos es necesaria premisa de la opinión pública libre".

¹⁴ En la STC 6/1981, de 16 de marzo, se conceptúa, por primera vez, el art. 20 de la C.E., como garantía del mantenimiento de la opinión pública libre, "sin la cual quedarían vaciados otros derechos que la Constitución consagra (...) y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el art. 1, apartado 2º de la C.E. y que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política".

¹⁵ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, "La publicidad de los debates y de las decisiones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y en la del Tribunal Constitucional", en Seminario de profesores de la Facultad de Derecho. Zaragoza, 1985, pp. 646 y 647. En el mismo sentido, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "libertad de información y proceso penal...", p. 127. SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "El secreto sumarial como límite...", p. 287. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión".... pp. 191 y 192. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 10.

¹⁶ Sobre los elementos del proceso penal justo, véase, MORENILLA RODRÍGUEZ, José M^a, "Garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Poder judicial, número especial II: Justicia penal, 1987, pp. 203 a 216.

¹⁷ Cfr., MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto...., p. 21.

Funciones del principio de publicidad.

constitucionales. No obstante, para conocer su dimensión en plenitud, es preciso depurar sus límites, en la medida en que la propia publicidad puede comprometer ese derecho al juicio justo cuando aquélla resulte incontrolada.

Capítulo III

Límites al principio de publicidad

1. Medios de comunicación y juicios paralelos.
 - 1.1 Planteamiento del tema: Problemas que surgen al respecto.
 - 1.1.1 Posible influencia sobre el órgano judicial.
 - A Especial referencia al juicio de jurado.
 - 1.1.2 Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial.
 - 1.1.3 Otros intereses en conflicto.
 - A Planteamiento.
 - B Soluciones adoptadas por la jurisprudencia.
 - a) Criterio de exclusión.
 - b) Criterio de la necesaria ponderación.
 - c) Criterio de la concurrencia normativa.
 - d) Aplicación de la doctrina de la proporcionalidad.
 - C Conclusiones.
 - 1.2 Soluciones adoptadas en Derecho comparado.
 - 1.2.1 Sistema anglosajón.
 - A El Reino Unido.
 - a) Premisa previa. Naturaleza del *Freedom of speech*.
 - b) Concepto y rasgos fundamentales del *Contempt of Court*. Diferencia con el desacato en derecho penal español.
 - c) Conductas calificadas como *Contempt of Court*.
 - a') Scandalising the court.

- b') Prejudicing a fair trial.
- c') Disobedience to an order of the court.
- d') Victimisation of witnesses and jurors.
- e') Contempt in the face of the court.
- f') Refusing to answer questions.

d) La *Contempt of Court Act* de 27 de julio de 1981.

- a') La acción del *Contempt*.
- b') Procedimiento.
- c') Otras facultades del Tribunal.
- d') Situación en la práctica tras la entrada en vigor de la Ley de 1981.

- B Estados Unidos.
- C Conclusión.

- 1.2.2 Francia.
- 1.2.3 Italia.
- 1.2.4 Portugal.

2. Secreto sumarial.

2.1 Planteamiento: su significado en el proceso penal.

2.1.1 Especial referencia al procedimiento abreviado.

2.2 Clases de secreto sumarial.

2.2.1 Secreto sumarial externo.

- A El último inciso del primer párrafo del art. 301 de la LECr.
- B Análisis de la expresión "revelación indebida" del art. 301 de la LECr.

2.2.2 Secreto sumarial interno.

2.2.3 Diferencias y analogías entre ambas modalidades de secreto sumarial.

2.3 El sistema inquisitivo en la instrucción y su relación con el carácter secreto del sumario.

2.4 Tesis doctrinales.

2.5 La realidad en nuestro sistema judicial.

2.6 Notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional.

2.6.1 Naturaleza excepcional.

2.6.2 Instrumento para la protección de otros bienes

constitucionalmente relevantes (Análisis del Auto del TC 61/1981, de 17 de junio; la STC 62/1982, de 15 de octubre; la STC 13/1985, de 31 de enero; la STC 14/1985 de 1 de febrero; la STC 176/1988, de 4 de octubre; la STC 171/1990, de 12 de noviembre, el Auto del TC 419/1990, de 28 de noviembre y el Auto del TC 195/1991, de 26 de junio.)

- A Previsión de la excepción en una norma con rango de ley (art. 53.1 C.E.)
- B Previsión de la excepción en otro bien constitucionalmente relevante.
- C Congruencia entre la medida prevista y la procuración de dicho valor así garantizado.

3. Restricciones a la publicidad tras la apertura del juicio oral. (Análisis de las Sentencias STC 30/1982, de 1 de junio; 10 de junio de 1987; 30/1986, de 20 de febrero.)

3.1 Celebración de los debates.

3.1.1 Doctrina constitucional.

3.1.2 Especial referencia a la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales.

- A España.
- B Derecho comparado.
- C Conclusión.

3.2 Discusión y votación de las sentencias.

Capítulo III. Límites al principio de publicidad.

Las razones hasta ahora expuestas en favor de la publicidad procesal, parece inclinarnos a considerar que se trata de un derecho que no entra en conflicto con ningún otro valor. Pensar así equivaldría a admitir un modelo de normas o de reglas, que en caso de conflicto excluiría la ponderación, reconociéndose preferencia absoluta a una de las reglas, en este caso, la publicidad, que declarararía, bien inválido automáticamente el secreto, o bien, se introduciría una cláusula genérica de excepción que eliminara el conflicto. Ambas soluciones adolecen de inconstitucionalidad, porque reconocer preferencia absoluta a uno de los valores supone ir en contra del espíritu constitucional actual, que se concreta en la coexistencia de los valores en conflicto¹.

Sin embargo, nada más lejos de la realidad. No nos hallamos ante una colisión de reglas sino ante un conflicto entre derechos, que no significa la pérdida de validez de ninguno de ellos, ni tampoco es necesario formular una cláusula de excepción con carácter general, para eliminar un valor en beneficio de otro, sino que, por el contrario, exige una técnica de ponderación que atempere los contenidos de los valores en pugna en su aplicación práctica, lo que fortalece la posición del juez, pues es al que corresponde otorgar preferencia a uno de los dos valores en el caso concreto².

Sentada, pues, la base de la consideración de la publicidad como un

¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 4. Sobre las diferencias de comportamiento de los principios y de las normas cuando cada una de estas categorías entra en conflicto con otra de su misma clase, así como la sustitución de las reglas por los principios en el constitucionalismo actual, vid., ALEXY, Robert, El concepto y la validez del derecho, trad. por J.M. Seña, Barcelona: Gedisa, 1994, pp. 159 y ss. Y el mismo autor, Teoría de los derechos fundamentales, trad. por Ernesto Garzón Valdés (título original: *Theorie der Grundrechte*), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, pp. 81 a 138.

² PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 4. Sobre la ponderación, vid., ZAGREBELSKY, Gustavo, El derecho dúctil. Ley, derechos y justicia, trad. por M. Gascón, Madrid: Trotta, 1995, pp. 109 y ss.

Protección penal del secreto sumarial.

principio relativo que debe atemperarse en el caso concreto, es preciso, como siguiente paso, concretar sus límites.

Los límites de la publicidad, como de cualquier otro valor constitucional, quedan definidos, precisamente, cuando se relacionan con otros valores fundamentales que la Constitución protege. Entre los límites explícitos, en el ámbito interno, destaca el art. 18 de la C.E. (derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen), derechos que si son lesionados por un medio de comunicación, pueden subsanarse también mediante el derecho de rectificación (LO 2/84, de 26 de marzo), y el secuestro de publicaciones (art. 20.5 C.E.), y, por otro lado, la protección judicial de los derechos del artículo 24.2 de la C.E..

Los límites implícitos, por el contrario, al no estar recogidos expresamente en la Constitución, sólo pueden deducirse en el caso concreto, cuando entran en conflicto con otros valores constitucionales, como la independencia del Poder Judicial (artículo 117.1 de la C.E.), valor que nos interesa analizar a los efectos del presente estudio. A este respecto, debemos examinar si es lícito o no, por ejemplo, que la prensa opine sobre cuál ha de ser la solución justa de un proceso pendiente.

En el plano internacional, destacamos, nuevamente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 14.1 que prevé que la presencia en la totalidad o en parte de los juicios pueda ser prohibida a la prensa y al público "por consideraciones de moral, de orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del Tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto, la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la Justicia; pero toda sentencia penal o contenciosa será pública excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o en la tutela de menores".

En el mismo sentido, el artículo 10.2 del Convenio Europeo (1950): "El ejercicio de estas libertades que entrañan derechos y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial"³ ⁴.

1. Medios de comunicación y juicios paralelos.

1.1 Planteamiento del tema: Problemas que surgen al respecto.

Tanto a nivel nacional⁵ como internacional⁶, se ha desarrollado una

³ Límites, como se puede comprobar, basados en aspectos que van desde la seguridad interior y exterior del Estado, la defensa del honor y de la moral, y la protección de la imparcialidad del poder judicial, y que son, por otro lado, tal como manifiesta SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "Sistemas posibles dentro del área penal, sobre la determinación de los límites al ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social", en Poder judicial, nº especial XIII, p. 253, más amplios que los establecidos por la Constitución española.

⁴ En concreto, los términos "autoridad e imparcialidad del poder judicial", han sido analizados por el TEDH, en la Sentencia de 29 de agosto de 1997 (Worm v. Austria) (83/1996/702/894), en el fundamento 40, considerando que la expresión "autoridad del poder judicial" refleja fundamentalmente la idea de que los Tribunales de Justicia son los órganos apropiados para resolver las controversias jurídicas y para pronunciarse sobre la culpabilidad o inocencia de quien es acusado penalmente, de forma tal que los ciudadanos interioricen tal valor y que su aptitud para cumplir tal función les inspire respeto y confianza. La "imparcialidad" ha sido definida, en el mismo fundamento de la citada sentencia, siguiendo el Tribunal su propia doctrina, como la ausencia de prejuicio o prevención, estando en el fondo de la cuestión, la confianza que los Tribunales deben proporcionar al acusado en un proceso penal y a los ciudadanos en general. Sobre la imparcialidad, cfr., *infra*, 1.1.1 Posible influencia sobre el órgano judicial, fundamentalmente, el caso *Piersack*.

⁵ Destacamos, a título de ejemplo, la sentencia de 26 de junio de 1991 del Tribunal Constitucional (Boletín de Jurisprudencia Constitucional, nº 6, octubre de 1981 -RA 123-. B.O.E. de 13 de agosto) que aborda el tema de los juicios paralelos y el derecho a un juicio equitativo, afirmando que "la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación en la medida que pueden interferir en el curso del proceso y prejuzgar y perjudicar su defensa".

extensa jurisprudencia en torno a la influencia de los "mass media" en el desarrollo del proceso, admitiendo que una publicidad abusiva puede perjudicar la necesidad de que el proceso se desarrolle equitativamente. Así, los Tribunales se han ocupado de concretar los límites de la publicidad procesal, de ponderar la influencia de una campaña de prensa en el carácter equitativo del proceso y en el derecho a la presunción de inocencia.

La filtración de noticias judiciales puede llegar a crear lo que se denomina "juicios paralelos". Se entiende por tal, "el conjunto de informaciones aparecidas a lo largo de un período de tiempo en los medios de comunicación sobre un asunto "sub iudice", a través de los cuales se efectúa una valoración sobre la regularidad legal y ética del comportamiento de personas implicadas en los hechos sometidos a dicha investigación judicial. Tal valoración se convierte ante la opinión pública en un "juicio paralelo" en el que los diversos medios de comunicación ejercen los papeles de fiscal y abogado defensor, así como, muy frecuentemente, de juez"⁷. Y es que, como acertadamente se ha señalado, "lo opuesto al secreto es el conocimiento y no la noticia, que es sólo ilusión de conocimiento y que, en manos de los aparatos de propaganda (...), son la más perfecta coartada: procuran la ilusión de la máxima transparencia cuando, en realidad, el torrente de noticias, de escándalos y denuncias deja a menudo intactos los auténticos secretos"⁸.

Una profundización en el tema de los juicios paralelos nos lleva a pensar

⁶(...continuación)

⁶ Véase al respecto, los comentarios a determinados casos conocidos en el marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos que desarrolla LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos judiciales...", pp. 9 a 12 y 19 a 25, especialmente.

⁷ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales", en Poder Judicial, número especial XIII, 1990, p. 123. Otra definición proporcionan DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., p. 22, "juicios edificados sobre acusaciones que aparecen en titulares, con testimonios y pruebas realizadas al margen de cualquier garantía procesal, con veredictos e incluso con penas de infamia pública".

⁸ LUCAS, Javier DE, "De secretos, mentiras...", p. 26.

que los mismos suponen una distorsión para el proceso penal tal como se configura en nuestra Constitución y en la LECr.

Las dudas surgen cuando se trata de concretar en qué consiste la posible distorsión, o dicho en otras palabras, qué principios y valores del proceso penal quedarían afectados por ese "juicio"⁹. En efecto, la actividad del juicio paralelo no es otra que el ejercicio de la libertad de expresión e información a través de los medios de comunicación, por tanto, prima facie, aparece involucrado el artículo 20.1 C.E. y por otro lado, el artículo 18.1 (derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen) de las personas afectadas, que se pueden encontrar inermes ante una campaña informativa¹⁰.

Sin embargo, no necesariamente la formulación de hipótesis o la emisión de opiniones sobre las posibles causas de los hechos sobre los que se informa - aunque éstos estén siendo investigados por los tribunales- se puede calificar de "juicio paralelo", es decir, no toda conjetura sobre hechos *sub iudice* afecta a la independencia del Poder Judicial adoptando la calificación de *juicio paralelo*¹¹.

Por el contrario, es posible que el juicio paralelo se conforme en una sola información, de suerte que prejuzgue un pronunciamiento de culpabilidad. También hay juicio paralelo cuando se publica o retransmite sólo una parte de la información o incluso, una sola diligencia, por ejemplo, la confesión previa del

⁹ BERLANGA RIBELLES, Emilio, "Los llamados juicios paralelos y la filtración de noticias judiciales", en Poder Judicial, número especial XIII, 1990, p.111.

¹⁰ De la misma opinión, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo; "en torno a los llamados juicios paralelos...", p. 124.

¹¹ Este es el sentido que se deduce de la STC 6/1996, de 16 de enero, en la que se expresa que "no basta con invocar rumores obtenidos de medios policiales o de sectores cercanos a E.T.A., tampoco es relevante que el sujeto se halle procesado o condenado por otro hecho similar; si la publicación "no se limitó a desvelar la existencia de una investigación en curso, sino que hizo suya una versión de los hechos en la que se parte de que el afectado ha sido intermediario en el referido secuestro, anticipando así peligrosas y graves conclusiones...".

acusado, al publicar el "fallo" sin necesidad de celebrar el juicio¹².

A estos efectos interesa resaltar, a grandes rasgos, la diferencia que existe entre la libertad de expresión y la de información¹³. En sentido amplio, la primera engloba ambas, pero en sentido estricto, la información se refiere a datos de hecho, cuya realidad resulte constatable, mientras que la libertad de expresión incluye la emisión de opiniones o juicios de valor¹⁴. No obstante, no faltan opiniones, que identifican ambas libertades, así, hay quien afirma¹⁵ que "la libertad de expresión es hoy, también, y quizá antes que otra cosa, derecho a la información, es decir, un derecho del ciudadano a ser y estar debidamente informado, porque sólo así será materialmente posible el ejercicio, de otro modo ilusorio, de la libertad de opinión y de la exteriorización de esas opiniones". En parecido sentido, y partiendo de la idea de que la libertad de opinión no equivale a la libertad de expresión, al menos desde un punto de vista formal, se afirma¹⁶ que la libertad de opinión se refiere a una dimensión estática, mientras que la libertad de expresión tiene un especial componente dinámico, de suerte que permite comunicar la propia reflexión particular a los demás. Entonces, si la

¹² VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 205, citando sentencias del Tribunal Supremo norteamericano.

¹³ Vid., al respecto, entre otros, BERMEJO VERA, José, "Alcance y límites...", p. 1396. TERRÓN MONTERO, Javier, "Libertad de expresión y Constitución", en Documentación Administrativa, nº 187, 1980, pp. 217 a 220. Sobre la acotación al significado de "libertad de expresión", vid., PABLOS, José Manuel DE, "Límites a la libertad de comunicación de la expresión", en Poder Judicial, nº especial XIII, 1990, p. 224. Sobre el derecho a la información en concreto, SORIA, Carlos, "El derecho a la información en la Constitución española", en Persona y Derecho, nº 11, 1984, pp. 79 a 119.

¹⁴ HERRERO-TEJEDOR, Fernando, "La crónica de tribunales en los medios", en la obra común: Derecho penal para profesionales de la información (adaptado al nuevo Código penal), Madrid: Instituto de Estudios penales marqués de Beccaría, 1995, p. 210. Opinión corroborada por el TC, a través, entre otras, de las siguientes sentencias: STC 105/1990, de 6 de junio y STC 172/1990, de 12 de noviembre.

¹⁵ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, "El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales", en Revista de Derecho Administrativo, nº 8, 1974, pp. 115 y 116.

¹⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "Comunicación, información y derechos fundamentales", en Poder Judicial, nº 41-42, 1997, p. 301.

libertad de información supone comunicar y recibir mensajes informativos, no parece que exista una gran diferencia conceptual.

En todo caso, para solventar los problemas que se reseñan a continuación hay que partir del intento de potenciar los mecanismos de autorregulación¹⁷. En este sentido es importante el tratamiento que el Código Deontológico de la Profesión Periodística, aprobado por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España en la asamblea general celebrada en Sevilla, en noviembre de 1993, ha dado al tema de las informaciones sobre asuntos judiciales por parte de los periodistas¹⁸. Importante en cuanto a declaración de intenciones, pero no suficiente, pues al respecto no podemos evitar pensar nuevamente en asuntos como *Alcasser* o *Arny* sobre los que al informar determinados periodistas, se han vulnerado continuamente tales principios.

1.1.1. Posible influencia sobre el órgano judicial.

Los mass media, al informar y opinar sobre la justicia, sobre los procesos, sobre las actuaciones de los jueces, o bien crean opinión pública, o bien influyen

¹⁷ MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 49 y 50. En el mismo sentido, VIDAL-FOLCH, Xavier, "Jueces, leyes y periodistas", en Poder Judicial, nº especial XI: El Poder Judicial en el conjunto de los Poderes del Estado y de la Sociedad, 1989, pp. 255 y 256.

¹⁸ En efecto, el Código Deontológico propone lo siguiente: "5. El periodista debe asumir el principio de que toda persona es inocente mientras no se demuestre lo contrario y evitar al máximo las posibles consecuencias dañosas derivadas del cumplimiento de sus deberes informativos. Tales criterios son especialmente exigibles cuando la información verse sobre temas relacionados con los Tribunales de Justicia.

a. El periodista deberá evitar nombrar en sus informaciones a los familiares y amigos de personas acusadas o condenadas por un delito, salvo que su mención resulte necesaria para que la información sea completa y equitativa.

b. Se evitará nombrar a las víctimas de un delito, así como la publicación de material que pueda contribuir a su identificación, actuando con especial diligencia cuando se trate de delitos contra la libertad sexual.

6. Los criterios indicados en los dos principios anteriores se aplicarán con extremo rigor cuando la información pueda afectar a menores de edad. En particular, el periodista deberá abstenerse de entrevistar, fotografiar o grabar a los menores de edad sobre temas relacionados con actividades delictivas o enmarcables en el ámbito de la privacidad".

Protección penal del secreto sumarial.

en los diversos estados de la misma¹⁹.

En este segundo caso, la actividad de los medios de comunicación, si recae sobre resoluciones no decisorias del proceso, se crea el peligro de afectar a la independencia e imparcialidad judicial, sobre todo, si hay un tratamiento sensacionalista²⁰.

Puede llegarse incluso, como se ha señalado anteriormente, a un proceso paralelo en los medios de comunicación social, lo que se conoce con el nombre de *trial by press* o *trial by newspaper* (puesto que fue un término acuñado en el derecho anglosajón pero extendido hoy a los demás países), de forma que aquéllos prejuzgan cuál será el resultado definitivo o proponen uno propio, con consecuencias especialmente graves, con el agravante de que, frecuentemente, el "proceso" de la prensa suele convencer o, al menos, interesar más a la gente, especialmente a los lectores habituales de prensa sensacionalista.

Hay veces en que una campaña de prensa excesiva puede producir lesión de los derechos fundamentales pudiendo perjudicar, en el caso que nos ocupa, el carácter equitativo del proceso, al llevar al Tribunal a formarse un prejuicio desfavorable al inculpado.

Sin embargo, el intento de prohibir toda perturbación en el juzgador por parte de los medios de comunicación, contrasta con la escasa importancia que se concede respecto a la turbación que esos mismos medios pueden ocasionar a otras funciones no menos trascendentes que la jurisdiccional, como son la de gobierno o legislación.

¹⁹ GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, "Algunos aspectos de la relación justicia-medios de comunicación social", en Justicia, 91, nº III, 1991, p. 596.

²⁰ GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, "Algunos aspectos de la relación...", p. 599.

Por otro lado, esa pretendida impermeabilidad del juez, exigirá iguales cautelas para sustraerle a otras influencias estamentales, familiares, culturales, etc., pareciendo más oportuno el abandono de una vía normativa de difícil aplicación efectiva, para confiarlo a la capacidad de autorregulación social de la libertad de información²¹.

Por ello, entendemos que la solución de inmunizar al juzgador de esas potenciales persuasiones mediante el recurso a la prohibición de la publicación, aún siendo efectiva en ocasiones, no siempre es suficiente.

En cualquier caso, aunque los jueces profesionales no deberían quedar afectados por las opiniones aparecidas en los medios de comunicación, en la práctica ningún juez, como humano, es absolutamente impermeable, que se ve, en ocasiones, influenciado no sólo por la prensa sino también por la opinión pública en general.

Por tanto, es de justicia reconocer que hay una evidente conexión entre la publicidad del proceso y el derecho a la imparcialidad del juez, que tiene su asiento en el citado art. 6.1 del Convenio Europeo de Derecho Humanos y en el art. 24 de la C.E²². Al propio tiempo, la independencia judicial es el instrumento de la imparcialidad, constituyéndose ésta en el fin perseguido por las garantías en que se manifiesta la independencia²³.

La imparcialidad del juez ha sido abordada por el TEDH fundamentalmente

²¹ VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 38.

²² vid., al respecto, ampliamente, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, Pamplona: Aranzadi, 1992, pp. 289 a 337.

²³ JUANES PECES, Angel, "Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia...", p. 1756.

Protección penal del secreto sumarial.

en la sentencia de 1 de octubre de 1982 (caso Piersack)²⁴, definiéndola como "la ausencia de prejuicios o parcialidades", y distinguiendo entre un aspecto subjetivo y uno objetivo.

En el aspecto subjetivo, la imparcialidad del juez se conecta con la convicción personal de éste ante un caso concreto que deba enjuiciar, sin influencia de relación personal alguna o de cualquier otra índole. Esta "imparcialidad subjetiva", se presume siempre salvo prueba en contrario²⁵.

En el aspecto objetivo, la imparcialidad representa la imagen de un juez que ofrezca garantías suficientes para excluir cualquier duda legítima sobre su gestión²⁶.

Es decir, no basta que el juez actúe imparcialmente, es preciso, además,

²⁴ Serie A, núm 53, párrafo 29, p. 14. Igualmente, en la Sentencia de 26 de octubre de 1984 del TEDH se aborda este tema, partiendo de la doctrina de la Sentencia Piersack (1 de octubre de 1982), que había declarado la contradicción con el art. 6º.1 del Convenio de la integración en un Tribunal penal de quien había intervenido en la causa como miembro del Ministerio Fiscal, el Tribunal aprecia, considerando la "perspectiva objetiva" de la imparcialidad garantizada por el art. 6º.1 -confianza inspirada al encausado por la composición del Tribunal-, que es igualmente incompatible con la imparcialidad del Tribunal la integración en el mismo de quien había ejercido en la causa las funciones de instructor, en un procedimiento de instrucción inquisitorial, secreto y no contradictorio. Esta falta de imparcialidad no se subsana por la que pueden ostentar los tribunales que conocen del proceso en apelación o en casación. No es aplicable al caso la doctrina de las Sentencias de 23 de junio de 1981 (Le Compte y otros) y de 10 de febrero de 1983 (Albert y Le Compte) que se referían a la competencia inicial de órganos no propiamente judiciales sino disciplinarios o administrativos. Los Estados parte en el Convenio están obligados a adoptar las medidas de organización judicial necesarias para garantizar la imparcialidad de los tribunales. Más recientemente, la sentencia Worm v. Austria, de 29 de agosto de 1997, define la "imparcialidad", como la ausencia de prejuicio o prevención, estando en el fondo de la cuestión, la confianza que los Tribunales deben proporcionar al acusado en un proceso penal y a los ciudadanos en general.

Un amplio comentario de la sentencia Piersack y de otras dictadas por el TEDH en las que se trata el tema de la imparcialidad, puede verse en DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte y acusatorio: la imparcialidad del juez, Granada: Comares, 1996, pp. 537 a 564.

²⁵ MORENILLA RODRÍGUEZ, José Mº, "Garantías del proceso penal según el Convenio Europeo de Derechos Humanos", en Poder Judicial, número especial II: Justicia penal, 1987, p. 204. JUANES PECES, Angel, "Hacia un nuevo enfoque de la presunción...", p. 1757.

²⁶ Sobre la imparcialidad objetiva, vid., ampliamente, DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., pp. 422 a 450. Igualmente, analiza este problema la STS de 24 de junio de 1991 (Ref. Ar. 4795).

que exista apariencia de imparcialidad, porque en esta materia incluso las apariencias tienen importancia, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática.

Por ello, y como una manifestación del principio de presunción de inocencia, los jueces y magistrados del orden penal deben conducirse de forma tal que ningún acto o manifestación suya pueda ser interpretado como expresión de su convicción en cuanto a la culpabilidad del acusado. Por tanto, la imparcialidad, tal como es concebida por el TEDH, está incluida en el ámbito del derecho a la presunción de inocencia²⁷.

No obstante, no todo juicio paralelo afecta a la presunción de inocencia²⁸, por ello, no debe deducirse una imposibilidad general de informar al público sobre una determinada investigación penal sobre asuntos de gran repercusión penal, sino que lo que se impide es la realización de una declaración formal de culpabilidad, para preservar la imparcialidad del proceso²⁹.

A Especial referencia al juicio de jurado.

El problema de garantizar la imparcialidad del juzgador se incrementa en el sistema de justicia por jurados, pues estos son más vulnerables a la profusión

²⁷ A diferencia de lo que ocurre en la doctrina de nuestro TC, en cuya sentencia 320/1993, de 8 de noviembre, afirma que el derecho a un juez imparcial comprende aquellos supuestos en que las funciones instructora y juzgadora se asumen y desempeñan por una misma persona. Igualmente, como afirma, DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., p. 427, que "la imparcialidad es un derecho fundamental de contenido concreto que hace referencia al juez respecto a las partes, el juez ordinario predeterminado por la ley, aunque referido a un ámbito distinto como es el principio de legalidad en la designación del juzgador, que parece el más adecuado para regular la exigencia de imparcialidad".

²⁸ Cfr., *infra*, el subepígrafe 1.2.2 Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial.

²⁹ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, "Incidencia del derecho a la información...", p. 28.

Protección penal del secreto sumarial.

de información que los jueces técnicos³⁰, siendo en ocasiones más influenciados por las noticias aparecidas en los medios de comunicación que por el propio desarrollo del juicio. Como compensación, la garantía de la presunción de inocencia se refuerza en el juicio celebrado con jurado, en la medida en que éste juzga, forzosamente según las pruebas practicadas ante él, que el Tribunal ha seleccionado previamente declarándolas pertinentes³¹. Además, el Presidente informará que si tras la deliberación no le hubiese sido posible al jurado resolver las dudas que tuviesen sobre la prueba, deberán decidir en el sentido más favorable al acusado. (art. 54 de la LO 5/1995). La publicidad excesiva en este ámbito también conlleva riesgos en el juicio por jurado, en la medida en que la prensa puede revelar diligencias de instrucción que no serían admisibles como prueba en el juicio ante jurado, por no ser fiables y que suponen una violación de la presunción de inocencia³², al predisponer al jurado para tener en cuenta tal información desfavorable al inculcado, nacida de la opinión

³⁰ La Comisión Europea ha reconocido en Declaración de 23 de julio de 1963 y de 16 de julio de 1970, la mayor incidencia que los juicios paralelos pueden tener en el sistema de justicia por jurados. Al respecto, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 130., muestra como ejemplo la sentencia **Sheppard v. Maxwell (1966)**. Constituye el primer intento del Tribunal Supremo de los EEUU de encontrar un punto de equilibrio entre la publicidad del proceso y el derecho a un juicio justo. El Tribunal anuló el proceso porque el Juez que lo dirigió "no cumplió con su deber de proteger a Sheppard de la injerencia de una publicidad ilegal y de controlar las influencias perjudiciales en la sala del juicio"; el Tribunal debió haber evitado la aparición de material perjudicial para proteger la influencia del *jurado*, debió haber aislado a los testigos, debió haber prohibido cualquier divulgación del material del proceso y si hubiera sido preciso, debió haber trasladado el desarrollo del proceso a cualquier otro lugar para preservar al jurado de influencias extrajudiciales. En cambio, en la sentencia **Nebraska Press Asociativo v. Stuart (1976)** se proponen medidas para garantizar la eliminación de la publicidad adversa e instruir al jurado sobre su obligación de excluir terminantemente cualquier influencia no obtenida en el curso del proceso.

En nuestro país, GUTIÉRREZ-ALVIZ Y CONRADO, Faustino, "La instrucción del jurado o juez lego", en Jornadas sobre el jurado, Universidad de Extremadura. Servicio de Publicaciones, 1989, pp. 75 a 79 propone una serie de pautas que conformen la educación o instrucción precisa para los jueces legos. Igualmente, sobre los efectos adversos de la publicidad en relación al jurado, vid., VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos y la presunción de inocencia con especial referencia al jurado", en La criminalidad organizada ante la Justicia (Faustino Gutiérrez-Alviz Conradi -Director-), Sevilla: Universidad de Sevilla, 1996, pp. 200 a 238.

³¹ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 200.

³² Cfr., el subepígrafe 1.1.2. Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial.

creada por los medios de comunicación³³.

En nuestro país, el jurado está previsto actualmente en la Constitución de 1978, en el artículo 125, declarando que "los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la institución del Jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine", y regulado mediante LO 5/1995, de 23 de mayo, en cumplimiento de la previsión del art. 83 de la LOPJ, de 1 de julio de 1985, que estableció los principios de su futura composición y competencias³⁴.

Nuestro texto constitucional cumple así con lo que puede considerarse una constante en la historia del derecho constitucional español³⁵. La Exposición de

³³ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 202.

³⁴ Un amplio análisis de la Ley del Jurado, puede verse en GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, El proceso penal ante el tribunal del Jurado, Oviedo: Forum, 1995, pp. 27 a 128. GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, El proceso penal especial ante el tribunal del Jurado, Madrid: Civitas, 1996, pp. 15 a 242. LORCA NAVARRETE, Antonio M^a, El jurado español. La nueva Ley del Jurado, 2^a ed., revisada y aumentada con modelos y formularios, Madrid: Dykinson, 1996, pp. 29 a 317. TOMÉ GARCÍA, José Antonio, El tribunal del Jurado: Competencia, composición y procedimiento, Madrid: EDESA, 1996, pp. 31 a 214. NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, El jurado en España. Notas a la Ley Orgánica del tribunal del Jurado, Granada: Comares, 1995, pp. 13 a 209. GANZENMÜLLER, C.; FRIGOLA, J.; ESCUDERO, J.F., Guía práctica de la Ley del Jurado. Comentarios y esquemas, Barcelona: Bosch, 1996, pp. 77 a 318. GRANADOS CALERO, Francisco, El jurado en España, Valencia: Tirant lo blanch, 1995, pp. 91 a 109. PUGNAIRE HERNÁNDEZ, José Manuel, Ley del Jurado. Formularios y escritos para profesionales y ciudadanos, Barcelona: Bosch, 1995, pp. 7 a 23. ARMENTA DEU, Teresa, "El proceso penal: nuevas tendencias, nuevos problemas", en Poder Judicial, nº 41-42, 1997, pp. 78 a 81. Sobre el modelo de investigación sumarial en esta ley, véase, RASCÓN ORTEGA, José Luis, "El nuevo modelo de investigación sumarial de la Ley del Jurado y los diferentes papeles procesales que atribuye a sus protagonistas", en Poder Judicial, nº 41-42, 1997, pp. 87 a 127.

³⁵ Sobre la evolución en España de los tribunales de Jurado, vid., FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978, Madrid: Civitas, 1979, pp. 63 a 78. GISBERT GISBERT, Antonio, El futuro tribunal popular español, Barcelona: P.P.U., 1990, pp. 19 a 64. GÓMEZ DE LIAÑO GONZÁLEZ, Fernando, El proceso penal ante el tribunal del jurado, Oviedo: Forum, 1995, pp. 9 a 13. GANZENMÜLLER, G; FRIGOLA, J.; ESCUDERO, J.F., Guía práctica..., pp. 39 a 64. ALEJANDRE GARCÍA, Juan Antonio, "La experiencia histórica sobre la competencia del Jurado y la elección de sus miembros", en Jornadas sobre el Jurado, Universidad de Extremadura, Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho de Cáceres, 1989, pp. 15 a 24. VEGA RUIZ, José Augusto DE, "Estatuto jurídico de los jurados", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 33 a 37. GIBERT Y SÁNCHEZ DE LA VEGA, Rafael, "Todavía sobre el juicio por jurado", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 41 a 58. GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, Antonio, "La competencia del jurado", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 64 a 68. MARTÍN OSTOS, José, "El jurado entre la tradición y la renovación", en (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

Motivos de la LO 5/1995 señala, en este sentido, que "cada período de libertad ha significado la consagración del jurado; así, en la Constitución de Cádiz de 1812, y en las de 1837, 1869, y 1931, y por el contrario, cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de los instrumentos de participación en los asuntos públicos (...).

Por encima de concepciones pro o antijuradistas³⁶, nuestra Norma Fundamental enlaza el instrumento del Jurado, de forma indiscutible, con dos derechos fundamentales: la participación directa de los ciudadanos en los asuntos públicos, del art. 23.1 de la C.E., y el derecho al juez ordinario predeterminado por la ley del 24.2 de nuestro texto fundamental (...).

La Ley tiene muy en cuenta que el juicio por jurados constituye expresión plena de los principios básicos procesales de inmediación (...), publicidad y oralidad. Por ello, se han seleccionado aquellos delitos en los que la acción típica carece de excesiva complejidad o en los que los elementos normativos integrantes son especialmente aptos para su valoración por ciudadanos no profesionalizados en la función judicial" (ello se deriva del art. 1 . *Competencia del Tribunal del Jurado* de la comentada LO 5/95).

³⁵(...continuación)

Jornadas sobre el jurado..., pp. 100 a 104. PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Sobre el significado y vigencia del jurado", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 127 a 142. SORIANO, Ramón, "El legislador español y el jurado", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 149 a 170. NAVARRO FENECH, Antonio, Formularios a la Ley del Jurado, Granada: Comares, 1995, pp. 3 a 5.

³⁶ Entre las posiciones antijuradistas destaca la de FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Los Tribunales de Jurados en la Constitución española de 1978, Madrid: Cuadernos civitas, 1979, p. 135. Igualmente, VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal, 2ª edición corregida y aumentada, tomo I, Buenos Aires: Lerner, 1969, pp. 220 a 227. Por su parte, GÓMEZ DE LIAÑO, Fernando, El proceso penal ante..., p. 21, si bien admitiendo que desde un punto de vista teórico tienen más peso los argumentos a favor, son importantes las dificultades de índole práctica, que en determinadas circunstancias pueden desaconsejar su implantación, cuestionándose incluso, p. 17, la propia constitucionalidad del art. 125 de la C.E. Sobre las posiciones pro juradistas y antijuradistas, véase NAVARRO FENECH, Antonio, Formularios a la Ley..., pp. 8 a 10.

En todo caso, lo más relevante del modelo propuesto en la LO 5/95 es, en primer lugar, que el Jurado no se limita a decidir si el hecho está o no probado, sino que valora aspectos como son los componentes normativos que dan lugar a la exención o no de la responsabilidad penal (art. 3. *Función de los jurados*), y en segundo lugar, que la ley instaura un modelo puro de Jurado³⁷, componiéndose el Tribunal de nueve jurados y un Magistrado, integrante de la Audiencia Provincial, que lo presidirá, el cual, dictará sentencia en la que recogerá el veredicto del Jurado e impondrá, en su caso, la pena y medida de seguridad que corresponda (arts. 2 y 4. *Composición del Tribunal del Jurado y Función del Magistrado-presidente*, respectivamente).

Las especialidades del Tribunal del Jurado en materia de publicidad se encuentran recogidas en el art. 56 que regula la incomunicación del jurado durante las deliberaciones, y, por tanto, después de concluido el juicio. No se especifica la forma en que deberán llevarse a cabo las sesiones de juicio oral, por lo que será de aplicación lo previsto en los artículos 680 y ss. de la LECr. En cuanto a la presencia de medios audiovisuales en la sala, habrá que estar a lo que determine el Magistrado Presidente, al no existir regulación al respecto. En orden a la incomunicación de los jurados durante las sesiones del juicio, plantea diversas interpretaciones. La opinión de algún autor³⁸ al respecto, es favorable a que pueda adoptarse de forma fundada y excepcional tal incomunicación del jurado durante las sesiones de juicio oral cuando se den aquellas circunstancias

³⁷ Para conseguir la eficacia de esta restauración del Jurado puro, dotándolo de una racionalidad que evite el carácter ideológico, siempre polémico que ha rodeado a esta institución, se ha tomado como modelo los principales países juradistas puros, a saber, USA, Inglaterra, Austria, Noruega y Bélgica. Cfr., al respecto, GÓMEZ COLOMER, Juan Luis, El proceso penal especial ante el Tribunal del Jurado, Madrid: Cuadernos Civitas, 1996, pp. 18 y 19, quien destaca que la Exposición de Motivos ni siquiera ha mencionado la existencia del modelo de Escabinado, seguido de países de tradición jurídica nada desdeñable, como Francia, Alemania, Italia o Portugal, cuando al menos se debería haber proporcionado, en su opinión, información completa y justificar la elección.

³⁸ GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, "Incidencia del derecho de información en los juicios de jurado", en Jueces para la Democracia, nº 27, noviembre, 1996, p. 29.

Protección penal del secreto sumarial.

que lo aconsejen para salvaguardar la imparcialidad del jurado³⁹. La razón de tal posicionamiento se encuentra en que la incomunicación prevista en el art. 56 tiene como fundamento que ningún miembro del jurado pueda ser sometido a ningún tipo de advertencia, presión o amenaza que atente contra su libertad de criterio y contra su imparcialidad. En consecuencia, si durante las celebraciones de la vista existe riesgo de poner en peligro la independencia e imparcialidad de los jurados, por analogía, podrá acordar el magistrado presidente la incomunicación. No obstante, se proponen también medidas alternativas para evitar los efectos nocivos de la publicidad sobre la presunción de inocencia. Así, partiendo de la doctrina anglosajona, y poniéndola en relación con la Ley del Jurado y con nuestro ordenamiento procesal, se prevé: la recusación de los jurados previo el interrogatorio de los mismos, la petición de cambio de competencia territorial⁴⁰, el aislamiento -secuestro- del jurado, establecimiento de jurados más plurales⁴¹, el aplazamiento del juicio, el desglose de parte de la causa, el interrogatorio del jurado por el juez al término del juicio para comprobar su posible "contaminación" por la publicidad adversa, la posible exclusión y sustitución de algún miembro del jurado⁴², establecer un jurado interactivo lo que le capacitaría para comprender mejor las instrucciones sobre el Derecho⁴³, reformar el uso de los testigos expertos lo que reduciría la tendencia contemporánea de los jurados a absolver sobre la base de pretendidas

³⁹ En esta línea, existe la precaución en otros sistemas de aislar al jurado de influencias externas durante las sesiones del juicio y de seleccionar para el cargo de jurado sólo a los ciudadanos libres de prejuicios sobre el caso que se va a enjuiciar. Cfr., al respecto, VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 200.

⁴⁰ En contra de esta última solución, FLETCHER, George P., Las víctimas ante el jurado, (traducción de Juan José Medina Ariza y Antonio Muñoz Aunió. Revisión, prólogo y notas de Francisco Muñoz Conde), Valencia: Tirant lo blanch, 1997, pp. 336 a 338.

⁴¹ FLETCHER, George P., Las víctimas..., pp. 334 y 335.

⁴² Vid., ampliamente, VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 230 a 238.

⁴³ FLETCHER, George P., Las víctimas..., pp. 338 y 339.

eximentes⁴⁴.

Tradicionalmente, contra la instauración del jurado se ha alegado el argumento de que sus miembros están más expuestos que los jueces profesionales a peligros que vicien su actuación, entre ellos, la influencia de la prensa, problema que se hubiera resuelto, en nuestra opinión, en mejor medida, mediante la composición de un jurado mixto o escabinado⁴⁵, pues, por un lado, la participación de jueces técnicos corregiría los posibles defectos ya reseñados, y, por otro, los derechos reconocidos en el artículo 125 de la C.E., anteriormente mencionado, y en el 117 del mismo texto ("La justicia emana del pueblo..."), se

⁴⁴ FLETCHER, George P., Las víctimas..., pp. 339 a 343.

⁴⁵ Sobre el escabinado, vid., FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, Los Tribunales de Jurados..., pp. 57 a 62, quien, partiendo de su posición antijuradista, en abstracto considera que los escabinos hay elementos más favorables para su admisibilidad que en los jurados, en la medida en que legos y juristas se complementan en su trabajo (p. 58). Véase también, MARTÍN OSTOS, José de los S., "El escabinado como jurado", en Jornadas sobre el jurado (Juan Burgos Ladrón de Guevara, director-coordinador), Universidad de Sevilla. Secretariado de publicaciones, 1995, pp. 37 a 48. Igualmente, RUIZ VADILLO, Enrique, "La Constitución y el Jurado", en Jornadas..., p. 178. A favor, asimismo del escabinado se muestra, NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, El jurado en España..., pp. 10 y 11. Igualmente GIMENO SENDRA, Vicente, "Aproximación al nuevo jurado español", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 59 a 62. Igualmente, PEDRAZ PENALVA, Ernesto, "Sobre el significado y vigencia...", pp. 142 y 143, quien considera que el jurado puro tuvo sentido en un momento histórico concreto, pero no es consecuente con la realidad vigente constitucional.

En sentido contrario, GISBERT GISBERT, Antonio, El futuro tribunal popular español, Barcelona: P.P.U., 1990, pp. 143 a 165, quien prefiere la institución del Tribunal del Jurado puro, porque ofrece al ciudadano una superior posibilidad de participación, dudando, incluso, pp. 121 a 124, que el art. 125 de la C.E. permita instaurar un tribunal de escabinos. Igualmente, LORCA NAVARRETE, Antonio M^a, El jurado español..., pp. 27 y 28, alegando el carácter no democrático del escabinado. En el mismo sentido, CARBONELL MATEU, Juan Carlos, "El jurado y la Constitución española de 1978", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 26 a 30. CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, "Jurado y Constitución", en Jornadas sobre el Jurado..., p. 31. CUADRA, Bonifacio DE LA, "Los jurados: ¿intrusos en la justicia?", en el Diario El País, jueves, 3 de abril de 1997, p. 12, quien comentando la polémica sentencia del *caso Otegi*, considera que esta catastrófica sentencia no es un problema de la institución del jurado puro ni de la ley que lo regula, sino que es el problema del País Vasco, y que ni siquiera un jurado mixto hubiera arrojado una solución diferente porque no es un problema de falta de conocimientos técnicos, sino de "voluntad" de absolver por miedo o por sectarismo, y, por otro lado, no es un caso insólito de fallo injusto, "en la justicia española... profesional, por supuesto".

GANZENMÜLLER, G; FRIGOLA, J.; ESCUDERO, J.F., Guía práctica..., p. 74, consideran, en cambio, que tanto el modelo puro como el escabinado respetan la Constitución, pues el art. 125 no prejuzga la forma de participación. Una propuesta original aporta TOMÉ GARCÍA, José Antonio, El tribunal del Jurado..., pp. 23 a 30, quien no considera desacertado que la Ley hubiera planteado la posibilidad de que el ciudadano pudiera optar por ser juzgado por un Tribunal de Jurado o por un tribunal integrado por jueces técnicos.

Protección penal del secreto sumarial.

garantizarían, debidamente, exigiendo como condición mínima el respeto a una mayor representación popular que técnica.

En este sentido, en países europeos (en la mayoría de los cuales la función de Jurado adopta la forma de escabinado) como Francia, la proporción es de tres a nueve a favor de los jueces populares, y en Italia, es de dos jueces técnicos por cada seis jueces populares⁴⁶.

Y puesto que en España no hemos seguido las directrices adoptadas por nuestros países vecinos, estamos empezando ahora a valorar las ventajas e inconvenientes de este sistema respecto al escabinado, -aunque todavía es pronto para establecer un juicio de valor definitivo al respecto- tras la puesta en marcha de la LO 5/95, y con ella, de la reinstauración del Jurado en su modelo puro, aunque seguimos pensando que el modelo mixto solucionaría los problemas a los que probablemente se enfrentará el Jurado propuesto en la Ley, al mismo tiempo que cumple sobradamente el mandato constitucional consistente en el ejercicio del derecho subjetivo del ciudadano a participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del "status activae civitatis" derivado de los arts. 125 y 117 de la C.E., ya reseñados.

1.1.2. Riesgo de prejuzgar la inocencia⁴⁷ o culpabilidad de

⁴⁶ Sobre la participación ciudadana en el proceso penal en algunos países, vid, GIBERT GIBERT, Antonio, El futuro tribunal..., pp. 65 a 91. GANZENMÜLLER, C; FRIGOLA, J., ESCUDERO, J.F., Guía práctica..., pp. 34 a 37. En concreto sobre Portugal, ÁLVAREZ ALARCÓN, Arturo, "El jurado en Portugal: Estatuto, competencia y procedimiento de selección", en Jornadas sobre el jurado..., pp. 173 a 190.

⁴⁷ Sobre el derecho a la presunción de inocencia, puede consultarse, el conocido trabajo de ILLUMINATI, Giulio, La presunzione d'innocenza dell'imputato, 6ª ed., Bologna: N. Zanichelli, 1984. También, JUANES PECES, Angel, "Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia", en La Ley, tomo de jurisprudencia 1, 1996. MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La presunción de inocencia. El honor del penado. El tratamiento penitenciario. Los derechos y deberes de los internos, la información desde la cárcel y otras cuestiones relacionadas con las anteriores", en la obra común: Derecho penal para profesionales de la información (adaptado al nuevo código penal), Madrid: Instituto de estudios penales marqués de Beccaría, 1995. VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, Presunción de inocencia del (continúa...)

la persona sometida a un proceso judicial.

En muchas ocasiones, la aparición en prensa de una persona como *presunto* autor de un delito tiene más impacto social que la posible sentencia condenatoria, porque el propio término *delincuente*, que es como le califica la noticia, puede penalizar aún más que la misma pena⁴⁸.

La práctica demuestra la lamentable frecuencia con que las informaciones por parte de los medios de comunicación se convierten en verdaderas "sentencias periodísticas" que adelantan una condena, produciéndose, así, una "penalización social preventiva" con la que el medio informativo se incorpora a un proceso criminalizador⁴⁹, cuando el hecho de considerar inocente a quien no ha sido aún formalmente declarado culpable, antes que una regla procesal, es un valor constitucional, esencial para la convivencia, que, sin embargo, aplicado al ámbito judicial, se encuentra atenuado.

Indubitado el rango orgánico de los derechos de información y de presunción de inocencia, la cuestión se limita a analizar el posible conflicto entre ambos. Este problema presenta varias facetas. La primera, es determinar previamente si resulta afectado el derecho a la presunción de inocencia. En realidad podría afirmarse que no resulta lesionado tal derecho fundamental por la sencilla razón de que una campaña informativa sobre un determinado tema consiste únicamente en actuaciones de particulares que, por principio, no pueden vulnerar el derecho a la presunción de inocencia. Este derecho, por su propia naturaleza, sólo puede ser violado por los poderes públicos y, más en particular, por órganos

⁴⁷(...continuación)

imputado e íntima convicción del tribunal, Barcelona: Bosch, 1984. VEGAS TORRES, Jaime, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Madrid: La Ley, 1993.

⁴⁸ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Información y criminalización", en Justicia/Conflicto, Madrid, 1988. pp. 278 y 279.

⁴⁹ ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, "Información y criminalización"..., pp. 277 y 278.

Protección penal del secreto sumarial.

judiciales, (o, en ciertos casos, por la autoridad administrativa sancionadora); son, en efecto, los poderes públicos los únicos que efectúan declaraciones de culpabilidad seguidas de sanción penal o administrativa, presupuestos inexcusables de violación de la presunción de inocencia en sentido jurídico estricto⁵⁰.

En consecuencia, entendido ese derecho en sentido jurídico propiamente dicho, permanecería incólume cualquiera que fuera 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 público⁵¹.

Esta cuestión nos lleva a considerar que ninguno de estos juicios paralelos realizados por particulares podría ser, en principio, susceptible de recurso de amparo constitucional, pues los actos impugnados ante el TC provienen por definición de los poderes públicos. Sin embargo, indirectamente planteado ante los tribunales ordinarios un conflicto entre la libertad de expresión o información y los derechos reconocidos en el artículo 18.1 C.E., el órgano judicial resuelve sin efectuar una ponderación motivada entre los derechos en conflicto o, si la ponderación es errónea según el Tribunal Constitucional, dicha resolución es impugnabile ante éste por presunta vulneración de alguno de tales derechos constitucionales. Y, en este caso, al ser una interpretación directa del contenido de dos derechos fundamentales, entra dentro de las competencias del Tribunal⁵².

⁵⁰ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 125. En el mismo sentido, JUANES PECES, Angel, "Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia. La imparcialidad del juez como núcleo básico del derecho a la presunción de inocencia", en La Ley, tomo de jurisprudencia 1, 1996, p. 1756.

⁵¹ VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 38.

⁵² Entre los autores que admiten la posibilidad del amparo, destaca BELLOCH JULBE, Juan Alberto, "Los jueces y la libertad de información", en Poder Judicial, número especial XI, 1989, p. 240, por quiebra del derecho a un proceso con garantías (art. 24 de la C.E.) so pretexto de que la publicación influyó en el desarrollo del proceso o en la sentencia. Igualmente, tampoco ve
(continúa...)

De esta forma, la tutela de la presunción de inocencia en España, tradicionalmente, se resuelve a través de la responsabilidad por difamación mediante la protección que se dispensa al honor de las personas⁵³.

Sin embargo, no siempre ha sido éste el criterio seguido por la Jurisprudencia del TC. En resoluciones más antiguas, el Tribunal entendió que el recurso de amparo debía desestimarse⁵⁴ o incluso inadmitirse a trámite en el caso de que los tribunales ordinarios simplemente hubieran efectuado una ponderación entre tales derechos. Así, el Tribunal sólo debía admitir a trámite y conocer del fondo del asunto cuando dicha ponderación estuviese ausente. El Tribunal ha evolucionado en su postura, y en una sentencia posterior⁵⁵ ha dejado patente que siempre que existe un conflicto entre derechos fundamentales, el Tribunal puede revisar la resolución judicial, no sólo cuando falta una ponderación entre ellos, sino también cuando la misma está en desacuerdo con la Jurisprudencia del TC, o con su interpretación actual, en caso de ausencia de precedentes⁵⁶.

En esta misma línea, ha habido diversos intentos en Derecho comparado de extensión de la presunción de inocencia a las relaciones entre particulares, intentos que, por otro lado, no han llegado a cuajar en ley, entre otras razones, por la amenaza que representa para la libertad de prensa⁵⁷.

⁵²(...continuación)

inconveniente en admitirlo, PRIETO SANCHÍS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate, 1990, pp. 205 y ss.

⁵³ Cfr., al respecto, STS de 18 de abril de 1990, ref. Ar. 2729.

⁵⁴ Así, en STC 104/1986, de 17 de julio.

⁵⁵ STC 185/1989, de 13 de noviembre.

⁵⁶ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 125.

⁵⁷ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos...", pp. 20 y 21, ilustra esta afirmación con el ejemplo del proyecto de la ley francesa de 10 de diciembre de 1985, que establecía esta innovación.

Por otro lado, el interés social de la información juega un valor preponderante en los casos en que las personas implicadas son personajes de relevancia pública, con lo que resulta inevitable la publicidad en la prensa, que no indica, necesariamente, perjuicio para la equidad del proceso⁵⁸.

En el marco del Convenio Europeo, se han impuesto una serie de límites a la información sobre hechos delictivos para salvaguardar la presunción de inocencia del inculpado.

Este derecho se encuentra expresamente recogido en el art. 6.2 del Convenio de Roma: "Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada"⁵⁹.

Desde este ángulo, la Comisión ha subrayado que la presunción de inocencia no constituye solamente una garantía procesal relacionada con el régimen de prueba, sino que además comprende el derecho a que ningún representante del Estado declare que una persona es culpable de una infracción hasta que su culpabilidad haya sido establecida por un tribunal. Este deber de reserva impuesto a los miembros del poder judicial, se justifica en la necesidad de preservar la imparcialidad y la limpieza del proceso, que se verían seriamente comprometidas si los jueces difundieran informaciones reservadas. No obstante, esta dimensión de la presunción de inocencia no es absoluta desde el prisma de la propia Comisión, en tanto que no comprende la obligación de abstenerse de facilitar al público información sobre el estado de una investigación penal, sino

⁵⁸ Ampliamente, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos...", pp. 21 y 22.

⁵⁹ Con anterioridad, el art. 11 de la Declaración Universal proclamó que: "Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". Punto de referencia de estas declaraciones es el reconocimiento de la presunción de inocencia en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 9), que surge como reacción a los abusos y excesos del Antiguo Régimen. Cfr., VÁZQUEZ SOTELO, José Luis, Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del tribunal, Barcelona: Bosch, 1984, p. 262.

únicamente la prohibición de realizar una declaración formal de culpabilidad⁶⁰.

En este sentido, es relevante la Declaración de la Comisión de 30 de octubre de 1978 en el caso Petra Krause contra Suiza⁶¹, cuyo art. 6.2° garantiza a todo ciudadano que los representantes del Estado no podrán tratarle como culpable de una infracción antes de que un Tribunal competente así lo haya establecido por ley, limitando la interdicción a la declaración formal de culpabilidad⁶². En consecuencia, las autoridades pueden informar al público de las investigaciones penales en curso. En este sentido, no se vulnera el citado artículo declarando que existen sospechas, que determinadas personas han sido detenidas o han confesado.

Conviene no olvidar que este deber de reserva se impone exclusivamente a los representantes del Estado, a quienes se prohíbe declarar que una persona es culpable de una infracción antes de que su culpabilidad se haya establecido por un tribunal, pero no afecta a los particulares, y, por tanto, a los medios de comunicación. Sólo concurriendo este presupuesto, se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia, en caso contrario, esto es, en juicios de prensa paralelos que lleven al tribunal a formarse una opinión desfavorable del inculcado, el único derecho afectado desde el punto de vista de la Comisión, es

⁶⁰ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos judiciales...", pp. 17 y 18.

⁶¹ Req. n° 7986/77, Dec. 3-10-1978. La demandante se quejaba de que altas personalidades suizas, en concreto, el Ministro Federal de Justicia, habían declarado públicamente que ella había cometido infracciones penales, cuando, en realidad su culpabilidad no había sido establecida por ningún tribunal.

⁶² Esta doctrina ha sido reiterada por la Comisión, entre otras, en las siguientes declaraciones: en el caso X c. Austria. Req. n° 9077/80, Declaración, de 6 de octubre de 1981, caso X c. Holanda. Req. n° 8361/78, dec. 17 de diciembre de 1981 y e caso R.F. y S.F. c. Austria. Req. 10847/84, dec. 7 de octubre de 1985. Sobre los supuestos de hecho que dieron lugar a estas declaraciones, cfr., GIMÉNEZ GARCÍA, Joaquín, "Incidencia del derecho de información...", p. 30. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos...", p. 19.

Protección penal del secreto sumarial.

el derecho a un proceso equitativo⁶³. Pero aún en estos supuestos ha de tenerse en cuenta el interés social de la información que adquiere mayor relevancia en los casos en que las personas afectadas sean de relevancia pública⁶⁴.

No obstante, este postulado sigue siendo discutible^{65 66}. Es cierto que el derecho a la presunción de inocencia formalmente sólo se tiene frente al Estado, porque en sentido estricto es garantía de la actuación punitiva y sancionadora de los poderes públicos. Cuando son particulares los que realizan una presunción de culpabilidad, se afecta al derecho al honor pero no a la presunción de inocencia⁶⁷. Sin embargo, en la medida en que la información puede representar una condena anticipada, cabe decir que puede afectarse a la presunción de inocencia, no tanto por parte de los particulares, pues su eventual "penalización preventiva" carece de trascendencia, pero sí, quizá por parte de los

⁶³ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La información sobre procesos...", p. 20, destaca a título de ejemplo, que en el caso M. Berns y J. Ewert c. Luxemburgo (Req. nº 13251/87, Dec. de 6 de marzo de 1991), la Comisión declaró inadmisibile la reclamación porque el atentado a la presunción de inocencia no era imputable a las autoridades estatales.

⁶⁴ En este sentido, JUANES PECES, Angel, "Hacia un nuevo enfoque de la presunción de inocencia...", p. 1.756, destaca la aplicación de esta doctrina por parte de la Comisión en los casos Briomonte (Bélgica) y Eustin, A. Beader y J. Ruspe (Alemania).

⁶⁵ Vid., al respecto, VEGAS TORRES, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Madrid: La Ley, 1993, pp. 35 y ss. MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto en el proceso penal, Granada: Comares, 1996, pp. 18 a 20. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", nota a pie nº 39, pp. 19 y 20.

⁶⁶ La confusión existente entre el honor y la presunción de inocencia, aparece en el propio TC, STC 166/1995, de 20 de noviembre, al declarar que "la presunción de inocencia tiene una dimensión extraprocesal, que (...) no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los artículos 10 y 18 de la Constitución, de tal modo que ha de ser la vulneración de estos preceptos y, señaladamente, del art. 18, lo que sirva de base a su protección a través del recurso de amparo" (...). En efecto, el Tribunal mantiene que los particulares no pueden vulnerar la presunción de inocencia, sino sólo los poderes públicos, pero sí tienen capacidad para vulnerar el honor de las personas sometidas a juicio, no obstante, alude a una *dimensión extraprocesal* de la presunción de inocencia que no constituye un derecho autónomo del art. 18, sin que quede perfectamente deslindado el ámbito de los respectivos derechos, ya que no especifica el TC qué casos relativos al honor y a la dignidad de la persona no suponen una *presunción* sino una *cualidad sustancial inherente a la misma*.

⁶⁷ MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 18.

medios de comunicación, cuyas condenas pueden afectar a la presunción de inocencia incluso en mayor medida que las propias judiciales⁶⁸, porque, en todo caso, esta afectación guarda estrecha relación con la garantía del justiciable.

1.1.3. Otros intereses en conflicto.

A. Planteamiento.

Es preciso no olvidar, que se enfrentan en esta materia muchos puntos de fricción provocados por intereses contrapuestos: de un lado, el interés del Estado en administrar justicia con independencia e imparcialidad, de otro, el interés del individuo en que se respete su esfera de libertad personal, y por último el interés de la opinión pública en estar informada⁶⁹.

⁶⁸ Piénsese, por ejemplo, en el caso de la corrupción de menores del Club Arny, o en el triple crimen de Alcasser. En este sentido, PRIETO SANCHÍS, Luis, "prisión provisional...", pp. 19 y 20.

⁶⁹ En este sentido se manifiesta LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 127. PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio nel processo penale, Milano: Giuffrè, 1960, pp. 40, 220 y 221, concreta estos tres grupos de intereses: "a) El interés del Estado en administrar justicia de un modo libre e independiente y de realizar, en la manera que resulte más útil y oportuna, la exigencia fundamental de adquirir las pruebas de los delitos. b) El interés del individuo, sea imputado, perjudicado o testigo, en ver respetado el propio honor, la propia reputación y la propia esfera de intimidad personal. c) El interés de la colectividad en conocer los hechos socialmente relevantes que se producen en su seno, el derecho de formarse en torno a ellos su propia opinión y de expresarla con plena libertad, dentro de los límites impuestos por el respeto de los derechos ajenos, e incluso el interés a comprobar que la justicia llegue a ser rectamente administrada de modo independiente e igual para todos". En el mismo sentido, MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi", en Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale, Atti del terzo simposio di studi di diritto e procedura penali, Milano: Dott A. Giuffrè, 1970, pp. 446 y 447. Cfr., igualmente, CONCAS, Luigi, La garanzia penale del segreto istruttorio, Milano: Dott A. Giuffrè, 1963, pp. 33 a 35. LUMIA, Giuseppe, "L'informazione tra diritto e democrazia", en Giustizia e informazione, Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 71 a 74. BONELLI, Giovanni, "Il segreto istruttorio e l'imparzialità del magistrato" en Giustizia e informazione, Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 388 y 389.

En realidad, como afirma PISANI, Mario, "La tutela penale della «riservatezza»: aspetti processuali", en Rivista italiana di diritto e procedura penale, nuova serie anno X, fasc. 3, luglio-settembre, Milano: Dott A. Giuffrè, 1967, p. 787. Y el mismo autor, en Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale, Atti del terzo simposio di studi di diritto e procedura penali, Milano: Dott A. Giuffrè, 1970, p. 135, refiriéndose, en concreto al ámbito de la "riservatezza" (término este último que concreta MORALES PRATS, Fermín, La tutela penal de la intimidad..., p. 130, estudiando a

(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

La dificultad estriba, en definitiva, en encontrar ese nexo que aúne intereses tan contrapuestos.

Como cualquier otro derecho fundamental, estos no son absolutos ni ilimitados, y corresponde al poder judicial, a través de su función de control, hacerlos compatibles. No obstante, García-Pablos⁷⁰ parte de la base de que el ejercicio necesariamente "limitado" de estos derechos y de la consiguiente sanción de los "excesos" adolece de notorio positivismo y, en su opinión, debe revisarse partiendo de las siguientes premisas: naturaleza "plural" del orden social, frente a la imagen "consensual" que no se ajusta a la realidad. En consecuencia, el ámbito del legítimo ejercicio de las libertades no puede sustraerse a la relatividad y conflictividad del orden social que le sirve de soporte. Reconoce, por tanto, que no existen límites "naturales" ni indiscutibles de los derechos, sino que la sociedad debe asumir un margen razonable de "inseguridad". Y, recuerda, por último, la *subsidiariedad* del derecho penal y su función protectora de estas libertades, ya que el derecho penal no está llamado a ser el límite "natural" de estas libertades sino su más eficaz garantía. Es decir, la libertad de expresión y de información han de estar supeditadas a unos principios mínimos como son, por ejemplo, que el ejercicio de la función de

⁶⁹(...continuación)

Franco Bricola, como la defensa de la esfera privada en cuanto a la divulgación de noticias legítimamente adquiridas por el sujeto, por lo tanto, presupone un acceso lícito a esa intimidad, siendo el objeto protegido el deber de discreción o sigilo sobre circunstancias relativas a la esfera privada de otro. Asimismo, sobre la diferenciación en la esfera privada entre el derecho a la reserva -*riservatezza*- y el derecho al respeto de la vida privada -*rispetto della vita privata*-, vid., MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi", en Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale, Atti del terzo simposio di studi di diritto e procedura penali, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1970, pp. 411 a 415.), el problema de la "riservatezza" -problemática perfectamente aplicable a los intereses en conflicto que analizamos en este trabajo- parte de antiguo de la vicisitud de fondo del proceso penal, esto es, de la confrontación de la exigencia de la tutela de la persona frente a la exigencia de la tutela de la comunidad.

⁷⁰ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en Libertad de expresión y derecho penal, Madrid: EDERSA, 1985, pp. 207 a 212. Sobre los límites de estos derechos desde la óptica del nuevo CP de 1995, vid., QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "libertad de expresión y honor en el Código penal de 1995", en Estudios sobre el código penal de 1995 (Parte especial), Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, pp. 151 a 182.

informar se lleve a cabo sin incurrir en la comisión de conductas tipificadas como delito en el Código Penal⁷¹.

Como consecuencia de esta naturaleza "plural" del orden social, se hace necesaria una recíproca interdependencia de los derechos y libertades en conflicto, especialmente, entre la libertad de expresión y el derecho al honor y a la intimidad⁷².

Ello se manifiesta, sobre todo, en los casos judiciales de notable trascendencia pública, pues son los que suscitan en la sociedad el problema de los límites entre los derechos a la intimidad y el honor y los derechos a la libertad de información y opinión. La cuestión se plantea no sólo en la prensa sino también en relación a la televisión y a la radio⁷³.

Así, el 20 de febrero de 1987 afirmaba el Diario ABC que "el derecho a la libertad (...) sufre en España el acoso creciente de quienes pretenden coartarlo con fines tan diversos como interesados". Entre otras perturbaciones el periódico señalaba "el celo excesivo de determinados jueces" y "la voracidad de particulares que pretenden lucrarse de supuestas intromisiones en el honor personal al amparo de una ambigua legislación sobre la intimidad y la propia imagen".

Efectivamente, la intimidad se ha protegido tradicionalmente de forma

⁷¹ ALBERDI ALONSO, Cristina, "El Poder Judicial como garante y sujeto del derecho a la información", en Poder Judicial, número especial XI, 1989, p. 179.

⁷² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad...", p. 229. GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., pp. 87 a 120.

⁷³ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "¿Necesita el derecho penal español un delito de indiscreción?", en Poder Judicial nº15, p. 9.

Protección penal del secreto sumarial.

fragmentaria, limitada a aspectos puntuales⁷⁴. Este es el sentido del carácter secreto que se otorga a los protocolos notariales (art. 174 del Reglamento notarial de 2 de junio de 1944 y arts. 18 y 32 de la Ley del notariado de 28 de mayo de 1962); o el carácter secreto que la Orden de 17 de enero de 1951 otorga a los datos de agencias de investigación. Desde la óptica penal, se ha

⁷⁴ Esta opinión es mayoritaria en la doctrina. Así, BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Protección del honor y de la intimidad. Artículo 18", en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, T.I, ("Derecho penal y Constitución"), Madrid: EDERSA, 1982, p.100. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, Estudios penales, Barcelona: Bosch, 1984, p. 388. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad...", p. 219. BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "¿Necesita el derecho penal...?", p.11. ZUBIRI DE SALINAS, Fernando, "La protección penal del honor y la intimidad como límite al ejercicio del derecho a la libre expresión", en Libertad de expresión y derecho penal, Madrid: EDERSA, 1985, pp. 251 y 252. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "La protección penal del derecho a la intimidad", en Problemas actuales de los Derechos Fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín oficial del Estado, Madrid, 1994, p. 355. GONZÁLEZ GUITIÁN, Luis, "Protección penal de la intimidad y escuchas clandestinas. (Introducción a la Ley Orgánica 7/84 de 15 de octubre, sobre tipificación penal de la colocación ilegal de escuchas telefónicas)", en Comentarios a la legislación penal, dirigidos por M. Cobo del Rosal, T. VII (Delitos contra el secreto de las comunicaciones. Delitos contra la Hacienda Pública), Madrid: EDERSA, 1986, p. 82. LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, "Protección penal de la intimidad y derecho a la información", en Revista de la Facultad de Derecho de La Universidad de Granada, nº 12, I, Homenaje al Profesor Sáinz Cantero, Granada, 1987, p. 183. MADRID CONESA, Fulgencio, Derecho a la intimidad, informática y Estado de Derecho, Valencia: Colección de Estudios Serie Minor. Instituto de criminología y departamento de derecho penal. Universidad de Valencia, 1984, p. 95. Ampliamente, sobre las lagunas de esta protección penal, MORALES PRATS, Fermín, La tutela penal de la intimidad..., pp. 289 a 318. MORALES PRATS, Fermín, "«Privacy» y reforma penal: la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal (1983)", en Documentación Jurídica, números 37 a 40, vol. 1, enero-diciembre, 1983, p. 585. MORALES PRATS, Fermín, "La protección penal de la intimidad frente al uso ilícito de la informática en el Código Penal de 1995", en Cuadernos de Derecho Judicial: Delitos contra la libertad y seguridad, nº 3, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1996, p. 150. MORALES PRATS, Fermín, "Los delitos contra la intimidad en el Código penal de 1995: reflexiones político-criminales", en Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 241. LOSANO, Mario G.; PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, GUERRERO MATEUS, M^a Fernanda, Libertad informática y leyes de protección de datos personales, Cuadernos y Debates, nº 21, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 192. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo, Las escuchas telefónicas y la prueba ilegalmente obtenida, Madrid: Akal, 1989, p. 169. ROMEO CASABONA, Carlos M^a, "Tendencias actuales sobre las formas de protección jurídica ante las nuevas tecnologías", en Poder Judicial, nº 31, septiembre, 1993, p. 165. GÓMEZ PAVÓN, Pilar, La intimidad como objeto de protección penal, Madrid: Akal, 1989, p. 101. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Honor y libertad de expresión. Las causas de justificación en los delitos contra el honor, Madrid: Tecnos, 1987, p. 61. MANZANARES, José Luis; CREMADES, Javier, Comentarios al Código Penal, Madrid: La ley-Actualidad, p. 74. PAREDES CASTAÑÓN, J.M., "Delitos contra la intimidad", en Enciclopedia Jurídica Básica, vol. II, Madrid: Civitas, 1994, pp. 2.016 y 2.017. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "La intimidad como bien jurídico protegido", en Estudios sobre el Código penal de 1995. Parte Especial, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, p. 286. SOLA RECHE, Esteban "Algunos problemas relativos al derecho a la intimidad del paciente VIH+", en Derecho y salud, vol. III, nº 1, enero-junio, 1995, p. 80.

subsano en parte en el actual CP⁷⁵ -prueba de ello, es la inclusión de un nuevo título, el X, que lleva como rúbrica: "Delitos contra la *intimidad*, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio"-, capaz de aglutinar las posibles conductas violadoras de este bien jurídico. Así, se preserva, dentro del mismo, el descubrimiento y revelación de secretos documentales y de las comunicaciones telefónicas así como los datos reservados de carácter personal o familiar registrados en ficheros o soportes informáticos, en el capítulo I (artículos 197 a 201) y el domicilio como ámbito físico de la intimidad personal, en el capítulo II (artículo 202 del CP). Por otro lado, en la sección segunda del capítulo V, del Título XXI, se recogen los delitos "cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la *intimidad*", mejorando ostensiblemente la regulación anterior, que castigaba aspectos parciales de este bien jurídico como la violación del secreto de la correspondencia en el antiguo artículo 192 bis, o los confiados a abogado o a procurador -antiguo art. 360-, hoy innecesario tras la regulación genérica del secreto profesional, o a administradores o dependientes o criados -antiguo art. 498-, con una terminología totalmente desfasada.

Fuera de estas figuras específicas, la intimidad recibe una protección indirecta por medio de las injurias (art. 208 CP) cuando se comete mediante afirmaciones referentes a la vida privada que afectan, al propio tiempo, al honor. Esto es debido a la imprecisa distinción entre los bienes jurídicos honor e intimidad, imprecisión que se mantiene incluso en la LO 1/1982 de 5 de

⁷⁵ Ya se observó una notable mejora en lo que se refiere al tratamiento de la protección penal de la intimidad, en los Proyectos que han precedido al actual Código penal. Unas consideraciones críticas de la Propuesta de Anteproyecto de nuevo Código penal de 1983 en este tema, pueden verse en RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La protección de la intimidad en la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal. (Opciones sistemáticas y de contenido)", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº 6, 1983, pp. 601 a 607. Con todo, algunos autores, como QUERALT JIMÉNEZ, Joan J., Derecho penal español. Parte especial, 3ª ed. conforme al Código Penal de 1995. Delitos contra los intereses individuales y colectivos, Barcelona: Bosch, 1996, p. 182, LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, Jacobo; PÉREZ DEL VALLE, Carlos, "Capítulo I: Del descubrimiento...", en Código penal. Doctrina y Jurisprudencia..., p. 2316, consideran que la nueva protección que el derecho penal brinda a la intimidad sigue siendo fragmentaria.



mayo⁷⁶, destinada a la protección de los derechos fundamentales del artículo 18 de la C.E., que para paliarla, acude en muchos casos, al *casuismo*. Ello es consecuencia inevitable de la dificultad de delimitar tanto el bien jurídico intimidad como el bien jurídico honor, ya que en ambos casos se trata de ámbitos pluridimensionales y complejos, lo que genera una inseguridad agravada por la ausencia en la citada Ley de cláusulas que especifiquen los límites entre la libertad de expresión y el derecho al honor. Por otro lado, parece necesaria una articulación de la *exceptio veritatis* en conexión con determinados intereses generales, como el derecho de la opinión pública a conocer ciertos datos y hechos, dentro de los límites de la libertad de expresión, sobre todo de determinadas personas particularmente expuestas a la crítica de su actividad por la función que ejercen⁷⁷.

Efectivamente, se trata en este último caso, de una norma que abusa de los conceptos jurídicos indeterminados. Así se alude, por ejemplo, en los artículos 2.1 y 8.2,b a que la protección de estos derechos quedará delimitada por los "usos sociales". Por otro lado, resulta difícil precisar a priori lo que se entiende por intromisión ilegítima sobre todo en aquellos casos en los que la persona afectada tiene relevancia pública⁷⁸.

Desde esta perspectiva, hay que arbitrar mecanismos de protección de la intimidad, no sólo del acusado sino de la víctima, más allá de los que propone la LO 1/1982, anteriormente mencionada, especialmente en los delitos sexuales.

⁷⁶ Un análisis de esta ley, puede verse en SOUVIRÓN MORENILLA, José María, "Privacidad y derechos fundamentales", en Introducción a los derechos fundamentales, Vol. III, Madrid: Ministerio de Justicia, servicio de publicaciones, 1988, pp. 1882 a 1890. AUGER LIÑÁN, Clemente, "La protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen", en Poder Judicial, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990, pp. 87 a 99. JAÉN VALLEJO, Manuel, Libertad de expresión y delitos contra el honor, Madrid: Colex, 1992, pp. 171 a 178.

⁷⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, "Protección del honor y de la intimidad...", p. 98. GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad...", pp. 217 a 231.

⁷⁸ MONTERO AROCA, Juan, "El derecho a la información y la función jurisdiccional"..., p. 2698.

Una primera pauta es ofrecida por el art. 906 de la LECr, que previene la publicación de las sentencias en causas seguidas por cualquiera de los delitos contra la libertad sexual o contra el honor, suprimiendo los nombres propios de las personas, los de los lugares y las circunstancias que puedan dar a conocer a los acusadores y a los acusados. E igualmente, la Recomendación nº 85 del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativa a la posición de la víctima en el procedimiento penal en lo tocante a la protección de su intimidad, que propone una serie de medidas excesivamente vagas, a saber -al igual que nuestra LECr-, la celebración del juicio a puerta cerrada y la divulgación de datos personales de la víctima con las restricciones adecuadas⁷⁹.

Por otro lado, si existen enormes dificultades a la hora de delimitar el bien jurídico "intimidad"⁸⁰, conflictivo e impreciso es, asimismo, el bien jurídico honor -que también entra en conflicto frecuentemente con el derecho a la libertad de expresión-, que, al mismo tiempo, guarda una conexión evidente con la intimidad, pues pocos bienes jurídicos aparecen tan íntimamente unidos a la personalidad y, al propio tiempo, tan condicionados por las valoraciones sociales y culturales⁸¹.

⁷⁹ Al respecto, MORAL GARCÍA, Antonio DEL; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., p. 44, destacan que el derecho anglosajón ofrece pautas merecedoras de atención. En este sentido, en el Reino Unido, los tribunales tienen la facultad de prohibir la publicación en un periódico de fotografías o de cualquier otro tipo de material que pueda identificar a un menor implicado en un proceso. Igualmente, se prohíbe la identificación directa o indirecta de las víctimas de delitos sexuales. Por su parte la *Criminal Justice Act* de 1925 protege el derecho a la propia imagen prohibiendo que se hagan fotografías o se realicen retratos o bosquejos en la Sala con la intención de publicarlos, así como la utilización de cámaras fotográficas por cualquier persona que entre o salga de la Sala, o sus "precintos".

⁸⁰ Sobre la dificultad de delimitar el bien jurídico intimidad, nos remitimos, *infra*, al subepígrafe dedicado al término "revelar", dentro del capítulo correspondiente a la conducta típica.

⁸¹ Sobre la delimitación del bien jurídico honor, vid., ampliamente, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio, "La protección penal del honor y la intimidad...", pp. 221 a 229. SERRANO ALBERCA, José Manuel, "Artículo 18", en Comentarios a la Constitución, dirigidos por Garrido Falla, 2ª ed., Madrid: Civitas, 1985, pp. 354 y 355, delimita un concepto de honor partiendo de una exégesis del precepto constitucional. Igualmente, partiendo de la interpretación del precepto constitucional, SEMPERE RODRÍGUEZ, César, "Artículo. Derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen", en Comentarios a las Leyes Políticas, dirigidos por Óscar Alzaga Villaamil. Constitución española de 1978. Tomo II. (continúa...)

B Soluciones adoptadas por la Jurisprudencia.

De los muchos reproches que pudieran hacerse al desarrollo del artículo 18.1 de la C.E., efectuado por la LO 1/82, sin duda el que más destaca es el olvido de las exigencias constitucionales del artículo 20. Ello ha obligado a los tribunales, especialmente al TC, a desarrollar una Jurisprudencia sólida con un posicionamiento actual bastante consolidado, en cuya evolución podrían distinguirse tres momentos. **Primero: solución de exclusión. Segundo: la necesaria ponderación. Tercero: la concurrencia normativa**⁸². No obstante,

⁸¹(...continuación)

Madrid: EDERSA, 1984, pp. 457 a 459. QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, "La intervención del derecho penal en la protección del honor: utilidad, condicionamientos y limitaciones", en Poder Judicial, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990, pp. 65 y ss. JAÉN VALLEJO, Manuel, Libertad de expresión y delitos..., pp. 149 a 160. SALVADOR CODERCH, Pablo (et alii), El mercado de las ideas, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1990, pp. 56 y ss., y 438 a 442. SALVADOR CODERCH, Pablo (et alii), ¿Qué es difamar?. Libelo contra la ley del libelo, Madrid: Civitas, 1987. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Honor y libertad de expresión..., pp. 56 y 57.

⁸²HERRERO-TEJEDOR, Fernando, Honor, intimidad y propia imagen. Madrid: Colex, 1990, p. 101 y ss. Sobre los límites impuestos por la doctrina jurisprudencial en relación al ejercicio del derecho a la **libertad de expresión en los medios de comunicación**, cfr., SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "Sistemas posibles dentro del área penal, sobre la determinación de los límites al ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social", en Poder Judicial, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990, pp. 256 a 258. Asimismo, sobre el tratamiento del **art. 20 en la doctrina del TC** puede consultarse, ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel, "Breves consideraciones respecto a las libertades de expresión e información en la doctrina del Tribunal constitucional", en Poder Judicial, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990, pp. 31 a 35. Sobre los límites a la libertad de información, RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, "Comunicación, información...", pp. 308 a 324. Sobre los derechos de la personalidad como límite a la libertad de expresión y al derecho a la información, en la justicia del TC, vid., CARRILLO, Marc, La cláusula de conciencia..., pp. 45 a 58. Sobre el derecho a la **intimidad en su relación con la libertad de expresión e información**, vid., POMED SÁNCHEZ, Luis Alberto, "La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa", en Revista Catalana d'Arxivística, nº 3, 1991, pp. 47 a 50, y del mismo autor, "La intimidad de las personas como límite al derecho de acceso a la documentación administrativa", en la protección jurídica del ciudadano (procedimiento administrativo y garantía jurisdiccional), estudios en Homenaje al profesor Jesús González Pérez, T.I, Madrid: Civitas, 1993, pp. 760 a 763. Sobre las colisiones entre las **libertades de expresión e información y el derecho al honor**, vid., SALVADOR CODERCH, Pablo (et alii), ¿Qué es difamar?..., pp. 78 y ss. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, Ignacio, Honor y libertad de expresión..., 53 y ss. La colisión entre el **derecho al honor y la libertad de expresión, especialmente en la doctrina del TC**, SALVADOR CODERCH, Pablo (et alii), El mercado de las ideas..., pp. 56 a 135. También, sobre el **conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor y la intimidad en la jurisprudencia constitucional**, GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Libertad de expresión y tutela penal de la intimidad", en Cuadernos de Derecho Judicial, nº32: La libertad de expresión y el derecho penal, Madrid: C.G.P.J., 1993, pp. 13 a 16. E igualmente, **la relación entre estos mismos**
(continúa...)

recientemente, parece abrirse paso, nuevamente, a la idea de la proporcionalidad.

a) **Criterio de exclusión.**

Se considera que si se vulnera el honor, la libertad de expresión no puede entrar en juego, queda excluida por la propia ofensa del primero. Puede hablarse así, de una prevalencia del artículo 18.1 sobre el 20.1. Es un período en el que los tribunales siguen aplicando mecánicamente las técnicas anteriores a la vigencia constitucional, importadas especialmente del campo penal. Así, la existencia de un delito contra el honor apenas tenía excepciones, pues si se declaraba la concurrencia del *animus injuriandi* la condena era casi segura⁸³.

⁸²(...continuación)

derechos en la Jurisprudencia tanto del TC como del TS, JAÉN VALLEJO, Manuel, Libertad de expresión y delitos..., pp. 85 a 146. En la doctrina italiana destaca la postura de MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione...", pp. 448 a 456, quien concede prevalencia al derecho a la libertad de expresión e información sobre el derecho al honor y a la intimidad del imputado, en base al interés social atribuido a los primeros conectándolo, asimismo, con el interés de la justicia.

⁸³ Los tribunales en el conflicto de los derechos fundamentales afectados han concretado esta "exclusión" de la siguiente forma -destacamos los autos y sentencias que, en nuestra opinión, son más significativos al respecto:

- **Juzgado de Primera instancia.**

Un caso extremo es sin duda este que relatamos a continuación, en el que se concede prevalencia absoluta al honor sobre la libertad de expresión.

El juzgado de primera instancia nº 4 de Barcelona en Sentencia de 11 de junio de 1986 (caso García Lavernia) condena al Director de la revista Cambio 16, a los periodistas autores del reportaje en cuestión -que a grandes rasgos se puede resumir en una exposición con todo lujo de detalles "del rentable negocio de dos magistrados"- y a la sociedad impresora a abonar al señor García Lavernia veinte millones de pesetas por la difamación sufrida. La sentencia señala que el procesamiento no denota más que "la existencia de indicios racionales de criminalidad" pero nunca presupone autoría de los hechos en base a la presunción de inocencia. Pero aún cuando la sentencia penal condene tampoco pueden ser divulgados los hechos que sean difamatorios, sean verdaderos o falsos, porque la ley 1/1982 no distingue entre lo verdadero y lo falso, sino que prohíbe todo lo difamatorio. La sentencia, pues, concede una primacía extraordinaria al derecho al honor, en base a que no permite publicar información ni sobre asuntos *sub iudice* ni sobre procesos concluidos por sentencia firme siempre que en las sentencias se digan cosas que puedan lesionar el honor de los condenados.

- **Sala de lo Civil del TS.**

Por un lado, la Sala de lo Civil del TS, ha excluido, por lo general, la posibilidad de justificar
(continúa...)

b) Criterio de la necesaria ponderación⁸⁴.

El Tribunal Constitucional inicia este giro jurisprudencial, afirmando que las libertades del artículo 20 no sólo son derechos fundamentales, sino que sustentan una institución política fundamental: la opinión pública libre⁸⁵.

⁸³(...continuación)

una lesión del honor, de la intimidad y de la propia imagen, a través del ejercicio del derecho a la libertad de expresión o de información.

Así, en STS de 23 de marzo de 1987 (ref. Ar. 1716), se declara que "carece de base constitucional el que, como pretende el recurrente, los derechos del artículo 20 deban prevalecer sobre el honor", y cuando dicha Sala admite la preponderancia del derecho a la libertad de expresión, señala como fundamento, precisamente, el no haber sido afectado el honor de la personas (STS de 24 de octubre de 1988. Ref. Ar. 7635).

En el mismo sentido, el TS Sala 1ª, ha entendido que los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen "ofrecen suficiente entidad para que, a tenor del artículo 20.4 C.E., tales derechos vengan a constituir verdadero límite al ejercicio de la libertad de expresión".

Incluso en la sentencia de esta misma Sala, de 19 de enero de 1988 (ref. Ar. 124), se afirma que el derecho a la libertad de expresión sólo es protegible cuando permite emitir juicios de reprochabilidad, cuando se produce sin determinar la dignidad ajena".

-Tribunal Constitucional.

El propio Tribunal Constitucional pareció inclinarse, en una primera etapa, por el régimen de exclusión. Así, los Autos 413/1983, de 22 de septiembre y 414/1983, de 22 de septiembre determinan que la mera lectura del artículo 20 de la C.E. acredita que tales derechos fundamentales no son ilimitados sino que tienen como límites, entre otros, el derecho al honor de los afectados.

Por su parte, la Sentencia 120/1983, de 15 de diciembre y el Auto 480/1986, de 4 de junio, siguen una línea similar, señalando explícitamente el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, como límites a la libertad de expresión, sin más matizaciones.

⁸⁴ En el inicio de este capítulo IV Límites al principio de publicidad, habíamos optado, siendo coherentes con el modelo deducido de nuestra Carta Magna, por la técnica de ponderación para solucionar el posible conflicto entre principios constitucionales. El conflicto entre derechos fundamentales, y en concreto, el conflicto entre libertad de expresión y derecho al honor, constituye un caso paradigmático de la colisión entre principios. Esta es la técnica adoptada por el TC para otorgar preferencia a uno u otro valor, de la que damos cuenta en este apartado.

⁸⁵ Significativa en este giro es la Sentencia de 104/1986 de 17 de julio (asunto Soria Semanal). - Un amplio comentario de la misma, puede verse en MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 174 a 176. Así, señala que "en el conflicto entre el derecho a libertad de expresión y de información, y el derecho al honor es preciso partir del significado institucional del derecho a la libertad de expresión e información", derechos éstos últimos que garantizan el mantenimiento de una comunicación libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que la Constitución consagra y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática.

(continúa...)

Por su parte, la **Sala de lo Penal del Tribunal Supremo**, a partir de la Sentencia de 21 de enero de 1988⁸⁶, ha sostenido que el art. 20.1.d) C.E. se podía invocar por la vía del art. 8.11 del CP -hoy art. 20,7 del CP de 1995- como causa de justificación concretando que "el conflicto entre el derecho a la

⁸⁵(...continuación)

Concretamente, alude al criterio de la ponderación en la Sentencia comentada al afirmar que "cuando el acusado en un proceso alega como causa de justificación de su conducta el haber actuado en el ejercicio legítimo de su derecho (artículo 8.11 CP), lo que trata de justificar es la lesión de otro bien jurídico".

Por ello, los Tribunales en tales casos deben ponderar los bienes en conflicto para determinar en la situación concreta cuál debe prevalecer.

"Cuando del ejercicio de la libertad de comunicar información por cualquier medio de difusión resulte afectado el derecho al honor de alguien, nos encontramos ante un conflicto de derechos ambos de rango fundamental, lo que significa que *no necesariamente y en todo caso* tal afectación del derecho al honor haya de prevalecer respecto al ejercicio que se haya hecho de aquellas libertades, ni tampoco *siempre* hayan de ser éstas consideradas prevalentes, sino que se impone una *necesaria y casuística ponderación* entre uno y otra".

El conflicto no ha de resolverse, pues, examinando si la información se ha movido dentro del marco constitucionalmente protegido, sino ponderando las circunstancias del caso concreto, es decir, remitiendo a los jueces a un "balanceamiento" de los derechos en conflicto, pero sin proporcionarles puntos de apoyo constitucionales.

En una sentencia posterior (STC 51/1989, de 22 de febrero), el TC ha reiterado que "el valor preponderante de las libertades del artículo 20 C.E. (en relación al derecho al honor) sólo puede ser apreciado y protegido cuando aquéllas se ejerciten en conexión con asuntos que sean de interés general, por las materias a que se refieren y por las personas que en ellas intervienen, y contribuyan, en consecuencia, a la formación de la opinión pública, alcanzando entonces su máximo nivel de eficacia justificadora frente al honor".

Nuevamente se decanta por el principio de la ponderación en la STC 195/1990, de 6 de junio.

Asimismo, con ocasión de la sentencia 65/1991, de 22 de marzo, el TC reitera la necesidad de que los órganos judiciales lleven a cabo un juicio ponderativo, siempre que aprecien la existencia de una conducta lesiva del honor de las personas y la dignidad de las instituciones subsumible en algún tipo penal. La falta de ponderación en este caso concreto, fue lo que llevó al tribunal precisamente a estimar el amparo solicitado por el recurrente, en lo que se refería a la vulneración del art. 20.1 de la C.E..

Por último, en la STC 143/1991, recordando la necesidad de que el órgano judicial ordinario realice una ponderación, centra su atención en el requisito de la veracidad, que no significa la exigencia de "demostración plena y exacta de los hechos sobre los que se informa, sino que basta con un juicio significativo de probanza, que no es, ni lógicamente puede ser, la de la prueba judicial".

⁸⁶ Ref. Ar. 409.

información y el derecho al honor de la persona perjudicada por aquélla, no puede resolverse dando preferencia al segundo, sino que se impone una adecuada ponderación". En este sentido, se afirma que el derecho constitucional de informar depende, en su ejercicio, de la veracidad que se pueda establecer "ex ante", para lo que se ha de exigir una comprobación seria y a conciencia, realizada por el autor, de las circunstancias que permiten formar un juicio adecuado sobre la veracidad de la información⁸⁷.

Las fuentes de esta línea jurisprudencial iniciada con la sentencia 104/86, de 17 de julio, parecen haber sido, de un lado, la Ley Fundamental de Bonn (art. 5.2) como precedente de nuestro artículo 20.4, y por otro lado, el sistema de "balancing" entre los derechos en conflicto, de la jurisprudencia norteamericana⁸⁸.

c) Criterio de la concurrencia normativa.

Para acabar de "importar" la doctrina del TS norteamericano quedaba todavía dar algún paso.

La operación ha consistido en convertir a la libertad de expresión y de información en libertad preferente, apoyándose, para ello, en los siguientes pilares básicos⁸⁹:

⁸⁷ En la STS, Sala segunda, de 22 de febrero de 1989 (ref. Ar. 1635), siguiendo esta línea, volvió a reiterar que el citado conflicto se debe resolver por el principio de la ponderación de bienes y que la exigencia de veracidad no requiere acreditar la total exactitud de la noticia, sino la prueba de que la búsqueda de información se haya realizado de modo diligente para verificar la autenticidad.

⁸⁸ HERRERO-TEJEDOR, Fernando, Honor, intimidad..., p. 107.

⁸⁹ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., pp. 211 y 212.

Primero: la separación de los asuntos o sujetos públicos, de los privados⁹⁰, por la función instrumental de la libertad de información cual es estar al servicio de la información básica de los ciudadanos.

Segundo: distinción entre los hechos y las opiniones⁹¹.

Tercero: los límites internos de la libertad de información: uno, objetivo: la verdad, y otro, subjetivo: la veracidad, esto es, actitud del informador hacia la verdad, para determinar si se ha producido una indagación diligente sobre la misma⁹².

Cuarto: no utilización de términos directamente injuriosos en la exposición de opiniones o juicios de valor⁹³.

Quinto: persecución de un interés general o social y no particular⁹⁴.

⁹⁰ Así, en STC 171/1990, de 12 de noviembre y en STC 172/1990, de 12 de noviembre.

⁹¹ Así, STC 105/1990, de 6 de junio y STC 172/1990, de 12 de noviembre.

⁹² Doctrina asentada por este Tribunal, así, entre otras, se manifiesta en las siguientes sentencias, STS 6/1988, de 21 de enero, STC 171/1990, de 12 de noviembre y STC 123/1993, de 19 de abril.

⁹³ Así, en STC 105/1990, de 6 de junio se afirma que "la Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona" (FJ 8).

⁹⁴ STC 171/1990, de 12 de noviembre. Estos cinco criterios aparecen claramente delimitados igualmente en STC 15/1993, de 18 de enero, del siguiente modo: "es ya reiterada jurisprudencia de este Tribunal (por todas SSTC 105, 171 y 172/1990), la que afirma que en el conflicto entre las libertades reconocidas en el art. 20 de la C.E. y otros bienes jurídicamente protegidos, entre los que se encuentra el derecho al honor, los órganos judiciales no deben estimar preponderante en todo caso uno de los derechos, sino que deben, habida cuenta de las circunstancias del caso, ponderar si la información se ha llevado a cabo dentro del ámbito protegido constitucionalmente, o por el contrario si ha transgredido ese ámbito, señalando igualmente que son elementos de primer orden a considerar la materia de la información, su interés público y su contribución a la formación de una opinión pública libre, la persona objeto de la información, ya que las personalidades públicas o que voluntariamente adoptan ante un hecho concreto tal condición deben soportar un cierto mayor riesgo de lesión en sus derechos de la personalidad que las personas privadas, y el medio de información, en particular si ha sido difundida por un medio de comunicación social. Todo ello partiendo del superior valor del derecho a la información en la medida en que, al contribuir a la formación de una opinión pública libre y plural, supone uno de los elementos esenciales del Estado de derecho y contribuye a la plena realización del conjunto de derechos fundamentales. Hemos también afirmado (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

Una vez asentados estos criterios delimitadores de la libertad de información, es fácil determinar este régimen de concurrencia cuando aquélla entra en colisión con el derecho al honor⁹⁵.

⁹⁴{...continuación)

(por todas STC 197/1986) que el reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y de comunicar y recibir información ha modificado profundamente la problemática de los delitos contra el honor penalmente sancionables, ya que la dimensión constitucional del conflicto convierte en insuficiente el criterio subjetivo del *animus iniuriandi* para el enjuiciamiento de este tipo de delitos puesto que el valor superior o de eficacia irradiante que constitucionalmente ostentan la libertad de expresión y de información, traslada el conflicto a un distinto plano en el que no se trata de establecer si su ejercicio ha ocasionado lesión penalmente sancionada al derecho al honor, sino de determinar si el ejercicio de esas libertades actúa o no como causa excluyente de la antijuridicidad".

⁹⁵ Así, el Tribunal Constitucional, en Sentencia de 16 de noviembre de 1986 (tan sólo cuatro meses después del criterio de la ponderación proclamado por la sentencia 104/86), destaca: "se produce un régimen de concurrencia normativa no de exclusión, de tal modo, que tanto las normas que regulan la libertad de información, como las que establecen límites a su ejercicio, vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente".

En la misma línea, en la Sentencia 159/86 de 12 de diciembre, el TC proclama la concurrencia normativa entre los derechos del artículo 18.1 y las libertades del 20.1 C.E., quedando clara la "posición preferencial" de estas últimas, y la necesidad de interpretar restrictivamente sus límites para evitar que el núcleo de la libertad de expresión o información no quede desnaturalizado.

Igualmente, el TC en Sentencia 171/1990, con motivo del accidente aéreo ocurrido en el monte Oiz, aclara este conflicto en sentido contrario al adoptado por el TS. Este Tribunal condenó a algunos medios de comunicación como autores de una intromisión ilegítima en el honor y en la intimidad por "falta de asepsia, objetividad o neutralidad que debe caracterizar a las noticias y comunicados ofrecidos por la prensa" al haber hecho referencia al piloto del avión como posible causante del accidente, produciéndose así, una extralimitación del derecho a la información. Para el TS el derecho a la información constitucionalmente protegido incluiría sólo la exposición escueta y objetiva de los hechos pero no el análisis, el enjuiciamiento o la valoración de los mismos.

Al respecto formula el TC que en el presente caso no cabe desconocer el interés social y la relevancia para el público de los problemas de seguridad del tráfico aéreo, ni en consecuencia, negar la posibilidad de que se hagan públicas hipótesis y conjeturas sobre las distintas causas del accidente. El derecho fundamental reconocido en el art. 20 de la C.E. no puede restringirse a la comunicación objetiva y aséptica de hechos sino que incluye también la investigación de la causación de los mismos. Exigiendo la sentencia del TS la presentación pura de meros hechos, ha limitado, indebidamente, "el abanico de informaciones accesibles a los lectores, resultando contrario a uno de los objetivos de una sociedad democrática". Sobre esta sentencia, *vid., in extenso*, HERRERO-TEJEDOR, Fernando, "la crónica de Tribunales...", pp. 207 a 210.

Curiosos -y encuadrables, en nuestra opinión, dentro de este criterio- son dos ejemplos procedentes de dos Juzgados de Primera Instancia, recogidos por MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 67 a 69.

En efecto, la sentencia de 10 de julio de 1985 del Juzgado de Primera Instancia nº 10 de Madrid (asunto Cesarski), absolvió a los periódicos El País y Diario 16 -que había calificado al demandante de pistolero, terrorista internacionalmente conocido, con un amplio historial como

(continúa...)

Estamos de acuerdo con la opinión de Herrero-Tejedor⁹⁶, cuando afirma que, en realidad, más que pasar de un régimen de exclusión a otro de concurrencia normativa, lo que se ha efectuado es una inversión del régimen de exclusión. Es decir, si las libertades del artículo 20 C.E. aparecen ejercitadas dentro de los parámetros constitucionales, prácticamente huelga entrar en la ponderación del honor, intimidad o propia imagen, pues, en principio, aquéllas son preferentes.

d) Aplicación de la doctrina de la proporcionalidad.

Sentencias más recientes del Tribunal Constitucional parecen indicar la preferencia, nuevamente, por la técnica de ponderación, partiendo de la doctrina de la proporcionalidad general o especial en relación con los derechos fundamentales de libertad de información, y los derechos al honor, a la propia imagen y, desde luego al juicio justo⁹⁷, lo que indica la convivencia en el tiempo de los dos últimos criterios expuestos, demostrando, de otro lado, que están ambos perfectamente consolidados⁹⁸.

⁹⁵(...continuación)

delincuente, relatado todo ello minuciosamente-, afirmando que no ha existido una vulneración del honor "pues toda la información es, en principio veraz" salvo alguna inexactitud, que podría dar lugar, a lo sumo, a la rectificación.

El segundo ejemplo es la desestimación, por sentencia de 9 de mayo de 1986, del juzgado nº 2 de Madrid, de la demanda promovida por José M^a Ruiz Mateos, contra el periodista José Oneto, que publicó en Diario 16 un artículo, en el que, según el demandante, se le imputaban hechos que afectaban a su honor, reputación y buen nombre, así como distorsionaban su imagen.

La sentencia afirmó que ni del conjunto del texto ni de frases aisladas pueden apreciarse expresiones que sobrepasen los límites de la libre crítica.

⁹⁶ HERRERO-TEJEDOR, Fernando, Honor, intimidad..., p.110.

⁹⁷ Cfr., VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 226 y 227.

⁹⁸ Así, la STC 219/1992, de 3 de diciembre, afirma que, precisamente, porque el ejercicio de la libertad de información puede entrañar la limitación de otro derecho fundamental (...), en el juicio de ponderación debe operar, junto a otras circunstancias (...), el criterio de proporcionalidad como canon de constitucionalidad, que exige que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente con él, sea
(continúa...)

C Conclusiones.

Las conclusiones que podemos extraer de esta evolución jurisprudencial son las siguientes:

1ª: Los derechos a la libertad de expresión e información no sólo protegen un interés individual, sino que constituyen, además, la garantía institucional de la opinión pública libre⁹⁹, indisolublemente ligada al pluralismo político, condición indispensable para el mantenimiento de la sociedad democrática, dimensión institucional que otorga a estas libertades una posición preferente¹⁰⁰.

2ª: En la práctica sus límites son escasos, y ello implica una sociedad plenamente democrática perfectamente asentada en un Estado de Derecho, lo que no significa una situación perpetua e inalterable, pues tal preeminencia, puede variar si varían las circunstancias del entorno social, y ello dentro, igualmente, de una sociedad democrática perfectamente asentada en un Estado de Derecho¹⁰¹.

3ª: Constituyen una condición necesaria para el ejercicio de otros derechos

⁹⁸(...continuación)

equilibrada de ambos derechos y proporcionada con el contenido y finalidad de cada uno de ellos. Igualmente, la STC 320/1994, de 28 de noviembre, recuerda que la solución consistirá en otorgar la preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente a aquél que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio (...) no se trata, sin embargo de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando cada uno de ellos en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente" (FJ 2).

⁹⁹ Sobre la opinión pública libre, cfr., *supra*, las STC 6/1981, de 16 de marzo; 96/1987, de 10 de junio y 12/1988, de 31 de marzo.

¹⁰⁰ Cfr., *supra*, las sentencias del TC que se refieren a la posición preferente.

¹⁰¹ SIERRA GIL DE LA CUESTA, Ignacio, "Sistemas posibles, dentro del área penal, sobre la determinación de los límites al ejercicio de la libertad de expresión en los medios de comunicación social", en Poder Judicial, nº especial XIII, 1990, p. 258.

fundamentales. Sin una amplia concepción de la libertad de expresión otros derechos fundamentales aparecerían mermados o desprovistos de su contenido esencial¹⁰².

4ª: Es un medio de control político, manifestado a través de la opinión pública entendida como el tejido de las opiniones de los grupos o fuerzas políticas que sostienen un determinado Estado y legitiman su ordenamiento jurídico. Para poder controlar al poder político es necesario que se garantice la libre emisión de información veraz y la libre expresión de opinión e ideas que será lo que facilite las posibilidades de control¹⁰³.

5ª: Cuando dichas libertades entren en conflicto con el derecho al honor, es necesario realizar una ponderación por parte del órgano jurisdiccional competente, sin perjuicio de la revisión ulterior del Tribunal Constitucional.

6ª: Siempre que la ponderación pueda resolverse, a favor de las libertades de expresión e información, suelen operar éstas como causa de justificación respecto a la violación del derecho al honor.

7ª: El ejercicio de la libertad de información, está sujeto a la veracidad de la noticia, imponiéndose un deber de diligencia sobre el informador, a quien se le exige una contrastación de la noticia con datos objetivos¹⁰⁴. Esta veracidad, no es tanto, una demostración de la realidad concreta, sino el reflejo de un estado de opinión sobre hechos reales¹⁰⁵. Por el contrario, la libertad de opinión (art. 20.1 a) C.E.) no está sujeto, obviamente, a la prueba de la verdad

¹⁰² MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión"..., p. 192.

¹⁰³ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión"..., p. 192.

¹⁰⁴ Cfr., STS de 3 de junio de 1988 (ref. Ar.4430) y STC 6/1988, de 21 de enero, entre otras.

¹⁰⁵ RUIZ VADILLO, Enrique, "El derecho constitucional al secreto profesional y a la cláusula de conciencia: un tema legislativo pendiente", en Poder Judicial, nº especial XIII, 1990, p. 145.

o diligencia en su averiguación, pues el funcionamiento del sistema democrático requiere una permanente discusión que posibilite el pluralismo político, aunque sí es exigible la utilización de un lenguaje correcto¹⁰⁶.

8ª: En el conflicto honor-libertad de información es necesario delimitar el ejercicio legítimo del derecho a la información utilizando la distinción entre sujetos y asuntos públicos y privados así como la diferenciación entre hechos y opiniones¹⁰⁷.

9ª: Sólo desde el punto de vista de la consideración de que el objeto de la libertad de expresión y de información debe ser un asunto de interés público, puede configurarse como elemento conformador de una sociedad democrática. Este interés público de la noticia u opinión es un concepto abierto y dinámico que debe ser examinado en cada caso concreto y puede afectar tanto a representantes públicos como a personas de relevancia pública respecto a hechos y noticias que afectan a la sociedad¹⁰⁸.

En definitiva, la eventual reforma, desde una perspectiva constitucional, de la publicidad procesal, tendría que tener en cuenta, en todo caso, para la resolución del conflicto entre valores constitucionales, el criterio de "adecuada compensación", evitando la plena anulación de cualquiera de ellos. Por tanto, la limitación de la publicidad sólo se admitiría en la medida absolutamente indispensable, por decisión judicial motivada, y siempre que a través de la misma pudiera lograrse la protección de otros valores igualmente importantes.

¹⁰⁶ JAÉN VALLEJO, Manuel, Libertad de expresión y delitos..., p. 122. En el mismo sentido, MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión"..., p. 193.

¹⁰⁷ MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 174 y 176. No obstante, a veces, como indica GARCÍA ARÁN, Mercedes, "Libertad de expresión y tutela penal...", pp. 10 y 11, resulta difícil distinguir entre la expresión de *opiniones* y la información de *hechos*, porque informar sobre hechos es una de las formas de emitir opiniones y, al mismo tiempo, en el relato de los hechos se suele vertir la propia valoración.

¹⁰⁸ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, "Tutela penal de la libertad de expresión"..., p. 193.

Concretamente, la garantía de los derechos informativos del art. 20.1.d) C.E. (que es el bien jurídico que el secreto periodístico protege), es instrumento indispensable para la operatividad del principio democrático como principio legitimador del ordenamiento. De ahí la "posición preferente" de estos derechos que el Tribunal Constitucional recalca de manera contundente desde la Sentencia 6/1981, de 16 de marzo: "La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales, comunes a todos los ciudadanos (...) pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven"¹⁰⁹.

1.2. Soluciones adoptadas en el Derecho comparado.

En relación a la influencia que los medios de comunicación ejercen sobre el desarrollo de los procesos¹¹⁰, merece la pena resaltar la respuesta dada al respecto en otros ámbitos, centrándonos, en particular, en el sistema anglosajón.

1.2.1. Sistema Anglosajón.

A El Reino Unido.

a) Premisa previa: naturaleza del *freedom of speech*.

Como premisa previa, es necesario examinar la naturaleza del derecho de libertad de expresión e información (*freedom of speech*), del cual

¹⁰⁹ Si se desea profundizar en ésta y en otras sentencias, que abordan pormenorizadamente el tema de la libertad de información y sus límites, véase, al respecto, CASAS VALLÉS, Ramón, "Sobre la libertad de información y sus límites". (Sentencia del TC 6/1988 de 21 de enero), en Revista Jurídica de Cataluña, nº 3, 1988, pp. 181 y 182.

¹¹⁰ Influencia que GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, "Algunos aspectos de la relación...", p. 605, la concreta en: 1- Una injerencia "mediata" en la labor del juez: (cuando recae sobre elementos extraños al mismo, pero que pueden alterar su decisión). Y, 2- Una injerencia "inmediata" (cuando es la propia persona del juez la sometida a esa presión).

Protección penal del secreto sumarial.

deriva la libertad de prensa¹¹¹, en el sistema jurídico inglés. La ley inglesa no tiene una Declaración de Derechos u otra legislación constitucional que otorgue o ratifique el derecho de libertad de expresión. Sin embargo, el Derecho Consuetudinario inglés se caracteriza por el hecho de que un individuo puede hacer o decir lo que quiera, mientras que al hacerlo no viole los derechos privados de otras personas o infrinja las leyes penales¹¹².

Es decir, la tradición liberal del derecho inglés podría resumirse en aquel principio en virtud del cual todo lo que no está penal o civilmente prohibido, está permitido. En consecuencia, se inspira en la mayor consideración tanto de los derechos del imputado cuanto del interés del público, garantizando la libertad de expresión y, al propio tiempo, manteniendo una viva preocupación sobre las posibles perturbaciones del normal desenvolvimiento del proceso que influyan de cualquier modo en la actividad judicial¹¹³.

Sin embargo, no exige expresamente, como en otros derechos, una prohibición radical de tal restricción, en consecuencia, ésta puede producirse en virtud de una *injunction* u orden judicial cuando el daño que se puede ocasionar, si no se procede a la restricción previa, sea grave y de difícil reparación, por ejemplo, que peligrara la imparcialidad de la Administración de Justicia. Así pues, sólo en casos esporádicos el derecho inglés admite una restricción previa al ejercicio de la libertad de expresión e información. Sus límites son, por tanto, fundamentalmente represivos, que vienen establecidos, primero, por la amplitud de los derechos privados de otros ciudadanos y, en segundo lugar, por el alcance de los diversos actos ilícitos que merezcan la consiguiente sanción civil

¹¹¹ Sobre las diferencias entre la libertad de expresión y la libertad de prensa en el derecho inglés, vid., HOLSINGER, Ralph L.; DILTS, Jon Paul, Media Law, third edition, New York: McGraw-Hill, 1994, pp. 18 a 59.

¹¹² SCOTT, Richard, "La imparcialidad objetiva del juez y los medios de comunicación. Sistema anglosajón", en Poder Judicial, número especial XI, 1989, p. 197 y 198.

¹¹³ PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio..., p. 75.

(*defamation*) o penal (*libel*). No en vano, la censura previa de la prensa por parte del Gobierno fue abolida en Inglaterra en 1695¹¹⁴.

El sistema de justicia inglés, al carecer de Constitución escrita, se apoya, fundamentalmente, por su valor suprallegal, en el Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, en concreto, en el artículo 10. "Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones e ideas sin que pueda haber injerencia de las autoridades públicas(...). El ejercicio de estas libertades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones restricciones o sanciones previstas en la ley, que constituyen medidas necesarias(...) para garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial".

En este sentido, siendo las actuaciones del derecho inglés normalmente públicas y existiendo libertad de información sobre la mismas, ésta puede quedar limitada, cuando se atribuya a los sujetos del proceso intenciones incorrectas, o cuando se intenta influir maliciosamente en el curso de la Justicia¹¹⁵.

b) Concepto y rasgos fundamentales del *Contempt of Court*. Diferencia con el desacato en derecho penal español.

Dentro del sistema que analizamos, debemos ocuparnos ahora del uso del procedimiento de Desacato o ultraje a los Tribunales (**Contempt of Court**) que es el original instrumento que utiliza el derecho anglosajón para imponer

¹¹⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso y opinión pública (En torno a ciertos límites del principio de publicidad de los poderes públicos), en Revista Española de Derecho Constitucional, año 6, nº 18, septiembre-diciembre, 1986, pp. 88 y 89.

¹¹⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 90.

restricciones a la libertad de prensa¹¹⁶, desconocido en la Europa continental.

Previamente, es preciso tener en cuenta que tal expresión se presta a confusión, ya que en sentido coloquial, el desacato podría ser definido como "una irreverencia, una falta de respeto hacia una persona o entidad que por su condición lo merece", pero el concepto estricto, el único que nos interesa, refiriéndonos exclusivamente al derecho penal español, se deducía de los **artículos 240 y siguientes del Código Penal. Texto Refundido de 1973**¹¹⁷, como "toda expresión proferida o acción ejecutada en menosprecio de la autoridad y realizada en su presencia o en escrito a ella dirigido"¹¹⁸.

Otro sentido bien diferenciado presenta el desacato (*contempt*) en derecho anglosajón. Se trata de un instituto puesto a disposición de los Tribunales para protegerse, que nació y se desarrolló en el *Common law*, esto es, como derecho de creación judicial basado en los precedentes. Así, parece que tiene sus antecedentes en el siglo XII, cuando se le denominaba *contemptus curiae*¹¹⁹.

¹¹⁶ Sobre la *freedom of expression* en relación al *Contempt*, vid., MILLER, Christopher John, *Contempt of Court*, second edition, Clarendon Press: Oxford, 1990, pp. 13 a 18.

¹¹⁷ En el CP de 1995, tal figura ha desaparecido como delito, manteniéndose, en cambio, como falta en el art. 634: "los que faltaren al respeto y consideración debida a la autoridad o sus agentes, o los desobedecieren levemente, cuando ejerzan sus funciones, serán castigados con la pena de multa de diez a sesenta días".

¹¹⁸ Para un análisis en profundidad de los elementos que integran la conducta típica de desacato, véase ÁLVAREZ VIZCAYA, Maite, Libertad de expresión y principio de autoridad: el delito de desacato, Barcelona: J.M. Bosch editor, 1993, pp. 169 y siguientes. Igualmente, sobre el capítulo VIII del Código penal anterior, y el bien jurídico protegido en el mismo, véase, OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, "El bien jurídico protegido en los capítulos VI y VIII del Título II del Código penal (Comentario a algunas sentencias del Tribunal Supremo dictadas sobre esta materia en los últimos años)", en Cuadernos de Política Criminal, nº 1, 1977, pp. 118 a 122. Asimismo, este último autor, "De nuevo sobre el interés protegido en atentados, desacatos y figuras afines", en Cuadernos de Política Criminal, nº 11, 1980, pp. 103 a 128.

¹¹⁹ FAYOS GARDO, Antonio, "La *Contempt of Court Act* británica de 1981: el desacato al tribunal cometido por los medios de comunicación social", en La Ley, vol. 3, septiembre, 1987, p. 911. Sobre la historia del *Contempt of Court*, vid., GOLDFARB, Ronald L., The Contempt Power, New York: A Doubleday Anchor Book, 1971, pp. 8 a 22.

Sus rasgos fundamentales son los siguientes:

a) Se trata de un instrumento consuetudinario puesto a disposición de los tribunales para hacer frente a cualquier comportamiento que perturbe el regular funcionamiento de la Administración de Justicia. Se protege así, la imparcialidad e independencia de los tribunales.

b) Es utilizable tanto frente a ataques a concretas actuaciones judiciales como frente a agresiones genéricas a la Administración de Justicia.

c) No es necesariamente un instrumento represivo, sino que puede tener naturaleza preventiva, consistiendo, en este caso, como se anunció anteriormente, en una *injunction* (orden judicial), por medio de la cual se prohíbe la realización de una cierta actividad. El carácter punitivo se utiliza siempre para reprimir conductas constitutivas de delito, consistiendo en multa o en privación de libertad, que podrán ser alternativas o conjuntas¹²⁰.

d) Se protege fundamentalmente al jurado, al presuponerse que los jueces técnicos son menos proclives a las influencias externas.

c) Conductas calificadas como *Contempt of Court*.

Las conductas calificadas como *Contempt* se pueden agrupar de la siguiente forma:

a') *Scandalising the court*¹²¹, es decir, crítica irrespetuosa o indebida a la Administración de Justicia, cuyo precedente lo encontramos, en el siglo XVIII,

¹²⁰ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 91. Sobre las diferencias entre el *contempt of court* civil y penal, vid., MILLER, C.J., Contempt of Court..., pp. 25 a 44. Igualmente, GOLDFARB, Ronald, L., The Contempt Power..., pp. 45 a 61.

¹²¹ Vid., ampliamente, MILLER, C.J., Contempt of Court..., pp. 366 a 386.

Protección penal del secreto sumarial.

concretamente en 1765 (*The King v. Almon*), con la publicación de un panfleto difamatorio de la judicatura inglesa. Su autor fue acusado de *Contempt* en esta modalidad pero la sentencia redactada por el juez Wilmot que, curiosamente, nunca llegó a pronunciarse, debido a las disculpas que presentó el encausado, valoraba si el libelo contra un juez tiene que ser discutido en un proceso por jurado o puede ser sancionado mediante un procedimiento sumario basado en un uso inmemorial.

No obstante, el caso es tomado como paradigma de este tipo de *Contempt*, porque el propio juez la incluyó años más tarde, en 1802, en una recopilación de resoluciones, en la que se indicaban las consideraciones del juez sobre los fundamentos de una reacción inmediata, sin las formalidades de un juicio ordinario para combatir una crítica calumniosa dirigida contra un juez o tribunal¹²².

Olvidada durante mucho tiempo esta variedad de *Contempt*, en este siglo ha vuelto a resurgir con fuerza, debido a dos casos, fundamentalmente, el *New statesman* (1928) en el cual esta revista fue condenada por *scandalising the court* a causa de las críticas vertidas sobre el juez Avory, poniendo en tela de juicio la imparcialidad de éste en un asunto relativo al control de natalidad; y el caso del abogado Hailsham, por un artículo publicado en la revista *Punch* en el que criticaba ferozmente a los Tribunales, aunque finalmente no fue condenado, lo que demuestra que sólo en casos extremos prevalece el interés de la judicatura sobre la libertad de expresión o información, en concreto, cuando se cuestiona la imparcialidad de la justicia¹²³.

b') Prejudicing a fair trial, consistente en cometer actos que obstruyen la administración o el curso de la Justicia, ya sea en casos civiles o penales,

¹²² DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 92.

¹²³ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 93.

prejuzgando su resolución justa.

Esta vía de desacato se refiere a las discusiones o comentarios previos a la celebración del juicio en periódicos o programas de televisión, sobre hechos que han de juzgarse en breve¹²⁴.

Se supone que los jueces, y más aún en el sistema de Jurado, están a prueba de insinuaciones que supongan un perjuicio, tanto en la prensa como en los programas de radio o televisión, que pueda llegar a ser sumamente incriminatorio para el inculpado. En este sentido y dada la facilidad con que la prensa puede influir en la opinión pública, presionando en el curso de un proceso, existen numerosos casos de esta modalidad de *Contempt*.

Merece destacarse aquí el famoso caso inglés del Ingeniero Haight¹²⁵, que fue detenido e inculpado como presunto autor de la muerte de una señora por inmersión de ácido sulfúrico. Se descubrió que otras mujeres habían muerto de la misma manera, y todas las sospechas apuntaron hacia el señor Haight, pero los periódicos se cuidaron en decir nada, a excepción del "Daily Mirror", que dio a entender que el autor de las muertes descubiertas con posterioridad era el mismo. El señor Haight se querelló contra el "Daily Mirror" desde la prisión, y el periódico fue condenado. Es un caso extremo pero sin duda ilustrativo, y que corrobora la postura adoptada sobre el tema.

De distinto signo fue, en cambio, la opinión mantenida en el caso sobre el **Sunday Times de 26 de abril de 1979**. En el Reino Unido, entre 1958 y 1961, la Distillers Company Ltd. fabricó y distribuyó alimentos que contenían talidomida, especialmente utilizado por mujeres embarazadas, que dieron a luz niños con graves malformaciones. Los afectados emprendieron acciones contra

¹²⁴ SCOTT, Richard, "La imparcialidad objetiva del Juez...", p. 206.

¹²⁵ Citado por ALBERDI ALONSO, Cristina, "El poder judicial como garante...", p. 183.

Protección penal del secreto sumarial.

la empresa farmacéutica. En el año 1971, cuando todavía se encontraba pendiente el pleito y la Distillers había llegado ya a un acuerdo transaccional con algunas de las afectadas para su indemnización, el "Sunday Times" publicó un artículo titulado "la talidomida y nuestros niños: una vergüenza nacional", criticando gravemente la postura del demandado durante el pleito, poniendo de relieve la obligación moral de la compañía de indemnizar lo antes posible a las personas afectadas que no habían transigido. Se amenazó con la publicación de otros artículos al mismo efecto.

Puesto que el caso se hallaba parcialmente *sub iudice*, para asegurarse de que no se iba a interferir en el proceso, el periódico presentó ante el *Attorney General* (equivalente al Fiscal General) el artículo que iba a publicar. El *Attorney General* estimó, sin embargo, que se trataba de un caso de *prejudicing fair trial* y promovió contra *Sunday Times* una acción por *Contempt of Court*, solicitando la prohibición de la publicación del artículo.

Se trata, por tanto de un *contempt* preventivo. Aunque en primera instancia la Corte de Apelación desestima la posibilidad de *Contempt of court* por tratarse de un asunto de interés general y abordado con cautela, el *Attorney General* apela ante la Cámara de los Lores, la cual considera, contrariamente, que sí se interfiere en el curso de un proceso pendiente.

El asunto llega hasta el TEDH puesto que el Sunday Times recurre ante el citado Tribunal de Estrasburgo por violación del art. 10 del Convenio Europeo. Dos posturas divergentes se manifestaron ante él: de un lado, la de los demandantes, el Gobierno británico y la minoría de la Comisión, para quienes las reglas del *Contempt of Court* estaban destinadas a preservar no sólo la autoridad e imparcialidad del poder judicial sino también los derechos e intereses de los litigantes. De otro, la de la mayoría de la Comisión, quien afirmó que el *contempt* tiene como fin asegurar la regular administración de la justicia, tendiendo, así, hacia objetivos análogos a los que predica el art. 10.2 del Convenio, y, por

tanto, no es necesario su tratamiento por separado, pues su finalidad, en última instancia, supone proteger los derechos de los litigantes, en cuanto personas insertas en la justicia, y no se asegura la imparcialidad de esta última sin proteger a cualquiera que forme parte de ella¹²⁶.

Aunque en este caso el Tribunal Europeo advierte de los peligros que representan los procesos en la prensa para la autoridad del poder judicial, rechaza expresamente que la Convención pueda autorizar una prohibición general de la publicación por el interés social subyacente. En la información, es obligado realizar una interpretación restrictiva de las limitaciones establecidas en el artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos del Hombre (1950), por el predominio que se debe conceder a la libertad de expresión en una sociedad democrática, con lo cual la rigidez de este instituto queda atenuada desde este momento¹²⁷.

Se hace notar, pues, que una restricción a la libertad de expresión tal como la que se había adoptado respecto al citado periódico, ha de estar no sólo prevista en la ley, sino tener una justificación suficiente que la haga necesaria en una sociedad democrática¹²⁸.

Para llegar a tal conclusión analizó, en primer lugar, la expresión "prevista por la ley". En concreto, en el Fundamento 47 se afirma que tal expresión engloba a la vez el derecho escrito y el no escrito. De esta forma, en el caso que nos ocupa, el Tribunal europeo opinó que es indiferente que la institución del *Contempt of Court* sea una creación del *Common Law* y no de la legislación. "Se

¹²⁶ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, "La libertad de expresión en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", en Revista de estudios políticos, nº 70, , oct-dic, 1990, pp. 112 a 114.

¹²⁷ Consideran digna de resaltar esta opinión, vertida por el TEDH, entre otros, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 132. Díez-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 94. GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, "La protección penal...", p. 359.

¹²⁸ Fundamento de derecho I, epígrafes 47, 48 y 49 de la citada STEDH de 26 de abril de 1979.

Protección penal del secreto sumarial.

iría manifiestamente contra la intención de los autores del Convenio si se dijese que una restricción impuesta por el *Common Law* no está prevista en la ley, con el único motivo de que no está enunciada en ningún texto legislativo: se privaría así a un Estado de *Common Law*, que forma parte del Convenio, de la protección del art. 10.2 y se rompería la base de su sistema jurídico".

Una vez delimitado el significado de la palabra "Ley", el Tribunal pasó a examinar los principios legales que se aducían como integrados en el *Contempt of Court*, esto es, el principio de *previsión*, definido como "la tentativa deliberada de influir en un acuerdo amistoso de un proceso ejerciendo presiones del público o de una de las partes" y el principio de *juicio prematuro*, es decir, "publicar algo prematuramente sobre una cuestión sometida a los tribunales o ejercer presiones para que el público juzgue prematuramente", resolviendo que tales principios habían resultado precisos y accesibles para los demandantes. Reflexión del Tribunal que demuestra que la institución del principio de juicio prematuro y en definitiva de *Contempt of Court* era insuficiente, en este caso, para cubrir el significado de la expresión "prevista por la Ley", posiblemente debido a la convicción de que prosperaría la violación del art. 10 de la Convención, como efectivamente ocurrió¹²⁹.

Subyace en la idea manifestada por el TEDH en esta sentencia otro tema de gran trascendencia y es la importancia social del ejercicio de la libertad de expresión e información, enjuiciando el interés público de las informaciones sobre unos determinados hechos al que se califica como un valor que debe primar cuando los mismos tienen una relevante trascendencia social, como sucedió en el caso que nos ocupa, en que la libertad de expresión ocupaba la difusión de información al respecto, libertad de expresión que, al proteger la difusión de opiniones, afecta también a la Administración de Justicia.

¹²⁹ TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, "La libertad de expresión en la jurisprudencia del T.E.D.H." ..., p. 84.

Ello supone vincular la libertad de difusión de informaciones a un criterio de veracidad informativa, que subraya la concepción de la información como un bien social¹³⁰. Aunque no podemos olvidar que el problema de fondo planteado en la sentencia y al que nos hemos referido con cierto detenimiento, es el estudio de la injerencia informativa en los procesos judiciales. Problema que se solucionó a favor de la primacía de la libertad de expresión protegida por el art. 10 del Convenio arguyendo que "la injerencia no corresponde a una necesidad social tan imperiosa como para primar el interés público sobre la libertad de expresión".

c') *Disobedience to an order of the court*¹³¹, esto es, el incumplimiento de órdenes judiciales, que es quizá la forma más común de desacato al tribunal. Si un mandamiento judicial no se obedece, la persona a quien va dirigido, es, en principio, culpable de un acto de "Contempt of Court".

No obstante, hay otras formas de desacato al tribunal. Así, **d') *Victimisation of witnesses and jurors***¹³², que supone cualquier acto de amenaza, coacción o represalia sobre un testigo o un jurado.

Relacionado con éste, **e') *Contempt in the face of the court***¹³³, que comprende cualquier acto de violencia o intimidación cometido en un Tribunal de Justicia, es decir, la intromisión a testigos ya sea para persuadirles de no testificar o para tomar represalias por el testimonio prestado puede constituir un

¹³⁰ BONET PÉREZ, Jordi, "El criterio del "interés público" en la práctica jurisdiccional relativa al artículo 10 del Convenio Europeo para la salvaguarda de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales", en Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n°2, octubre-marzo, 1993-94, p. 563.

¹³¹ Ampliamente, MILLER, C.J., Contempt of Court..., pp. 460 a 463.

¹³² Vid., MILLER, C.J., Contempt of Court..., pp. 354 a 365.

¹³³ Ampliamente, MILLER, C.J., Contempt of Court..., pp. 97 a 139.

Protección penal del secreto sumarial.

acto de desacato¹³⁴. Del mismo modo, pueden serlo actos destinados a ejercer presión sobre el Tribunal, ya sea sobre el Juez o el Jurado, con el fin de influir en el resultado del juicio¹³⁵.

Y, por último, *f') refusing to answer questions*, o negativa a contestar a las preguntas que formule el Tribunal.

d) La *Contempt of Court Act* de 27 de julio de 1981.

Actualmente, en el Reino Unido se puede acusar de "contempt" a una publicación por obstrucción en el curso de la justicia, en base a la **Ley de Desacato a los Tribunales de 27 de julio de 1981**, promulgada en base a las siguientes circunstancias: 1. La presión de los medios de comunicación. 2. El informe de la Comisión «Phillimore» de 1971 que estimaba que había que eliminar las incertidumbres de la legislación vigente. Y, 3. La causa desencadenante fue la citada sentencia del TEDH en el caso "Sunday Times" v. K.U.. Por ello se estimó que había que modificar la legislación existente para adaptarla a los compromisos internacionales del Reino Unido¹³⁶.

Bajo dos modalidades delictivas (el *contempt in facie* -cometidos ante el Tribunal, en estrados- y *ex facie curiae* -cometidos fuera del Tribunal pero que pueden incidir en las resoluciones del mismo infringiendo su independencia y su

¹³⁴ La tipificación de esta conducta podría identificarse en nuestro derecho penal (aunque no coincida totalmente) con el artículo 464 del CP: "1. El que con violencia o intimidación intentare influir directa o indirectamente en quien sea denunciante, parte o imputado, abogado, procurador, perito, intérprete o testigo, en un procedimiento, para que modifique su actuación procesal, será castigado(...).

2. Iguales penas se impondrán a quien realizare cualquier acto atentatorio contra la vida, integridad, libertad, libertad sexual o bienes, como represalia contra las personas citadas en el apartado anterior por su actuación en un procedimiento judicial(...)".

¹³⁵ SCOTT, Richard, "La imparcialidad objetiva del Juez...", p. 205.

¹³⁶ FAYOS GARDO, Antonio, "La *Contempt of Court Act*...", p. 912.

imparcialidad-) se penalizan en esta Ley 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 que está siendo juzgado, a través de los medios de comunicación. No obstante, el *contempt in facie curiae* se sigue rigiendo en su mayor parte por el *Common law* mientras que el cometido *ex facie curiae* ha sido "codificado", en algunas partes esenciales como las referidas al desacato cometido por los medios de comunicación social, quienes al publicar información sobre procesos en curso pueden dar lugar a la creación de riesgos sustanciales en dichos procesos y muy especialmente en el Jurado¹³⁷.

a') La acción del *Contempt*.

Para que se inicie una acción por *Contempt*, según el art. 2 de la ley, es necesario que concurren cuatro elementos: 1. Riesgo sustancial para la aplicación de la Justicia (prejuicios e impedimentos). Entre las acciones criminalizadas en la práctica que suponen este riesgo sustancial, se incluye la publicación de comentarios sobre el carácter del acusado, revelar sus antecedentes penales, la realización de los "juicios paralelos", la publicación de una investigación privada sobre asuntos que están *sub iudice*, la publicación de entrevistas con testigos, la publicación de una fotografía del acusado si está en cuestión la identificación del mismo, la publicación de que el acusado ha confesado la realización del delito del que se le acusa, la publicación de comentarios sobre el testimonio de los testigos, minusvalorándolo o sobrevalorándolo.

2. Comisión por medios de comunicación social. Conforme a la Ley son susceptibles de incurrir en desacato los periódicos, la televisión, la radio y los libros, ya que la ley entiende por publicación: "cualquier conversación, escritura,

¹³⁷ FAYOS GARDO, Antonio, "La *contempt of court act...*", p. 911.

Protección penal del secreto sumarial.

radiodifusión y otra comunicación en cualquier forma".

3. Que exista riesgo para un caso concreto. Según esto, las demás conductas que atenten a la Administración de Justicia en su conjunto no se encuentran comprendidas en la Ley, sino que están sometidas a las reglas del *common law*.

4. Que dicho procedimiento esté *sub iudice*. A tal fin, la Ley, en su art. 4.2, remite a los Apéndices para determinar cuándo se entiende que el procedimiento está "activo" (terminología de la Ley)¹³⁸ en cada caso particular, en función de que el procedimiento sea civil, penal o que se encuentre en fase de apelación¹³⁹.

Por otro lado, en la modalidad *in facie curiae*, se incluye la publicación de insultos a los juzgadores, a las partes, testigos y abogados y en general a las personas que se relacionan con el proceso, las interrupciones voluntarias de los procedimientos o el mal comportamiento ante el tribunal, el uso de aparatos grabadores del sonido o instrumentos similares sin consentimiento del tribunal, la publicación de informaciones obtenidas de los jurados, e incluso, el intento de obtener opiniones de los mismos¹⁴⁰.

b') Procedimiento.

La Ley sólo dicta pautas generales del procedimiento ya que los aspectos más concretos se remiten a otras normas.

¹³⁸ Sobre el período en el cual el procedimiento está *sub iudice* o «activo», vid., ampliamente, MILLER, C.J., *Contempt of Court...*, pp. 166 a 187.

¹³⁹ Vid., VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 38. FAYOS GARDO, Antonio, "La *Contempt of Court Act...*", pp. 912 a 914.

¹⁴⁰ VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 38. FAYOS GARDO, Antonio, "La *Contempt of Court Act...*", p. 916.

Límites al principio de publicidad: soluciones adoptadas en derecho comparado.

El procedimiento del *Contempt* es bastante diferente al que se aplica al resto de las causas criminales. Es sumario y los únicos tribunales competentes para enjuiciar estos casos son los denominados "superiores"¹⁴¹. Consiste en lo siguiente: se inicia normalmente a instancia del *Attorney General*, quien valora si la agresión es de la suficiente entidad como para poder constituir un caso de *contempt*. El Tribunal, que también puede actuar de oficio, estudia el caso sin intervención del jurado, dictando resolución apelable¹⁴².

En el tema concreto que nos ocupa, un procedimiento de desacato al tribunal puede restringir la libertad de prensa de dos formas. En primer lugar, si desobedeciendo una orden judicial de restringir la publicación de un tema determinado, un periódico lo publica, al redactor se le impondrá multa o prisión y al propietario del periódico, multa o embargo.

c') Otras facultades del tribunal.

La Ley concede otras facultades al tribunal como ordenar el comiso de los instrumentos grabadores utilizados sin permiso en un procedimiento o la facultad de ordenar que se publiquen datos, si éstos han sido ocultados al público en las publicaciones.

No obstante, queda protegido el secreto profesional de los periodistas al vedarse al tribunal el acceso a la fuente de información salvo si la revelación es necesaria para los intereses de la Justicia, la seguridad nacional o para la prevención del desorden o la criminalidad¹⁴³.

¹⁴¹ FAYOS GARDO, Antonio, "La *Contempt of Court Act...*", p. 917.

¹⁴² DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 91.

¹⁴³ FAYOS GARDO, Antonio, "La *Contempt of Court Act...*", p. 917.

d') Situación en la práctica tras la entrada en vigor de la Ley de 1981.

Se puede deducir, que el derecho británico ha sido tradicionalmente muy severo en este punto. La ratio que justifica tal severidad es la garantía del derecho a una "fair justice" (justicia imparcial) por parte de los procesados. Hay que insistir en que esta tipificación penal tiene una estrecha relación con el sistema de justicia por jurados generalizado en derecho anglosajón. Desde esta perspectiva, se comprende que la profusión de información pueda ser incriminatoria para los acusados, por parte de los medios de comunicación, con la consiguiente violación de las garantías para la recta administración de justicia, para la que precisamente se organiza el proceso con la contradicción entre acusación y defensa¹⁴⁴.

Se observa que las restricciones a la libertad de información no sólo son ahora concretas, sino rigurosas. Aunque la prohibición no alcanza a la publicación exacta, y con buena fe, de lo acaecido en audiencia pública. No obstante, la publicación ha de ser contemporánea del acto procesal a que se refiere, manteniéndose, en todo caso, la medida preventiva del juicio justo, pues el juez puede aplazar la publicación de determinadas informaciones, durante el tiempo que estime conveniente¹⁴⁵.

Se establece, pues, ante todo, la responsabilidad objetiva por publicaciones sobre litigios pendientes (*strict liability rule*), independientemente de si hubo o no malicia. Por tanto, si se dan los requisitos objetivos para que exista desacato no tendrá relevancia alguna la voluntad del acusado. En cambio, si se llegase a probar que el sujeto tenía intención de inmiscuirse y voluntad de provocar un desacato no se aplica la ley de 1981, sino las normas del *common*

¹⁴⁴ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 126.

¹⁴⁵ VERGER GRAU, Joan "Los juicios paralelos...", p. 221.

law. Es de suponer que las conductas que incurran en *contempt* son en su mayor parte culposas y no dolosas, de manera que se aplicará mucho más la ley que el derecho común. De hecho, en la práctica, no existen precedentes de comisión deliberada de actos de desacato a un mandamiento judicial por parte de un periódico.

Todo ello redundará en beneficio de la certeza, si bien confiere rigidez al sistema. Sólo es lícita, así, la publicación de noticias veraces sobre el curso de los procesos y siempre que no haya una prohibición expresa del Tribunal. La Ley, por último, fija la pena en dos años de privación de libertad como máximo¹⁴⁶.

Esta novedad supone que los posibles actos de desacato se encuentran preestablecidos en la Ley, con lo que se incrementa la seguridad jurídica, pero sigue sin solucionarse totalmente el conflicto libertad de prensa-imparcialidad de la justicia.

De hecho, este problema se suscitó, con la Ley de 1981 en vigor, en el caso *Channel Four Television*, del Reino Unido¹⁴⁷, en el que el Juez británico recurrió a la legislación sobre *Contempt of Court* para proteger a los jurados de la influencia perjudicial de un programa de televisión ("Crónica judicial"), que pretendía cubrir el desarrollo de un juicio, reconstruyendo textualmente los acontecimientos más importantes. Al iniciarse las sesiones, el Juez Mc Cowan ordenó, conforme al artículo 4.2 de la Ley de 1981 sobre el *Contempt of Court*, que todo reportaje, de cualquier parte del proceso, se difería hasta que el jurado hubiese pronunciado su veredicto. La emisión tomó la forma de un reportaje de actualidad, y aunque el juez declaró entonces que la emisión era perfectamente

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", p. 95. Sobre el modo de interpretar los tribunales este requisito de la strict liability rule, vid., FAYOS GARDO, Antonio, "La Contempt of Court Act...", pp. 914 a 916.

¹⁴⁷ Una interpretación de la sentencia, puede verse en LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", pp. 131 y 132 y del mismo autor, "La información sobre procesos...", p. 10.

equitativa, los demandantes consideraron que las limitaciones impuestas eran desproporcionadas con el fin a proteger: el carácter equitativo del proceso, y decidieron plantear el caso ante el TEDH. La Comisión en su examen consideró que la restricción respondía a un fin legítimo, concluyendo respecto a la proporcionalidad de la medida que era necesaria en una sociedad democrática para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

No obstante, el hecho de imponer una prohibición general sobre un caso "sub iudice", alegando el derecho a un juicio justo e imparcial, no es la tónica general desarrollada, ni en el derecho inglés, ni en el marco del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Prueba de ello, es que el TEDH ha manifestado en numerosas ocasiones¹⁴⁸, que el citado artículo 10 exige que las restricciones a la libertad de expresión o de prensa han de ser proporcionales a los fines legítimos que se persiguen.

Con todo, existe todavía el riesgo de que los comentarios públicos en prensa, televisión o radio sobre juicios, se consideren constitutivos de un acto de desacato. No hay duda que esto supone en la práctica una restricción de la libertad de prensa, en la medida en que la correcta aplicación de la Justicia para garantizar un juicio justo se sigue considerando un valor superior al de la libertad de expresión. Sirva como ejemplo, un caso relativamente reciente: *the Attorney General vs. New Group Newspapers Limited, 1987 Q.B.*¹⁴⁹. Un periódico había

¹⁴⁸ Puede consultarse al respecto, *Lingens vs. Austria* (1986) 8 EHRR 407; o la ya citada *the Sunday Times vs. United Kingdom* (1979) 2 EHRR 245. Destacamos, asimismo por su importancia, el caso *G. Enslin, A. Baader y J. Raspe*, suscitado en Alemania y que llegó a la Comisión Europea (Reqs. nº 7572/76, 7586/76, 7587/76, Dec. 8 de julio de 1978 (DR 14, p.64), citado por LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 130 y en "La información sobre procesos...", p. 9. Los demandantes se quejaban de que la apertura del proceso había estado precedida de la excitación de la opinión pública a través de una campaña de prensa tolerada e incluso organizada por los mismos poderes públicos. Los demandantes alegaron que habían sido tratados de "bandidos", "criminales" y "banda de asesinos". Sin embargo, los miembros de la Comisión valoraron que en este caso no se podía esperar de la prensa, ni tampoco de las autoridades responsables que se abstuvieran de toda declaración, y, en consecuencia, no cabía deducir que se hubiese producido violación del artículo 6 del Convenio.

¹⁴⁹ Tomado de SCOTT, Richard, "La imparcialidad objetiva del juez...", p. 206.

Límites al principio de publicidad: soluciones adoptadas en derecho comparado.

publicado un artículo relacionando a un conocido jugador de cricket con el consumo de drogas. Cuando se publicó el mismo, el jugador estaba pendiente de juicio sobre presuntos delitos vinculados a las drogas. El periódico conocía este suceso al publicar el artículo. El hecho fue considerado constitutivo de desacato al Tribunal. Al periódico se le sancionó con una cuantiosa multa. Se recurrió la decisión pero denegaron las pretensiones del recurso. Lord DONALDSON, el Magistrado de la causa, concluyó la sentencia con esta observación: "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".

Por tanto, en este caso se reconoció explícitamente que existen otros intereses públicos a los que, en algunas ocasiones, hay que dar preferencia sobre el interés público de libertad de expresión. Es así como debe entenderse la expresión con la que Lord Donaldson concluyó su sentencia.

En definitiva, late en este sistema una cierta hegemonía del interés por la correcta administración de justicia respecto de la libertad de expresión.

No obstante, por regla general, en el sistema inglés, los jueces, al buscar un equilibrio entre la Administración de justicia y la libertad de prensa, parten de la premisa de que esta última es uno de los pilares de la democracia, y la injerencia en ella debe justificarse¹⁵⁰. Teniendo esto en cuenta, se restringe en la medida estrictamente necesaria para proteger intereses públicos, tales como la recta Administración de Justicia, y proporcionadas al fin legítimo que se persigue con la restricción.

B Estados Unidos.

La justicia anglosajona, considerada en sentido amplio, ha suministrado

¹⁵⁰ SCOTT, Richard, "La imparcialidad objetiva del juez...", p. 208.

Protección penal del secreto sumarial.

tradicionalmente, los mecanismos del *Contempt of Court*, como medio a los excesos de información sobre los procesos judiciales. Sin embargo, esta institución es genuinamente inglesa trasladada posteriormente a los Estados Unidos, por lo que el *Contempt of Court* en este país goza de unas características peculiares.

En los EE.UU. este mecanismo ha continuado siendo una construcción fundada en los precedentes judiciales, que han tratado de evitar la difusión de opiniones o noticias que puedan interferir en la imparcialidad de los tribunales y, por tanto, impedir una decisión justa en el proceso penal, mientras que en Gran Bretaña, la norma legal de 27 de Julio de 1981 (*Contempt of Court Act*), codifica y sistematiza el Common Law anterior introduciendo en el mismo novedades importantes. Se trata, al convertir en *Statute Law* lo que era *Common Law*, de lograr un plus de protección a la imparcialidad de los tribunales, evitando la interferencia que los excesos de los medios de comunicación pueden suponer en las resoluciones jurisdiccionales. Es decir, tratar de evitar que a través de juicios paralelos se creen prejuicios que, al influir en los miembros del Jurado, vulneren el principio del derecho a un juicio justo e imparcial¹⁵¹.

En los EE.UU., en cambio, la publicación del hecho procesal no se vincula tanto a la Primera Enmienda que establece: "el Congreso no hará leyes en relación con una religión de Estado o prohibirá su libre ejercicio ni tampoco limitará la libertad de expresión o de prensa" (libertad de prensa, que viene siendo interpretada como una prohibición absoluta de imponer restricciones previas a la libertad de expresión e información) cuanto a la Sexta, que se refiere al derecho del sometido a juicio a que éste sea público como garantía de un juicio justo¹⁵² (*fair trial*).

¹⁵¹ BERLANGA RIBELLES, Emilio, "los llamados juicios paralelos...", p. 114.

¹⁵² Por tanto, sólo se limitará la publicidad procesal cuando el ejercicio de esta libertad suponga una grave amenaza al derecho de la colectividad a obtener un juicio justo. Este es el argumento (continúa...)

Límites al principio de publicidad: soluciones adoptadas en derecho comparado.

Es decir, este ordenamiento jurídico parte de la base de que el procesado tiene tanto interés como los medios de comunicación en que las sesiones del juicio sean públicas. La publicidad del juicio es el instrumento con que cuenta el acusado para que el proceso se desarrolle limpiamente (*fair trial*) y por otra parte, ese derecho ha de conjugarse con el de los medios de comunicación a informar y, a su vez, con el derecho del público a ser informado, para lo cual estos últimos también necesitan que el proceso sea público¹⁵³.

Lo que preocupa, en definitiva, en los EE.UU., a diferencia del Reino Unido, es la colisión existente entre ese derecho del ciudadano sometido a juicio -más que el respeto al tribunal- y el derecho a la libre información.

Esta polémica entre ambos derechos, se plasmó jurisprudencialmente en el asunto *Sheppard v. Maxwell* (1966)¹⁵⁴. Constituye el primer intento¹⁵⁵ del Tribunal Supremo de los EE.UU. de encontrar un punto de equilibrio entre la publicidad del proceso y el derecho a un juicio justo. Así, si el Juez Warren tomó

¹⁵²(...continuación)

principal de la jurisprudencia norteamericana, plasmado, entre otras, a través de las siguientes sentencias del Tribunal Supremo de los Estados Unidos: *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971); *Kusper v. Pontikes*, 414 U.S. 51 (1973); *Brown v. United States*, 411 U.S. 223 (1973); *Murphy v. Florida*, 421 U.S. 794 (1975); *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976); *Nebraska Press Association v. Stuart*, 427 U.S. 539 (1976); *Landmark Communications, Inc. v. Virginia*, 435 U.S. 829 (1978); *Strickland v. Washington*, 466 U.S. 668 (1984); *McDonough Power Equip., Inc. v. Greenwood*, 464 U.S. 548 (1984); *Richardson v. Marsh*, 481 U.S. 200 (1987). Sobre el juicio justo y público (a Fair and Public Trial), vid., HOLSINGER, Ralph L. ; DILTS, Jon Paul, *Media Law...*, pp. 264 a 312. Vid., también, FLETCHER, George P., *Las víctimas...*, pp. 207 a 241.

¹⁵³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, *Libertad de prensa y procesos...*, pp. 122 y 123.

¹⁵⁴ Sentencia 384 U.S. 333, 362-63 (1966) citada anteriormente a propósito del jurado en el subepígrafe *Posible influencia sobre el órgano judicial* dentro del epígrafe *Planteamiento del tema: Problemas que surgen al respecto*.

¹⁵⁵ No obstante, en el caso *Estes v. Texas* 381 U.S. 532,539 (1965), el Tribunal Supremo se cuestiona por primera vez este tema, entendiéndose que se había infringido el derecho a un juicio justo, por haber sido televisada la vista preliminar, al poder influir en la opinión de la sociedad en cuanto a culpabilidad o inocencia.

Protección penal del secreto sumarial.

una actitud favorable a la libre información de los procesos¹⁵⁶, el Tribunal Supremo norteamericano estableció, tras advertir que "los procesos no son como las elecciones, que pueden ganarse usando los mitines, 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"¹⁵⁷.

De esta forma, el Tribunal anuló el proceso porque el Juez que lo dirigió "no cumplió con su deber de proteger a *Sheppard* de la injerencia de una publicidad ilegal y de controlar las influencias perjudiciales en la sala del juicio"; el Tribunal debió haber evitado la aparición de material perjudicial para proteger la influencia del jurado, debió haber aislado a los testigos, debió haber prohibido cualquier divulgación del material del proceso y si hubiera sido preciso, debió haber trasladado el desarrollo del proceso a cualquier otro lugar para preservar al jurado de influencias extrajudiciales¹⁵⁸.

En cambio, esas "órdenes amordazadoras", como las denominó la prensa, fueron eliminadas posteriormente en la sentencia del tribunal (cuyo presidente fue el juez Burger) dictada en el caso *Nebraska Press Association v. Stuart (1976)*¹⁵⁹, en el que se indicó que "las restricciones previas a la expresión y a las publicaciones son la más seria e intolerable violación de los

¹⁵⁶ Esta sentencia se refiere a un asesinato que desbordó la información en la prensa sobre la investigación de las circunstancias, hasta el punto de señalar discrepancias con la investigación oficial. De esta forma, las sesiones del tribunal estaban abarrotadas de periodistas a los que se les reservaba determinadas filas de bancos, con la correspondiente instalación de equipos técnicos de escucha y reproducción del sonido. Por otro lado, el jurado pudo comunicarse con los medios de comunicación durante el proceso y en el período final de deliberación. Un comentario extenso de esta sentencia, puede verse en MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 123 a 127.

¹⁵⁷ Ampliamente, VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad...", p. 39, y MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 125 a 127.

¹⁵⁸ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 130.

¹⁵⁹ Sentencia 427 U.S 539 (1976).

Límites al principio de publicidad: soluciones adoptadas en derecho comparado.

derechos de la Primera Enmienda" y, en consecuencia, era necesario atender a mecanismos alternativos de esas órdenes para garantizar la eliminación de la publicidad adversa e instruir al jurado sobre su obligación de excluir terminantemente cualquier influencia no obtenida en el curso del proceso, que podrían ir desde el cambio de jurisdicción a las instrucciones, e incluso aislamiento del jurado. Esto supone otra esencial diferencia con el sistema del Reino Unido puesto que no se prohíbe a la prensa publicar, pero se procura, como se demuestra en esta sentencia últimamente reseñada, que su influencia sea mínima y que no se le den facilidades indebidas¹⁶⁰.

En 1978, con ocasión del caso *Gannett Co. v. De Pascuale*, se da un paso atrás en el intento de encontrar un equilibrio entre ambos derechos¹⁶¹, al señalarse en esta sentencia que la publicidad de los juicios es una garantía constitucional en favor del acusado de la que no puede derivarse que los medios de comunicación tengan un derecho de acceso al proceso. La crítica a la mencionada sentencia fue tan ácida que en 1980 se rectifica a través de la importante sentencia *Richmond Newspapers Inc. v. Virginia*¹⁶², basándose el defensor del citado periódico, L. Tribe, profesor de la Universidad de Harvard, en la conjunción de las Enmiendas Primera y Sexta, para argumentar que el público y la prensa tienen un derecho constitucional de asistencia a los procesos penales.

Con esta doctrina jurisprudencial, iniciada en la sentencia comentada y

¹⁶⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa y procesos por difamación, Barcelona: Ariel, 1987, pp. 129 y 130.

¹⁶¹ El caso llegó al Tribunal Supremo debido al conflicto existente entre los acusados que pidieron que se excluyera al público y a la prensa del proceso para impedir una publicidad adversa mientras que la *Gannett Publishing Company* solicitaba el reconocimiento de un derecho independiente de acceso de la prensa a las audiencias en base a las Enmiendas 1ª, 4ª y 14ª. Si se desea profundizar en esta sentencia, vid., MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 130 y 131.

¹⁶² Sentencia 448 U.S 555 (1980). Ampliamente, de nuevo, MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 131 y 132.

Protección penal del secreto sumarial.

mantenida en la actualidad, se asienta el principio de que la publicidad de los juicios se concibe como un derecho del ciudadano para conseguir un juicio limpio pero al mismo tiempo existe un derecho de acceso al juicio por parte de la prensa que no puede ser eliminado¹⁶³.

En cuanto a las retransmisiones en directo de los juicios por radio o televisión¹⁶⁴, la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano ha sufrido una evolución. Así, en 1962 una decisión del Alto Tribunal prohibió la presencia de las cámaras de televisión en la Sala, por entender que constituían un impedimento para el normal desarrollo del proceso. A pesar de la Primera Enmienda, el Tribunal Supremo mantuvo su tesis hasta 1979. Dos años antes, en 1977, el Estado de Florida decide llevar adelante una experiencia a requerimiento de dos estaciones de televisión en Miami y Jacksonville. El experimento resultó tan positivo que el Tribunal Supremo lo aceptó con carácter general al crear una norma en el verano de 1979. La querrela que presentó el Estado de Florida contra la norma de 1962 se resolvió con una sentencia sin precedentes, pues el Tribunal Supremo norteamericano decidió que la presencia en los juicios de estos medios de comunicación no es inconstitucional, siendo a cada Estado a quien corresponde decidir la presencia o no de cámaras fotográficas y de televisión. Desde entonces, en Florida se ha venido informando de los juicios a través de la televisión sin que se hayan producido problemas ni con la justicia ni con el público, y sin que haya sido necesario el consentimiento expreso de ninguna de las partes interesadas.

A raíz de esta experiencia, en otros Estados, se exigió la autorización y visto bueno de todas las partes. De hecho, en la actualidad, las cámaras de televisión están presentes en las Salas de Justicia de más de treinta Estados sin

¹⁶³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, Libertad de prensa..., pp. 127 y ss.

¹⁶⁴ Cfr., *infra*, 3. Restricciones a la publicidad tras la apertura del juicio oral, en concreto, la regulación en Francia, Italia y EE.UU. respecto a la presencia de los medios de comunicación audiovisuales en los juicios.

que se hayan producido conflictos graves hasta el punto de que numerosas cadenas de televisión tienen programas de este tipo que se retransmiten con periodicidad en directo¹⁶⁵.

En definitiva, en el derecho norteamericano, no obstante ese precedente tan fuertemente arraigado, fomentado por la ausencia de regulación legal sobre el tema, es preciso puntualizar que, en la actualidad, la jurisprudencia constitucional ha evolucionado en el sentido de ensanchar el ámbito de la libertad de expresión e información de los medios en relación a las informaciones relativas a causas "sub iudice". En efecto, hoy, el Tribunal Supremo considera amparada por la libertad de expresión la publicación de cualquier información obtenida por un periodista sin violar la ley. Por tanto, cualquier información que los medios hayan podido adquirir legalmente, pueden difundirla, sea favorable o perjudicial a los acusados o a las partes en un proceso. Ello es una consecuencia de la "preferred position" (posición preferente) de la libertad de expresión que requiere que se cumplan unas muy severas condiciones para que sea admisible una restricción previa ("prior restraint") sobre la libertad de expresión.

C Conclusión.

Comparando ambos sistemas, se observa que el derecho inglés, con la promulgación de la *Contempt of Court Act* de 1981, ha restringido enormemente la libertad de expresión y de información en aras de una máxima protección de la imparcialidad de los tribunales, frente al sistema norteamericano, que, basado en un precedente, no exento de evolución en el tema que se analiza, ha ido ampliando el ámbito de la libertad de expresión hasta el punto de considerar válida cualquier información obtenida legalmente por un periodista, admitiendo así una posición preferente de la libertad de expresión, frente al

¹⁶⁵ ONETO, José, "El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios", en Libertad de expresión y derecho penal, Madrid: EDERSA, 1985, pp. 32 y 33.

Protección penal del secreto sumarial.

derecho a un juicio justo e imparcial.

En cualquier caso, el "judge made law" anglosajón, cuya traducción más aproximada podría ser "el derecho hecho por los jueces", permite una respuesta más satisfactoria al conflicto entre publicidad y secreto, que el sistema continental, pues este último adopta una solución normativa insuficiente.

En los "leading case" ("casos modelo") del sistema anglosajón, por el contrario, al contar con una casuística valiosa, se ha consolidado como fundamental, el valor de la publicidad del proceso, que sólo puede limitarse para garantizar no tanto la represión del delito cuanto un juicio justo e imparcial¹⁶⁶.

En todo caso, siempre que la difusión de noticias pueda afectar a un juicio justo e imparcial o atentar contra la independencia o dignidad de un tribunal o pueda influir de cualquier modo sobre un jurado, el juez en el sistema anglosajón -tanto en Reino Unido como en Estados Unidos- está facultado para prohibir tal divulgación de noticias¹⁶⁷, cualquiera que sea el origen de la noticia en cuestión. Este matiz es importante tenerlo en cuenta a los efectos de comparar el mencionado sistema con la solución que ofrece a este conflicto nuestro derecho.

1.2.2 Francia.

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 *enquête* y la *instruction*, es secreto". A esta generalización objetiva se añade una precisión subjetiva: "toda persona que

¹⁶⁶ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto sumarial", en Poder Judicial, número especial XI, 1989, pp. 132 y 133.

¹⁶⁷ SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "El secreto sumarial como límite...", p. 293.

Límites al principio de publicidad: soluciones adoptadas en derecho comparado.

interviene en este procedimiento está obligada al secreto profesional en los términos regulados en el CP (que incluye prisión de hasta seis meses y multa de hasta 50.000 francos).

Esa especificación subjetiva en cuanto a la revelación, hace que no exista obstáculo en cuanto a la publicación por la prensa, sin las limitaciones establecidas en el sistema anglosajón¹⁶⁸. No obstante, la publicidad sería sancionable si incurre en ilicitud de origen, por parte del periodista o por su adquisición de quien estaba obligado a no revelar¹⁶⁹.

Por el contrario, la fase de juicio oral es pública, con publicidad absoluta o general e inmediata. No obstante, existen limitaciones a la publicidad de los debates. La idea de la protección de la serenidad del juzgador, como garantía del juicio justo, tiene su consecuencia en la sanción penal de las publicaciones que pretenden ejercer presiones sobre los testigos o sobre el órgano jurisdiccional¹⁷⁰.

1.2.3 Italia¹⁷¹.

La aprobación del nuevo Código de Procedimiento Penal, de 22 de septiembre de 1988 (ley n. 447), pone sobre la mesa el problema de la posibilidad de divulgación de las actuaciones investigadoras, previas al juicio oral.

La nueva regulación asume la diferenciación entre "secreto interno" o propio (art. 329), que se identifica con "prohibición de revelar" y supone

¹⁶⁸ VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 39.

¹⁶⁹ COUSTEAUX, Gilbert, y LÓPEZ- TERRES, Patrik, "Le droit a l'information et la proces penal en droit frances", en Poder Judicial, nº especial XI, pp. 151 a 171.

¹⁷⁰ VARELA CASTRO, Luciano, "proceso penal y publicidad"..., p. 38.

¹⁷¹ Cfr., *infra*, el epígrafe 2.4 Tesis doctrinales, donde se recogen la concepciones de la doctrina italiana más autorizada acerca del fundamento del secreto sumarial.

Protección penal del secreto sumarial.

imposibilidad de conocimiento de las actuaciones por el imputado, consistiendo, pues, en la exclusión de determinados sujetos procesales de la posibilidad de conocer y de seguir el desenvolvimiento de determinados actos del proceso, y que viene asegurado mediante la imposición del secreto a los sujetos legitimados para conocer tales actos¹⁷², y secreto "externo" (art. 114) que se identifica con "prohibición de publicación", consistente en la reserva de ciertos actos respecto de la colectividad entera, asegurado mediante la prohibición de publicación de los mismos, puesto que los medios de difusión son los capaces de perjudicar, en mayor medida, los intereses en cuestión¹⁷³. Por tanto, a nivel conceptual se sigue aceptando la diferenciación entre secreto interno o "endoprocessuale" y secreto externo o "extraprocessuale", a pesar de que algunos autores¹⁷⁴ consideren superada esta distinción tradicional y prefieran partir de una diversa concepción del secreto interno basada en la prohibición de acceso a los actos sumariales, desde el momento en que no se refiere tanto a la general prohibición de revelar la noticia relativa a la instrucción, cuanto, esencialmente, a la posibilidad de acceder a la misma por parte de los sujetos que participan en esta fase. En consecuencia, los límites subjetivos del secreto instructorio resultan condicionados por la determinación objetiva del vínculo¹⁷⁵. La principal diferencia entre ambos tipos de secreto estriba en la función que

¹⁷² MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza...", p. 464. MELE, Vittorio, Il segreto istruttorio, Pubblicazioni della facoltà giuridica dell'università di Napoli, XLIII, Napoli: Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, pp. 46 y 47.

¹⁷³ PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio..., pp. 42 a 46. MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza...", p. 464. CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 65 a 70. TOSCHI, Andrea, "Segreto (diritto processuale penale)", en Enciclopedia del diritto, vol. XLI, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1989, pp. 1099 a 1104. NUVOLONE, Pietro, "Il segreto istruttorio", en Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale. Roma 26-28 ottobre, 1981. Pubblicazioni dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Università degli studi di Roma, serie terza, volume 36, Padova: Cedam, 1983, pp. 530 y 531.

¹⁷⁴ Así, TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione penale, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988, pp. 150 a 157.

¹⁷⁵ TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., p. 101.

cumplen¹⁷⁶: el secreto interno busca asegurar el éxito de la investigación, es decir, se protege el interés de la justicia contra las posibles interferencias internas, a fin de asegurar la certeza de la verdad objetiva, el externo puede obedecer a distintas finalidades¹⁷⁷, en éste se protege el interés de la justicia contra las interferencias externas, asegurándose el sereno e independiente desenvolvimiento de la actividad judicial contra las posibles interferencias de la prensa o de la opinión pública durante esta delicada fase. No obstante, Mantovani¹⁷⁸, afirma que esta doble finalidad que preside los dos tipos de secretos no siempre se cumple de modo totalmente independiente, en consecuencia, no puede negarse que el secreto interno, mediatamente, persigue asegurar la no publicidad externa y, por ende, garantizar la independencia y serenidad de la justicia, mientras que el secreto externo pretende asegurar, mediatamente, también el secreto interno, en la medida en que, vetándose la publicación de los actos instructorios, se reduce ulteriormente la posibilidad por parte de los sujetos procesales de desviar la actividad de la justicia. En consecuencia, es perfectamente justificable la coexistencia de las dos obligaciones que tutelan el mantenimiento del secreto externo e interno¹⁷⁹. Por otra parte, hay que precisar que estos valores han perdido gran parte de su

¹⁷⁶ Vid., ampliamente, CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 83 a 93. TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., pp. 157 a 175. Una interesante visión sobre el secreto instructorio delimitada a través de conocidos casos italianos, es aportada por FERRARI, Giuseppe, "La avventura del «segreto» nell'Italia repubblicana tra gli anni '60 ed '80", en Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del convegno nazionale. Roma 26-28 ottobre, 1981. Pubblicazioni dell'istituto di diritto pubblico della facoltà di giurisprudenza. Università degli studi di Roma, serie terza, volume 36, Padova: Cedam, 1983, pp. 40 a 49.

¹⁷⁷ CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 88 a 93, destaca en este sentido, que el secreto instructorio externo comprende el contenido de los actos y documentos relativos a la esfera privada del individuo, corroborando a este respecto (nota a pie n° 172), la justificación del mantenimiento del secreto instructorio por parte de la doctrina francesa. En efecto, en la doctrina francesa la garantía jurídica del secreto instructorio viene frecuentemente justificada en la exigencia de tutelar la reputación del imputado que puede ser perjudicada por una revelación intempestiva de los actos relativos a la instrucción.

¹⁷⁸ MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza...", p. 465. En el mismo sentido, NUVOLONE, Pietro, "Il segreto istruttorio"..., pp. 530 y 531.

¹⁷⁹ Cfr., CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 101 y 102.

Protección penal del secreto sumarial.

originario carácter absoluto para ser utilizados como criterios de guía¹⁸⁰.

Se distingue, asimismo, la publicación de los actos del procedimiento y la publicación de su contenido. Cesado el secreto, la publicidad se circunscribe al contenido, permaneciendo la prohibición de publicar el acto mismo.

Los actos realizados por el ministerio público y la policía están alcanzados por el secreto y tampoco pueden ser objeto de publicación. En ningún caso, la prohibición se prolongará más allá de la conclusión de la fase de *indagini*.

La finalidad última y común, pues, de la regulación del secreto instructorio en Italia es la de asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, salvaguardar el interés de la justicia, uno por vía interna y otro, por vía externa¹⁸¹.

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

La audiencia del debate (juicio oral) es pública, bajo pena de nulidad, aunque finalidades extraprocesales pueden justificar, que, en ocasiones, se celebre a puerta cerrada, mediante orden judicial motivada, oídas las partes, por razón de buenas costumbres, interés del Estado o perjuicio a la intimidad de los testigos o a las partes privadas.

1.2.4 Portugal.

El CP portugués fue promulgado por Decreto Ley nº78/87 de 17 de febrero. Tras establecer que el secreto del proceso penal dura hasta la decisión

¹⁸⁰ TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., pp. 13 y 14.

¹⁸¹ MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza...", p. 465.

"instrutoria", en la que se decide si hay lugar o no a la "pronuncia"¹⁸², 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. Sin embargo, no se autoriza la reproducción de piezas o documentos incorporados, salvo autorización judicial expresa, ni la trasmisión de imágenes o grabaciones de sonido, con igual posibilidad de excepción jurisdiccionalmente acordada. Tampoco se permite la publicación de la identidad de las víctimas de crímenes sexuales, contra el honor, contra la reserva de la vida privada, antes de la audiencia, y, en todo caso, si es menor de dieciséis años¹⁸³.

La breve referencia a los países de nuestro entorno que incluyen el secreto sumarial en sus legislaciones para tutelar un proceso con todas las garantías, debe servir de pauta para sensibilizar a la doctrina y jurisprudencia españolas de la importancia de esta figura en la fase instructoria que, como pretendemos demostrar en el siguiente epígrafe, ofrece más ventajas que inconvenientes, atendiendo a los bienes en conflicto en cada caso concreto (aunque, como veremos, se está produciendo un cambio significativo de mentalidad en este sentido).

¹⁸² El origen de nuestro procesamiento (acto procesal del juez instructor consistente en la declaración de presunta culpabilidad de la persona contra quien del sumario resulta algún indicio racional de criminalidad, y que le constituye en el estado de procesado, con las garantías procesales inherentes a dicha posición), hay que buscarlo en el último tercio del siglo pasado, sin que pueda argüirse influencias extranjeras, puesto que es desconocido en los Códigos francés, belga e italiano, sin embargo, algunos autores, e incluso, la propia Fiscalía del TS -Circular de 31 de julio de 1920- afirman que se tomó, precisamente, de esta "pronuncia" portuguesa.

¹⁸³ VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 40.



2. Secreto sumarial.

*Nota previa: el estudio del secreto sumarial externo e interno, es el presupuesto procesal imprescindible que constituye el objeto de la conducta típica tanto del tipo de revelación del secreto sumarial externo (art. 417 CP: ...*revelare secretos*...), como interno (art. 466 CP: ...*revelare actuaciones procesales declaradas secretas*). En consecuencia, a este epígrafe nos remitimos al analizar el objeto de la revelación del secreto sumarial externo (cfr., epígrafe 2.6 Conducta típica, subepígrafe B El objeto de la revelación) y del interno (cfr., epígrafe 5.4 Conducta típica).

2.1. Planteamiento: su significado en el proceso penal.

En España, el tema de la prohibición de publicar información sobre hechos "sub iudice", "especialmente ostensible en el ámbito de la jurisdicción penal, se justifica tradicionalmente en el secreto sumarial, que se alza como barrera inexpugnable a la posible filtración de cualquier noticia desde el propio sistema judicial"¹.

Nos enfrentamos al problema de que no existe una definición concreta de lo que se entiende por *secreto procesal*. Los secretos se caracterizan, en general, por su instrumentalidad. En este sentido, nunca el interés protegido es la ocultación *per se*, sino bienes jurídicos relevantes y de diversa naturaleza, que se tutelan a través de los mismos, como la intimidad, el patrimonio, los intereses estatales...².

¹ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 444.

² MORENO CATENA, Víctor, El secreto de la prueba de testigos del proceso penal, Madrid: Montecorvo, 1980, pp. 93 y 94. En el mismo sentido, CRESPI, A., La tutela penale del segreto, Palermo, 1952, p. 42. LOIODICE, Aldo, "Informazione (Diritto alla)", en Enciclopedia del diritto, vol. XXI, Milano, 1971, pp. 485 a 488.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

El secreto sumarial despliega sus efectos en dos fases: en el acceso a la noticia y en la publicación de la misma. En este sentido puede definirse como la "prohibición de acceder a la investigación sumarial o de publicar sus resultados"³.

En otros términos, el concepto procesal de secreto tiene dos vertientes diferentes: de un lado, afecta a la investigación, y de otro, al resultado que se obtiene. De esta forma, puede distinguirse una concepción estática y una dinámica del secreto. En la dinámica, se oculta la actividad. En la estática se limita el resultado obtenido⁴.

De otro lado, los secretos en el ámbito procesal penal, responden a finalidades distintas según la fase del procedimiento en que despliegan sus efectos⁵.

Así, el carácter público de los intereses tutelados en el secreto sumarial (arts. 299 y ss. de la LECr), se aleja, en gran medida de la finalidad de otros preceptos de la normativa procesal penal, como los destinados al régimen de exenciones declarativas en la prueba testifical, más directamente relacionados con los secretos particulares⁶.

Efectivamente, el fin básico del sumario, deducido del artículo 299 de la LECr ("las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para

³ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario"..., p. 158.

⁴ PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal y secreto sumarial. Tratamiento del secreto profesional", en Recopilación de Ponencias y Comunicaciones. Planes Provinciales y Territoriales de Formación. Volumen I. Plan Provincial de Córdoba, Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 408.

⁵ MORALES PRATS, Fermín, "Garantías penales y secreto sumarial", en La Ley, 1985, p. 1260.

⁶ En este sentido, MORENO CATENA, Víctor, El secreto de la prueba de testigos..., p. 97, y MORALES PRATS, Fermín, "Garantías penales...", p. 1260.

Protección penal del secreto sumarial.

averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos"), es la fijación de los hechos y la averiguación de las circunstancias en que se cometió el delito, para determinar las posibles responsabilidades. En esta definición aparece, pues, expuesta una triple finalidad del sumario: 1ª Averiguar la perpetración de los delitos. Es la directa o inmediata. 2ª Preparar el juicio oral, cuando proceda. Es la mediata o finalista. 3ª Asegurar o prevenir las consecuencias penales y civiles del hecho. Es la instrumental, asegurativa o cautelar.

La definición legal, puede, sin embargo, ser tachada de incorrecta, porque la finalidad principal del sumario no es la preparación del juicio. De modo que es preciso interpretar la expresión legal en el sentido finalista expuesto. En consecuencia, el sumario, posee un objeto inmediato y concreto, de carácter probatorio y preventivo⁷.

En cambio, pueden entrar en juego otros intereses privados, tales como el honor o la intimidad del imputado, que podrían salvaguardarse acudiendo al secreto sumarial, y que, en determinados casos, pueden suponer un límite del derecho a la información, como hemos visto, en capítulos anteriores.

Caracteriza nuestro sistema la escasez reguladora y la ausencia de una definición nítida de conceptos como publicidad, prohibición de revelación, así como la incoherencia del propio sistema, pues conviven previsiones de secreto generalizado (el secreto sumarial de los artículos 301 y 302 de la LECr), junto con proclamaciones generales de publicidad (art. 120 de la C.E. y 232 de la

⁷ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, "Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal", en Revista de Derecho Procesal, 1960, p. 578. En sentido contrario, AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, Tomo III, Madrid: Reus, 1912, pp. 222 y 223. Sobre el fundamento de su existencia, JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, "Concepción técnico-jurídica de la instrucción criminal"..., pp. 580 a 583.

LOPJ) que no siempre son fácilmente compatibles.

A ello viene a sumarse una realidad en abierta contradicción con la previsión normativa, pues junto con el propósito de secreto sumarial destaca la amplia difusión de la información facilitada, en ocasiones, desde dentro del proceso, o la publicación periodística de hechos, sean o no objeto de actuaciones procesales⁸.

Esta preocupación del proceso penal por la filtración de noticias relativas a hechos que se encuentran "sub iudice", no es nueva, y ha motivado en diversas ocasiones, a lo largo de este siglo, resoluciones expresas tanto del Consejo General del Poder Judicial como de la Fiscalía General del Estado.

Significativa es al respecto, una **Circular de 22 de Julio de 1928**, en la que la Fiscalía recordó el valor del secreto del sumario, las obligaciones que competen a los fiscales en orden al mantenimiento del mismo, y las consecuencias de su vulneración. Decía así: "la enorme difusión que la prensa proporciona, hace mayor daño, que la Ley con ordenamiento previsor, trata de evitar, y hace también que muchas veces la difusión, por medio de la prensa, de las actuaciones judiciales, degeneren en crítica de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad, y discusiones sobre su procedencia".

Esto evidencia el abismo que separa esta concepción de la orientación anglosajona anteriormente expuesta.

Con bastante posterioridad, en la **Memoria anual del CGPJ correspondiente a 1981**, se mencionaba como propósito a corto plazo la necesidad de dotar de

⁸ En ello coincide prácticamente toda la doctrina, así, entre otros, VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 40. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", pp. 14 a 16. VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 222 califica el secreto de la instrucción como "eufemismo".

Protección penal del secreto sumarial.

las correspondientes oficinas de prensa al Tribunal Supremo, a la Audiencia Nacional, a las entonces Audiencias Territoriales y Tribunal Central de Trabajo.

A pesar de tales propósitos, apenas se ha evolucionado al respecto⁹.

Por su parte, el CGPJ, para evitar abusos que pudieran interferir en los derechos de las personas involucradas en los procesos, dictó el **5 de Noviembre de 1986 un Acuerdo** que fue criticado por los medios de comunicación, que lo calificaron de "Ley del Silencio", pues vieron en el mismo un intento de coartar el derecho a libre información en una sociedad democrática. Incluso desde dentro del propio sistema judicial fue contestado este Acuerdo con otro, realizado por la Junta de Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Madrid, en el que afirmaban la competencia exclusiva de los Jueces para informar, bajo su personal responsabilidad, de los asuntos sometidos a su conocimiento^{10 11}.

⁹ ZURITA PINILLA, Agustín, "Oficinas de prensa en la Administración de Justicia", en Poder Judicial, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, pp. 233 a 235, lamenta que estos propósitos no se hayan llevado a la práctica, haciéndose depender el acceso por parte de la sociedad a las resoluciones judiciales, de la predisposición o no hacia los medios de comunicación del juez o tribunal encargado del asunto en concreto. Tampoco parece de recibo, en su opinión, que gran parte de las resoluciones judiciales queden en el anonimato, bien por desidia de la Administración de Justicia, bien por la escasa preparación de los periodistas. Por otro lado, la escasa actividad judicial cubierta en el plano informativo, ni tan siquiera es seleccionada por el informador, lo que conlleva el riesgo de una posible manipulación informativa. Propone, asimismo, la articulación y funciones de estas futuras oficinas de prensa.

¹⁰ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 143.

¹¹ El Acuerdo, en concreto, fue el siguiente: "El Consejo viene observando con creciente preocupación, la actitud de diversos Jueces y Magistrados, que, en medios de comunicación estatales y privados, realizan manifestaciones en relación con materias sometidas a su potestad jurisdiccional. En razón, cabalmente, del respeto por la imparcial actuación de quienes tienen encomendada la tarea de administrar justicia, el órgano del Consejo del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho a la información, de la libertad de expresión constitucionalmente garantizada respecto a todos, y del conocimiento del estado en que se encuentran los procedimientos judiciales, entiende que es de todo punto necesario poner fin a tales conductas, y a tal efecto, en sesión del Pleno de 5 de Noviembre de 1986 ha adoptado el siguiente Acuerdo:

Primero: Recabar de todos los miembros integrantes del Poder Judicial, apelando a su arraigado sentido de prudencia y discreción, la eliminación de tales actitudes y manifestaciones públicas, que aún siendo minoritarias, pueden comprender la independencia jurisdiccional, núcleo esencial de la función de Jueces y Magistrados.

(continúa...)

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

No pareció oportuno, a juicio de algunos autores¹², aquel exhorto del Consejo a los Jueces en un momento en el que se iniciaba la apertura de cauces de comunicación entre la Justicia y los ciudadanos, tradicionalmente cegados por actitudes como las reflejadas por la Circular de la Fiscalía del TS de 1928. Que algún juez se excediese en sus afirmaciones no justificaba una advertencia general a todo el Poder Judicial¹³.

Sin embargo, el mencionado Acuerdo significó una innovación respecto a las manifestaciones, que sobre esta materia se habían formulado anteriormente desde los órganos del Poder Judicial¹⁴. Por primera vez, se abandona la idea del secreto sumarial, considerado en sí mismo como interés a proteger, para fundamentarlo en un valor constitucional: el derecho a un proceso debido que podría quedar afectado en virtud de esas manifestaciones cuando las mismas lesionaran el principio de imparcialidad judicial¹⁵.

¹¹(...continuación)

Segundo: Recordar a todos los Jueces y Magistrados, a través de los Señores Presidentes de las Audiencias Territoriales, el deber que les impone su Estatuto jurídico en relación a materias o asuntos sometidos a su decisión jurisdiccional.

Tercero: Atendiendo a la demanda social de información en problemas que conoce la Administración de Justicia, así como al lícito derecho de los ciudadanos de recibir veraz y objetiva información de tales materias, el Consejo emprende la puesta en marcha de Servicios u Oficinas de información en determinados órganos jurisdiccionales, con objeto de garantizar a todos los ciudadanos esa información veraz".

¹² PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 143.

¹³ En contra de esta idea se manifiestan, BERLANGA RIBELLES, Emilio, "Los llamados juicios paralelos...", p. 115, para quien alcanza pleno sentido este Acuerdo, siendo partidario de la no publicación de determinadas informaciones relacionadas con un concreto proceso penal, cuando las mismas pudieran comportar, a través del juicio paralelo, el riesgo de privar al ciudadano del derecho fundamental a un juicio justo. ALBERDI ALONSO, Cristina, "El Poder Judicial como garante...", p. 181, que destaca exclusivamente de este Acuerdo, el fomento de la información sobre los casos judiciales a través de las Oficinas de Prensa creadas en los distintos territorios judiciales.

¹⁴ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 445.

¹⁵ De la misma opinión se muestra PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 143, quien afirma que el acierto del Consejo General del Poder Judicial, fue el advertir a los Jueces acerca del riesgo de comprometer su imparcialidad con una publicidad desmedida. El Consejo, con certera visión, no previno de los peligros de la publicidad para evitar la impunidad de un posible
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

En esta misma línea, el Pleno del CGPJ, el **15 de noviembre de 1989** adoptó un nuevo **Acuerdo**, en el que los medios de información pusieron especial énfasis, por el que se estimó el recurso de alzada interpuesto por una Agencia de investigadores privados contra un acuerdo anterior de la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que denegó el acceso a libros, archivos y registros judiciales.

El fundamento de derecho en que se basa la resolución adoptada se apoya en los artículos 235 y 266.1 de la LOPJ, que permiten la posibilidad de acceso a los libros, archivos y registros judiciales que no tengan carácter reservado, así como al texto de las sentencias depositadas en las Secretarías de Juzgados y Tribunales, a los interesados (art. 235 de la LOPJ) o a cualquier interesado (art. 266.1), conceptos ambos de mayor alcance y dimensión que el de partes interesadas, que es utilizado por el legislador en el art. 279.2 de la citada ley.

Se trata, por tanto, del primer pronunciamiento oficial del órgano de gobierno de los jueces sobre la publicidad de las resoluciones judiciales, y se consolida, por otro lado, la política de máxima transparencia informativa que desde el propio Consejo se ha intentado transmitir a la opinión pública y a los medios de comunicación¹⁶.

No obstante, el Consejo General del Poder Judicial siempre se ha preocupado por la influencia de los medios de comunicación en el proceso, prueba de ello es la declaración del **Pleno de tal órgano, de 25 de enero de 1995**, recordando la necesidad de una regulación legal en esta materia: "El Consejo

¹⁵(...continuación)

hecho delictivo (razón última del secreto del sumario, según la doctrina tradicional) sino que señaló un valor muy superior, cual es el de la imparcialidad del juzgador, necesario para obtener la tutela judicial efectiva.

¹⁶ Sobre este Acuerdo, vid., *in extenso*, ZURITA PINILLA, Agustín, "Oficinas de prensa en la Administración de Justicia", en Poder Judicial, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990, pp. 232 a 238.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

General del Poder Judicial quiere expresar sin ambages su criterio negativo acerca de los fenómenos de «juicios paralelos», que no sólo pueden lesionar legítimos derechos, sino también contrariar la independencia del quehacer judicial y empañar la imagen social de la Justicia. El Consejo ha de recordar que, respecto de este fenómeno, existe en España, como en otros países, un vacío legal, que debe colmarse, cuanto antes, con normas que conciten un sólido y amplio consenso social y en las que se tutele el derecho al honor y el derecho a un juicio justo y se conjuren los riesgos de cercenar derechos fundamentales y libertades -como la de información y opinión- de los que depende decisivamente el carácter genuinamente democrático de la vida política".

Es la primera vez, pues, que el Consejo aborda la posible afectación de los medios de comunicación al derecho a un juicio justo e imparcial, reclamando, ante este vacío legal, una regulación urgente de la materia.

El acceso de los medios de comunicación a las Salas de Justicia ha sido objeto de tratamiento también por el **Pleno del CGPJ, mediante Acuerdo de 7 de febrero de 1996**, por el que se da respuesta a sendos recursos interpuestos por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España y un grupo de periodistas de tribunales, contra tres Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, considerándolos nulos por vulnerar la Constitución, al haber sido dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia, por lesionar el contenido esencial de derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional y por falta de la necesaria motivación y notificación a los interesados.

El Acuerdo del CGPJ desestima los recursos entendiendo que no existe vulneración del derecho a la información y del principio de publicidad de los juicios y que la prohibición de la presencia de la prensa gráfica y de la televisión en los actos públicos "encuentra plena justificación en el deber de asegurar a todos los que participan en tales actos, que sus cometidos podrán desarrollarse

Protección penal del secreto sumarial.

serenamente, sin presión alguna" y no resulta discriminatoria¹⁷.

Por último, la **declaración del Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 2 de julio de 1997**, sobre los denominados "juicios paralelos", advierte que "El principio constitucional de publicidad del proceso, que despliega su máxima amplitud durante la fase de juicio oral, se erige no sólo en garantía de las partes, sino en instrumento para fortalecer la confianza de los ciudadanos en la independencia e imparcialidad de sus Tribunales.

En efecto, la recta administración de Justicia requiere la colaboración de una opinión pública informada y es en este ámbito en el que alcanza su más alto nivel de protección el derecho a la libertad de expresión y a recibir información veraz.

Por ello, este Consejo, en consonancia con lo declarado por el Tribunal Constitucional y por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha de manifestar su preocupación ante el riesgo de que la serena administración de la Justicia pueda verse perjudicada, creándose una grave confusión y falsas expectativas en la opinión ciudadana, cuando los intervinientes en un proceso se ven sometidos en los medios de comunicación a un seudo juicio o juicio paralelo sin garantía alguna. En un Estado de Derecho los tribunales son los únicos órganos ante los que se pueden practicar validamente las pruebas que han de servir de sustento a la sentencia.

En consecuencia, para armonizar el ejercicio de las libertades de expresión e información con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso público con todas las garantías, singularmente la presunción de inocencia, así como los

¹⁷ Sobre el contenido de los tres Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, de 12 de septiembre, 25 de septiembre y 5 de octubre, de 1995, vid., *in extenso*, BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., pp. 231 a 234. Cfr., igualmente el subepígrafe 3.1.2 dedicado a la especial referencia a la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales, donde se estudian estos Acuerdos.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

legítimos derechos e intereses de las personas afectadas por el proceso, este Consejo considera necesario recabar la colaboración de los profesionales y de los ciudadanos e interesar, al propio tiempo, las reformas legislativas precisas para regular aspectos tales como las condiciones de acceso a los actos de juicio o la comparecencia de testigos y peritos ante los medios de comunicación mientras el procedimiento se encuentre pendiente de resolución".

Esta declaración del Pleno del Consejo General del Poder Judicial demuestra la coherencia en la evolución ya iniciada, a través, fundamentalmente, de la doctrina constitucional y la emanada del TEDH¹⁸, de limitar la publicidad procesal externa cuando se afecte a un juicio justo con todas las garantías, concretadas en la imparcialidad del juzgador, que se ve amenazada cuando, mediante esta publicidad excesiva, se intente influir en el curso del proceso, con la consecuencia ineludible de la vulneración del principio de presunción de inocencia.

Por su parte, la Fiscalía ha abordado recientemente el tema del secreto sumarial, en la Instrucción 3/1993 de 16 de Marzo¹⁹, de una manera, a nuestro

¹⁸ Piénsese, por ejemplo, la definición de imparcialidad vertida en el caso *Piersack*, 1982 (Cfr., *supra*, el subepígrafe 1.1.2 Riesgo de prejuzgar la inocencia o culpabilidad de la persona sometida a un proceso judicial) o la reciente STEDH, *Worm v. Austria*, de 29 de agosto de 1997 (83/1996/702/894), donde se recoge esta misma doctrina.

¹⁹ Afirma la citada Instrucción 3/1993, que «el proceso penal representa un delicado punto de encuentro entre la justicia que, en determinados casos, exige el secreto de la información y la libertad de información que requiere el acceso a la noticia y a la documentación, garantizadores de la plenitud del derecho a la información. Para las relaciones entre la justicia y prensa, el secreto de la instrucción ha pasado a ser un tema central, pues, de una parte, hay que preservar el resultado de las diligencias de investigación del peligro de intempestivas revelaciones que comportan a veces daños irreparables y, de otra, hay que asegurar una correcta información. Las recíprocas relaciones entre secreto instructorio y derecho a la información, pueden suscitar problemas graves, no solamente en lo referente a los términos normativos de la cuestión, sino también y de modo principal, por la aplicación estricta del secreto que lleva a la eventual producción de riesgos con su difusión, sean por iniciativa de los órganos de información, sean por los protagonistas en el procedimiento; produciéndose, de esta manera, el llegar a una incertidumbre procesal de hecho, que amenaza con lesionar seriamente, bien los intereses de la justicia por cuanto respecta a la adquisición de pruebas y al ulterior agotamiento de la investigación, o bien a la dignidad de aquellos contra quienes tan sólo se ha abierto el procedimiento o incluso antes de este momento procesal, y sin que, por tanto,

(continúa...)

¹⁹(...continuación)

ninguna medida cautelar se haya adoptado ni responsabilidad haya sido aún declarada. Si no son suficientemente considerados y definidos, es materia delicada que conlleva el riesgo de comprometer dos fundamentales valores en que confía el ciudadano: el de la justicia y de la información, ambos base de un sólido y correcto desenvolvimiento de la vida democrática, y sin los cuales puede desembocarse en la imposibilidad de juzgar con un mínimo de claridad y con la sospecha de que todo esté manipulado para fines diversos a la justicia o de una información seria y documentada. Ya en la Circular del Fiscal del Tribunal Supremo de 22 de julio de 1928 (NDL 28740), se decía sobre el secreto sumarial (artículo 301 LECrim) y su vulneración (artículo 367 CP), que estos preceptos legales deben ser estrictamente cumplidos y al Ministerio Fiscal corresponde velar por su cumplimiento, dado que con el quebrantamiento se perjudica la investigación sumarial, ya que la menor indiscreción puede malograr la más importante y decisiva de las actuaciones. Agregando después que estos perjuicios han de ser mayores cuando tal secreto se quebranta por medio de la prensa, ya que la enorme difusión que la misma proporciona hace mayor el daño que la ley con su ordenamiento previsor trata de evitar, y hace también que muchas veces la difusión por medio de la prensa de las actuaciones judiciales degeneren en críticas de las mismas, en contiendas apasionadas sobre su utilidad y discusiones sobre su procedencia, con lo que nada gana la instrucción sumarial, perdiéndose, en cambio, mucha de la utilidad que ha de reportar a los fines de la justicia la observancia de los preceptos legales. Son palabras que parecen escritas hoy y que demuestran cómo la cuestión ha sido desde hace tiempo objeto de debate, y que tras la Constitución, en el curso de los últimos años, se ha integrado en crónicas políticas y judiciales. En primer lugar, con referencia a la lucha contra el terrorismo y narcotráfico y su apología, en una difícil conciliación entre la legítima exigencia de la opinión pública de conocer sucesos, y la de la Magistratura de no dar publicidad a las partes de investigación en curso. En segundo lugar, con relación a procesos penales de relevancia informativa que provocan la impresión de una utilización inversa del instituto del secreto, como caja de resonancia para aquellas noticias o indiscreciones que se filtran hasta los medios de comunicación y que después se archivan de plano. El problema constantemente aumenta o se exaspera por la excesiva duración de la instrucción; si parece aceptable que el control de la opinión pública permanezca por breve tiempo limitado, más arriesgado es, sin duda, que el mismo permanezca suspendido demasiado tiempo, con el peligro de que la instrucción se encamine de modo erróneo, mientras que la prensa puede realizar una función constructiva corrigiendo y aun previniendo posibles errores judiciales. Si es verdad que no todos los casos pueden ser concluidos rápidamente, es también cierto que la duración excesiva de un proceso penal está en ciertas materias generalizada, con la ulterior consecuencia de que la prolongación de la instrucción aumenta de hecho la dificultad de mantener el secreto. Cualquiera puede observar cómo las normas, incluso penales, establecidas en tutela del secreto instructorio, reciben en la práctica diaria continuas y preocupantes violaciones: la disciplina normativa del secreto, de otra parte, no es siempre respetada en manera lineal, sino que, en muchos casos, las violaciones quedan impunes dando la impresión de una disparidad de tratamiento. La insuficiencia normativa, su frecuente inaplicación en muchos casos, el rigor con que en otros casos viene sancionada la violación, han llevado a muchos a sostener que la defensa del secreto instructorio sea una batalla de retaguardia, por lo que también se ha dicho que el instituto habría muerto en la conciencia popular y en la misma praxis judicial. La intempestiva revelación de las fuentes de prueba y, en particular, de los nombres de los testigos o sospechosos de un delito favorece la alteración, la dispersión, la destrucción del material probatorio, la fuga de los culpables y también la intimidación de los testigos. Con las razones de la administración de justicia concurren a justificar el secreto instructorio los derechos del imputado a la reserva, pues la presunción de no culpabilidad hasta la condena definitiva no tiene únicamente un valor procesal y es justo que encuentre en el secreto instructorio un instrumento que, al menos en parte, garantice la personalidad del imputado, así como su dignidad. En contra del secreto instructorio no puede invocarse la Constitución. Esta no impone ningún secreto pero consiente al legislador ordinario a servirse del instrumento del secreto para la tutela de intereses constitucionalmente relevantes. El régimen jurídico de la publicidad en el proceso penal, se regula, como es sabido, en los artículos 301 y 302

(continúa...)

¹⁹(...continuación)

de la LECrim. Tales preceptos dibujan un sistema en el que la fase instructora, hasta que se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas -que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento-, con la posibilidad excepcional de que el Juez de Instrucción, de oficio, a propuesta del Fiscal, o de cualquiera de las partes, pueda declararlo total o parcialmente secreto para todas las partes personadas. Idéntica previsión legislativa contiene el artículo 789.4.º, inciso final, de la LECrim, para el proceso penal abreviado, recordando la vigencia de lo prevenido en los artículos 301 y 302. No se hace preciso insistir en la importante restricción del derecho a la defensa que supone la adopción por el Juez de la facultad que, en orden a la declaración de secreto del sumario, le otorga el artículo 302.2 de la LECrim. Los funcionarios del Ministerio Fiscal, que se hallan legitimados para petitionar tal medida, habrán de ponderar rigurosamente la concurrencia de los presupuestos que pudieran hacerla indispensable. Nunca tal solicitud puede estar inspirada por la precipitación, ni tener su origen en la búsqueda irreflexiva de una verdad que nacería viciada al construirse con quiebra del derecho fundamental de defensa. Lo cierto es que, haya o no mediado Auto declaratorio del secreto para las partes personadas, el sumario, frente a quienes no son parte en el proceso, está afectado por el secreto que proclama el artículo 301.1 de la LECrim. Dicho con otras palabras, la publicidad absoluta, con fundamento constitucional en los artículos 120 y 24.2 de la CE, sólo rige a partir del momento de la apertura del juicio oral. Desde ese instante, cualquier limitación injustificada al principio de publicidad -con las excepciones relativas a las facultades del Presidente del tribunal que recogen los artículos 680.2 y 3, 686, 687 de la LECrim, 191 y 192 de la LOPJ- afectaría la nulidad al proceso, conforme recuerdan los artículos 680.1 de la LECrim y 238.3 de la LOPJ. Sólo la restricción basada en un interés constitucionalmente relevante y legitimador de aquella medida e inspirada en lo prevenido en el artículo 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, podría reputarse válida [Cfr. SSTC 96/1981 (RTC 1981\96), 62/1982 (RTC 1982\62), 13/1985 (RTC 1985\13), 176/1988 (RTC 1988\176) y 123/1989 (RTC 1989\123)]. Cuál deba ser la verdadera actitud del Fiscal a la hora de preservar el secreto de la fase instructora, tanto frente a terceros, como frente a las demás partes personadas si hubiera recaído Auto declaratorio de tal medida, es cuestión que exige comentario particularizado. Conviene no olvidar que la plena eficacia del secreto de las diligencias sumariales puede entrar en oposición con el también derecho fundamental a comunicar y a recibir información del artículo 20.1, d) del texto constitucional. Sería ocioso recordar que la comunidad social no es indiferente ante el desarrollo y desenlace de procesos penales que, por la naturaleza del hecho denunciado o por la condición de alguno de los sujetos intervinientes, provocan una legítima demanda de tratamiento informativo. Supondría un inconsciente distanciamiento de la realidad social sugerir una reacción del Fiscal ante la publicación de noticias que se refirieran a hechos que son objetos de averiguación sumarial. Y es que, como ya dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985, de 31 de enero (RTC 1985\13), «(...) el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales». La reacción del Fiscal que observa que la publicación de datos sumariales puede perjudicar el éxito de la instrucción o que puede perturbar seriamente el círculo de derechos que el artículo 18.1 de la CE reconoce a todo ciudadano, ha de ser la de instar o llevar por sí una investigación tendente a dilucidar si aquella información ha exigido, para su obtención, quebrantar previamente el secreto del sumario o si, por el contrario, ha podido ser lograda con independencia de los documentos sumariales. No se pide con ello a los Fiscales otra cosa distinta que la que puede inferirse de la lectura de la precitada Sentencia 13/1985, del Tribunal Constitucional, que afirmó que «una información obtenida antes y al margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita a la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo». Iría en contra de la descripción constitucional del Ministerio Fiscal -garante de derechos fundamentales- cualquier intento de cercenar el derecho a difundir y a recibir

(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

entender, todavía tradicional en sus argumentos, si tenemos en cuenta, que tales afirmaciones se han vertido en esta década, tras una evolución doctrinal y jurisprudencial muy significativas al respecto. En efecto, la Fiscalía, en primer lugar, en cuanto a la fundamentación del secreto, no distingue las dos clases existentes de secreto sumarial, afirmando que su funcionalidad estriba en preservar el resultado de las diligencias de investigación ante el peligro de intempestivas revelaciones (cuando esa es la finalidad específica del secreto interno) y, en segundo lugar, manifiesta, con rotundidad, la importante restricción del derecho de defensa que genera la adopción por el juez de la facultad concedida al mismo en el art. 302.2 de la LECr, cuando también existe una doctrina constitucional asentada, que justifica los motivos y las condiciones de aplicación de dicho precepto, para que tal derecho de defensa no se vea afectado. Por otra parte, sí acierta, en nuestra opinión, al afirmar, primero, que la duración excesiva de la instrucción conlleva la dificultad del mantenimiento del secreto; segundo, que la insuficiencia normativa es fuente de inaplicación y de disparidad de tratamiento; tercero, que en contra del secreto no puede invocarse la Constitución; y cuarto, que al Fiscal le corresponde reaccionar, únicamente, cuando el quebrantamiento del secreto sumarial se produce por quienes están obligados a guardarlo.

Tanto de la Circular, como de los Acuerdos y de la posterior Instrucción, se puede deducir la colisión entre el secreto del sumario y el derecho a la información, para cuya solución resulta preciso una previa reflexión sobre el

¹⁹(...continuación)

información veraz. Lo que ha de perseguir el Fiscal es que no sean las propias partes personadas o cualquiera de los órganos públicos intervinientes en el sumario, los que suministren una información que les está vedado propagar. Indudablemente, la demanda social de información se hará, en función de su intensidad, que los medios de comunicación, en el legítimo ejercicio de su cometido, alimente las distintas fuentes de información a su alcance. Al Fiscal incumbe reaccionar frente al quebrantamiento del secreto sumarial cuando éste se produce por quienes están obligados a guardar silencio. Tampoco es novedosa la sensibilidad del Fiscal respecto de la vigencia de los artículos 301 y 302 de la LECrim. Ya la Circular de 28 de julio de 1928 se propuso como objetivo exigir del Ministerio Fiscal que «vele con todo cuidado y diligencia porque el secreto del sumario no se quebrante, y en cualquier ocasión en que resulte infringida la Ley inste lo conveniente para el castigo de la infracción».

significado del sumario en el proceso penal.

El secreto de lo que nosotros denominamos "sumario", desapareció de las legislaciones continentales para el denunciado o imputado, desde que aquéllas recogieron el principio de publicidad para las partes, consagrado por el artículo 14 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, aneja a la Constitución francesa de 24 de junio de 1793. Sin embargo, los textos legales decimonónicos se negaron a admitir la publicidad general de las actuaciones sumariales²⁰. Los redactores de nuestra LECr rechazaron la tendencia de ciertas escuelas "radicales" (expresión de su Exposición de Motivos), que intentaban extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de la publicidad, contradicción e igualdad que vinieron a regir exclusivamente desde la apertura del juicio hasta el pronunciamiento de la sentencia firme. Se justificaba tal exclusión por la desigualdad real entre el individuo que delinque y el Estado, que, en posición análoga a la de la víctima, precisa alguna ventaja en los primeros momentos, para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor²¹.

Transcurridos más de cien años desde la redacción de la LECr, el panorama sigue siendo desalentador para la mayoría de la doctrina²². La extensión del principio de publicidad en el proceso español sigue siendo enormemente conflictiva. En definitiva, el conflicto publicidad-secreto sigue latente.

²⁰ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 132.

²¹ Literalmente, el propio Ministro de Gracia y Justicia hacía constar en la Exposición de Motivos de la Ley: "Todas estas concesiones al principio de libertad, que a una parte de nuestros Jueces y Magistrados parecerán sin duda exorbitantes, no contentarán aún probablemente a ciertas escuelas "radicales" que intentan extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad, que el Proyecto de Código establece desde que se abre el juicio hasta que se dicta sentencia firme. No niega el infraescrito que insignes escritores que mantienen esta tesis con ardor y con fe, hasta ahora no puede considerársela más que como un ideal de la ciencia, a la cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. ¿Se realizará algún día por completo?. El Ministro que suscribe lo duda mucho".

²² Cfr., BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 447.

Protección penal del secreto sumarial.

Como todos sabemos, el secreto sumarial es una excepción²³ a la regla constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales permitida, como hemos examinado anteriormente en el artículo 120.1 de la C.E. Los artículos 301 y 302 LECr^{24 25} regulan esta fase del proceso penal, preparatoria del juicio, reservada

²³ El término "excepción", no debe entenderse en el sentido riguroso de su oposición a "regla", pues como hemos pretendido demostrar al hablar de los límites al principio de publicidad (cfr., el inicio de este capítulo IV 4. Límites al principio de publicidad), publicidad y secreto no se hallan en una relación conflictual de reglas sino de principios, en cuya resolución cabe el modelo de ponderación deducido de la Constitución. Como señala PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 11, si se concibiera el secreto sumarial como una rigurosa excepción a la regla, también rigurosa de publicidad, el proceso quedaría perfectamente escindido en dos fases: antes de la apertura del juicio oral todo secreto; a partir de ese momento, todo público. Sin embargo, no ocurre así, como veremos a lo largo de este capítulo. La entidad de cada uno de estos derechos, así como su preferencia en el caso concreto, vendrá determinada por el auténtico bien jurídico protegido en cada supuesto. Así pues, el contenido del derecho fundamental protegido a través de los artículos 301 y 302 de la LECr y que trataremos de concretar en este capítulo, se delimita en base a los propios límites de los otros derechos fundamentales con los que entra en conflicto.

²⁴ **Artículo 301:** "Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.

El abogado o Procurador de cualquiera de las partes que revelare indebidamente el secreto del sumario, será corregido con multa de 250 a 2.500 pesetas.

En la misma multa incurrirá cualquier otra persona que no siendo funcionario público cometa la misma falta.

El funcionario público, en el caso de los párrafos anteriores, incurrirá en la responsabilidad que el Código penal señale en su lugar respectivo".

Artículo 302: "Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

Sin embargo de lo dispuesto en el párrafo anterior, si el delito fuere público, podrá el Juez de instrucción, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes personadas o de oficio, declararlo mediante auto, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario".

²⁵ La Real Orden de 25 de mayo de 1927 (Gaceta de 26 de mayo), interpretando el artículo 301, dispuso lo siguiente : "1º Que la declaración que el artículo 301 de la LECr hace de que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, se entienda en el sentido de que, una vez llegado el sumario a ese estado de publicidad, puedan los que tienen el sumario a su cargo expedir testimonio de cualquiera de las diligencias que lo integran.

2º Que esa posibilidad de expedir testimonio de los particulares de un sumario se entienda que alcanza también a los sumarios declarados conclusos por virtud de auto de sobreseimiento libre o provisional.

3º Que tales testimonios han de ser interesados por la Autoridad judicial o de otro orden que entienda en el procedimiento o expediente donde deban surtir efecto, y su expedición se acordará precisamente por el Juzgado o Tribunal donde radique el sumario; debiendo los particulares a quienes interesen los testimonios sumariales pedir su aportación a la Autoridad competente en cada caso, para que ésta a su vez, si estima tal aportación pertinente la interese del Juez o Tribunal que guarde el sumario".

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

y, en consecuencia, limitativa de la publicidad y de la libertad de información. Mientras se averigua la perpetración de los delitos y se constatan las circunstancias que puedan influir en su calificación, se asegura la persona y las responsabilidades económicas de los culpables, cabe la excepción, prevista constitucionalmente, a la publicidad de las actuaciones judiciales.

En consecuencia, la LECr pretende a través del secreto del sumario garantizar la instrucción judicial y facilitar la represión del delito.

Además, tradicionalmente, esta institución ha encontrado un triple fundamento: la protección de la intimidad del inculpado, la presunción de su inocencia y la eficacia de la investigación, obstaculizando el desarrollo de los juicios paralelos que puedan presionar o, al menos, influir en el correcto ejercicio de la función jurisdiccional²⁶.

Este planteamiento originario de la Exposición de Motivos de la LECr podía lograr un proceso con ciertos mínimos de eficacia, sin embargo, la situación actual es completamente distinta²⁷.

A pesar de tales justificaciones, es preciso, pues, tener presente dos cuestiones fundamentales: primera: el secreto sumarial no está exigido directamente por ningún precepto constitucional²⁸ aunque puede y debe deducirse del derecho reconocido al justiciable (art. 24 C.E.), como trataremos de demostrar a lo largo de este capítulo, y segunda: como consecuencia de lo anterior, la justificación del mantenimiento del secreto sumarial en la actualidad y la respuesta penal a su violación han de partir de una concepción diferente a

²⁶ MANZANARES, José Luis; CREMADES, Javier, Comentarios al Código Penal, Madrid; La Ley-Actualidad, 1996, pp. 116 y 117. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 11.

²⁷ VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal", en Poder Judicial, número especial II: Justicia penal, 1987, p. 97.

²⁸ MANZANARES, José Luis; CREMADES, Javier, Comentarios..., p. 117.

Protección penal del secreto sumarial.

la que tradicionalmente se ha sostenido sobre el mismo cuyo punto de partida sólo puede provenir de la Constitución.

2.1.1 Especial referencia al procedimiento abreviado.

En cuanto a la regulación del llamado procedimiento abreviado, no se ha detenido en la reiteración del secreto para la fase previa al juicio oral, no obstante, al contar con la regla general prescrita en el art. 780 de la LECr, dentro del Título III, que regula el procedimiento abreviado, ("El enjuiciamiento de los delitos enumerados en el artículo anterior, se acomodará a las normas comunes de esta Ley, con las modificaciones consignadas en el presente Título"), y la específica prevista en el art. 789.4, nos obliga a aplicar lo dispuesto en los artículos 301 y 302 de la LECr.

El procedimiento abreviado aparece estructurado en distintas fases. En primer término, una fase de instrucción de naturaleza jurisdiccional, cuya competencia corresponde al juez de instrucción. La segunda es la denominada de "preparación del juicio oral", que también se desarrolla ante el juez de instrucción. La apertura o no del juicio oral -resolución esencial en esta fase del proceso- corresponde hacerla al juez de instrucción y se adopta después de que se haya formulado acusación, por lo que no puede atribuírsele al Auto de apertura del juicio naturaleza inculpatória similar a la del auto de procesamiento en el procedimiento común. La tercera y última fase del procedimiento abreviado llamada "del juicio oral", se desarrolla ante el juez o tribunal competente para el enjuiciamiento.

Las peculiaridades, pues, de este procedimiento radican, primero, en la brevedad *teórica* de su fase de investigación (en modo alguno reflejada en la práctica), reducida a unas simples diligencias previas y segundo, en la supresión del auto de procesamiento, que es una de las resoluciones más importantes del

sumario²⁹. La aplicabilidad de las normas del procedimiento ordinario, en virtud de lo previsto en los artículos 780 y 789.4 de la LECr, tiene sentido si tenemos en cuenta que no se puede pasar por alto el principio de presunción de inocencia, que, -no debemos olvidar-, es distinto al fin del proceso. Presunción de inocencia que actúa en su plenitud -aunque no se desvanece hasta la sentencia condenatoria- hasta el momento en que termina la fase intermedia³⁰, que será cuando el juez, bien decida sobreseer, bien decida la apertura del juicio oral. Por tanto, para tutelar el principio de presunción de inocencia, es preciso, en mayor medida, si cabe, que en el procedimiento ordinario, el mantenimiento del secreto en la fase instructoria del procedimiento abreviado, al no existir aquí el auto formal de procesamiento previsto para el ordinario en el art. 384³¹, que es el que determina la calidad de inculpado del sometido a juicio.

O dicho de otra forma: partiendo de la idea de que la finalidad de la instrucción es investigar imparcialmente los hechos objeto del proceso a fin de que si resultan probados, se dé paso a la fase intermedia o de inculpación y en caso contrario acordar el sobreseimiento de la causa, es útil diferenciar a estos efectos el procedimiento ordinario del abreviado. Esta fase instructoria es muy amplia en el procedimiento ordinario por sumario, cuya culminación viene determinada por el auto de procesamiento (acto judicial formal de inculpación,

²⁹ SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, "Clases de procedimientos penales. El léxico jurídico-penal. 100 Palabras claves en el derecho punitivo", en la obra común: Derecho penal para profesionales de la información (adaptado al nuevo código penal), Madrid: Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaría, 1995, pp. 78 y 79.

³⁰ Es preciso destacar, no obstante, que el auto de procesamiento no afecta a la presunción de inocencia, puesto que no descansa en hechos probados y calificaciones jurídicas consolidadas, sino tan sólo en la existencia de indicios racionales de criminalidad. Sobre la presunción de inocencia en el proceso penal, puede consultarse MANZANARES SAMANIEGO, José Luis, "La presunción de inocencia, el honor del penado, el tratamiento penitenciario, los derechos y deberes de los internos, la información desde la cárcel y otras cuestiones relacionadas con las anteriores", en la obra común: Derecho penal para profesionales de la información (adaptado al nuevo código penal), Madrid: Instituto de Estudios penales marqués de Beccaría, 1995, pp. 187 a 192.

³¹ Art. 384 de la LECr: "Desde que resultare del sumario algún indicio racional de criminalidad contra determinada persona, se dictará auto declarándola procesada y mandando que se entiendan con ella las diligencias en la forma y del modo dispuesto en este título y en los demás de esta ley".

Protección penal del secreto sumarial.

cuya finalidad esencial es advertir al procesado de la existencia de indicios de su participación en un hecho punible adoptando para ello las medidas cautelares necesarias), lo que no implica en ningún caso la ruptura de la presunción de inocencia, pues ésta sólo queda destruida por la sentencia.

En cambio, en el procedimiento abreviado, al no existir auto de procesamiento como acto formal de inculpación, el modo de inculpar al sometido a juicio viene determinado por el auto de apertura del juicio oral que se adopta por el juez no ya en la fase de instrucción, sino en la denominada fase intermedia³² situada entre la conclusión de la instrucción y la de plenario³³. No obstante, este modo específico de inculpación no puede erigirse en obstáculo a la intervención previa del imputado en el proceso, sino que, antes al contrario, en la primera fase jurisdiccional del procedimiento abreviado se ordena expresamente la intervención del imputado, autorizándole que, en cuanto parte personada, pueda "tomar conocimiento de lo actuado e instar lo que a su derecho convenga". Por tanto, el Juez de instrucción está siempre obligado a determinar dentro de la fase instructora quién sea el presunto autor del delito a fin de citarlo personalmente de comparecencia, permitirle ser oído y que pueda exculparse de los cargos contra él existentes, pues no hay que olvidar que una de las funciones esenciales de la instrucción es la de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal, función que en el proceso común se realiza a través

³² En el procedimiento abreviado, la fase intermedia se inicia con las diligencias previstas en el art. 789 de la LECr, cuyo órgano judicial que actúa en esta fase es el mismo que ha realizado la instrucción de la causa. En cambio, en el procedimiento ordinario, el conocimiento de las incidencias de esta fase procesal se realiza por el Tribunal del enjuiciamiento, debiendo actuar de forma aséptica de manera que no comprometa su futura función, es decir, ha de preservar su imparcialidad. Si a este hecho se añade la nula intervención de la defensa en esta fase procesal, plantea numerosos problemas por su posible vulneración del principio acusatorio. Para solucionar estos inconvenientes, la Jurisprudencia del TC y del TS ha aportado criterios interpretativos de la normativa procesal, adaptándose así al principio acusatorio deducido del art. 24 de la C.E. Vid., al respecto, ampliamente MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Granada: Comares, 1994, pp. 119 a 137.

³³ TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, "Comienzo e instrucción de los procesos penales. Imputación, acusación y procedimiento. Prisión y fianzas", en la obra común: Derecho penal para profesionales de la información (adaptado al nuevo código penal), Madrid: Instituto de estudios penales marqués de Beccaría, 1995, pp. 129, 130, 139 y 140.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

del procesamiento y que en el proceso penal abreviado debe llevarse a cabo mediante la previa imputación judicial³⁴.

De forma que, como afirma la STC 152/1993, de 3 de mayo, la apertura del juicio oral es preciso comunicarla, de forma que el inicio de esta fase del proceso sin haber comunicado al procesado su condición de tal y haberle informado de la acusación para que pudiera ejercitar el derecho de defensa durante la instrucción, vulnera las garantías procesales del artículo 24 de la Constitución, pues, como mantiene el TC en SSTC 135/1989, de 19 de julio, y 186/1990, de 15 de noviembre y, reiteradamente, en las SSTC 128/1993, de 19 de abril y 129/1993, de 19 de abril, la vigencia del derecho constitucional de defensa en el ámbito del proceso penal abreviado conlleva una triple exigencia: a) en primer lugar, y a fin de evitar acusaciones sorpresivas de ciudadanos en el juicio oral sin que se les haya otorgado posibilidad de participación alguna en la fase instructora, la de que nadie puede ser acusado sin haber sido, con anterioridad, declarado judicialmente imputado, de tal suerte que la instrucción judicial ha de seguir asumiendo su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso penal (art. 299 LECr.), para lo cual ha de regir también en este proceso ordinario, una correlación exclusivamente subjetiva entre la imputación judicial y el acto de acusación; b) en segundo y, como consecuencia de lo anterior, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez de Instrucción con anterioridad a la conclusión de las diligencias previas, garantía que ha de reclamarse en este proceso penal como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento y que se plasma en la necesidad de que no pueda clausurarse una instrucción (a salvo, claro está, que el Juez adopte una resolución de archivo o de sobreseimiento) al menos sin haber puesto el Juez en conocimiento del imputado el hecho punible objeto de las diligencias previas, haberle ilustrado de sus derechos y, de modo especial, de la designación de Abogado defensor y, frente a la imputación en contra, haberle permitido su

³⁴ STC 186/1990, de 15 de noviembre, (FJ 7º).

Protección penal del secreto sumarial.

exculpación en la "primera comparecencia" contemplada en el art. 789.4º LECr.; y c) no se debe someter al imputado al régimen de las declaraciones testificales cuando, de las diligencias practicadas, pueda fácilmente inferirse que contra él existe la sospecha de haber participado en la comisión de un hecho punible, bien por figurar así en cualquier medio de iniciación del proceso penal, por deducirse del estado de las actuaciones o por haber sido sometido a cualquier tipo de medida cautelar o acto de imputación formal (art. 118.1º y 2º LECr.), ya que la imputación no ha de retrasarse más allá de lo estrictamente necesario, pues, estando ligado el nacimiento del derecho de defensa a la existencia de la imputación (art. 118 LECr.), se ha de ocasionar la frustración de aquel derecho fundamental si el Juez de Instrucción retrasa arbitrariamente la puesta en conocimiento de la imputación, razón por la cual dicha actuación procesal habría de estimarse contraria al art. 24 C.E. y, por ende, acreedora de la sanción procesal de la "prueba prohibida" (art. 11.1º LOPJ). La fase instructora exige como ineludible presupuesto la existencia de una "notitia criminis" que en ella ha de ser investigada (arts. 299 y 300 LECr.), sin que pueda el Juez de Instrucción, mediante el retraso de la puesta en conocimiento de la imputación, eludir que el sujeto pasivo asuma el "status" de parte procesal tan pronto como exista dicha imputación en la instrucción efectuando una investigación sumarial a sus espaldas, todo ello, naturalmente, sin perjuicio de la obligación del Juez de garantizar los fines de la instrucción mediante la adopción, en los casos que los legitiman, del secreto sumarial o de la incomunicación del procesado.

Por tanto, el derecho a ser informado de la acusación es un elemento básico del derecho de defensa: sólo hay posibilidades efectivas de defensa si se conocen los hechos de los que se acusa, hasta el punto de que si en el acto del juicio oral se modifican los términos de la acusación, para salvaguardar el derecho a ser informado de la acusación y, por ende, el derecho de defensa, se confiere al acusado la facultad de solicitar la suspensión con una doble finalidad: proposición de nuevas pruebas encaminadas a desmontar los nuevos elementos introducidos en las conclusiones de la acusación; o preparación adecuada para

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

rebatir dialécticamente tal acusación (art. 793.7. Aunque este precepto está ubicado en el procedimiento abreviado, se considera que el régimen puede ser aplicado también al procedimiento ordinario ante la ausencia de una norma específica)³⁵.

En este procedimiento, pues, la presunción de inocencia ha de quedar garantizada, al igual que en el ordinario, a través del secreto del sumario, cuyo mantenimiento en este procedimiento abreviado, tiene mayor razón de ser, si cabe, para evitar la posible desprotección del sometido a juicio, al carecer del acto formal de procesamiento. No obstante, como afirma la consolidada doctrina constitucional reseñada, como consecuencia de la supresión del auto de procesamiento, no puede clausurarse la instrucción sin haber informado al inculpado de la acusación, como elemento básico del derecho de defensa, y haberle permitido su exculpación en la primera comparecencia.

En definitiva, la finalidad de la fase de instrucción y de la intermedia previa al juicio oral tanto en el procedimiento abreviado como en el ordinario es conseguir *un proceso justo con todas las garantías*, fórmula general que permite dar la cobertura más amplia posible a las situaciones no expresamente contempladas por la normativa constitucional e internacional³⁶ y que abarca una pluralidad de intereses -que intentaremos concretar a lo largo de este capítulo-: el principio de independencia judicial, el principio de imparcialidad, el honor e intimidad de los inculpados, el principio de presunción de inocencia de los

³⁵ ESCOBAR JIMÉNEZ, Rafael, "Aspectos del interrogatorio de acusados, testigos y peritos en el juicio oral. (Procedimiento abreviado)", en la obra común: El juicio oral en el proceso penal (con especial referencia al procedimiento abreviado), Granada: Comares, Instituto de Estudios Penales Marqués de Beccaría, 1995, pp. 426 a 428.

³⁶ ESPARZA LEIBAR, Iñaki, El principio del proceso debido..., p. 216. Así, el TC en sentencia 245/1991, de 16 de diciembre, (FJ 3º) y el TS en sentencia de 6 de abril de 1990 (ref. Ar. 3181), FJ único), afirman que el derecho a un proceso con todas las garantías, al igual que los demás derechos fundamentales, ha de ser interpretado de conformidad con los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 C.E.).

Protección penal del secreto sumarial.

mismos, que se mantiene intacta esta última, bien hasta el auto de procesamiento en el procedimiento ordinario, bien hasta la terminación de la fase de instrucción en el procedimiento abreviado.

2.2. Clases de secreto sumarial³⁷.

2.2.1 Secreto sumarial externo.

En los dos artículos mencionados de la LECr se regulan conceptos bien diferentes. Así, el destinatario de lo establecido en el artículo 301 de la LECr, cuando proclama el carácter secreto de las "diligencias" del sumario, son las personas que no forman parte del proceso. Es decir, en este precepto, se prohíbe el acceso a las fuentes de conocimiento por parte de quienes no son

³⁷ Reseñamos brevemente que existen otros modos de clasificar el secreto del sumario, intrascendentes a los efectos de este trabajo. Así, en primer lugar, el sumario puede referirse a actuaciones o diligencias pasadas, esto es, aquella verificación realizada estando aún vivo el sumario que son hoy secretas para quien no sea parte en el sentido de no tener acceso a las mismas, y para las propias partes y para el juez en cuanto a que no pueden revelar dichas diligencias. De otro lado, cabe hablar de actuaciones presentes, como son los careos, los interrogatorios, etc, respecto de las cuales rige asimismo el secreto, en tanto en cuanto lo permita la naturaleza de las cosas. Y, por último, conforme a esta clasificación, las actuaciones futuras, libres de secreto en cuanto a la realización de investigaciones. Una segunda clasificación distingue, la prohibición de conocer y prohibición de publicar. La prohibición de conocer va referida a actuaciones realizadas o en realización para quienes no sean parte. La prohibición de publicar se refiere a todos los ciudadanos sean parte o no en el proceso tanto respecto a diligencias practicadas como en realización. El tercer criterio diferencia el monopolio judicial y la funcionalidad en la investigación. Con el monopolio judicial, propio del sistema inquisitivo, se convierte el juez en soberano exclusivo de la investigación, siendo el secreto una garantía instrumental de tal monopolio. En el segundo caso, se entiende el secreto instructorio como excepción a la regla general de publicidad y en consecuencia, sólo puede configurarse como garantía funcional de la instrucción del sumario, careciendo de sentido toda limitación de la publicidad que no tenga tal cometido. Sobre estas clases de sumario, vid., RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario"..., pp. 158 a 160. Especialmente, sobre las diferencias entre la prohibición de conocer y la prohibición de publicar, vid., TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione penale, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1988, pp. 150 a 157. Por último, el secreto instructorio puede entenderse desde un doble punto de vista: como sistema o método procesal, según el cual, el secreto puede incardinarse en un sistema procesal, cual es el inquisitorio al menos en la fase instructoria, lo que se resuelve en la exclusión de la defensa en la instrucción y, por tanto, la ausencia de contradicción entre acusación y defensa; o bien, como contenido de una obligación que grava a los sujetos que, a título diverso, participan en la instrucción. Cfr., en este sentido, MELE, Vittorio, Il segreto istruttorio, Pubblicazioni della facoltà giuridica dell'università di Napoli, XLIII, Napoli: Casa editrice Dott. Eugenio Jovene, 1959, pp. 43 y 81.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

sujetos procesales. Es el "secreto externo".

En esta esfera del secreto sumarial, la revelación del secreto es "hacia fuera", por tanto, tiene efectos extraprocesales: entran en conflicto el derecho a un juicio justo e imparcial, por un lado, y el derecho a informar y a ser informado, por otro.

Para garantizarlo, se prohíbe la revelación, por un lado, a abogados y procuradores de las partes, y, por otro, a los funcionarios públicos que intervengan en las diligencias, y, por último, a cualquier otra persona -que intervenga en el proceso, se entiende-.

Además de esa referencia subjetiva, desde el punto de vista objetivo, la prohibición de revelación sólo afecta a las "diligencias" del sumario, no alcanzando, en consecuencia, a cualquier revelación de informaciones sobre "los hechos" objeto de las diligencias.

Tampoco implica el indicado precepto, ninguna limitación de la publicación de los contenidos de las diligencias sumariales por parte de personas que no intervengan en las mismas. Es decir, al carecer nuestro derecho, a diferencia del sistema anglosajón, de una prohibición absoluta de manifestarse sobre procesos pendientes, el secreto sumarial vinculará solamente a aquellas personas que tienen un conocimiento directo de las actuaciones del sumario.

El tema se complica cuando esas terceras personas han accedido al conocimiento por información de los sujetos a los que, precisamente, estaba prohibida la revelación, concretamente nos referimos a las personas que forman parte del proceso³⁸ e, incluso, ha habido, en determinados casos, auténticas

³⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario"..., p. 164, nota a pie nº 28, destaca como ejemplo de rueda de prensa convocada por las propias partes la ocurrida en el sumario que se
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

ruedas de prensa protagonizadas por los jueces³⁹ -como en el caso Naseiro⁴⁰, o en el caso Moreiras⁴¹, por poner ejemplos significativos-. Esas terceras

³⁸(...continuación)

instruyó en el juzgado n° 3 por el síndrome tóxico, hasta el punto de que los procesados y presos preventivos se enteraron de las resoluciones judiciales relativas a sus escritos antes por la prensa que por la propia notificación.

³⁹ En este sentido, GARCÍA ALCALDE, Guillermo, "El valor social de la información, un concepto a objetivar", en Poder Judicial, n° especial XIII, 1990, p. 118, pone de relieve que "la filtración de noticias judiciales no siempre procede, como ocurría hasta hace pocos años, de los defensores y acusadores particulares", sino que "algunos jueces y fiscales valoran explícitamente la información como un bien social prevalente respecto de otros reglamentariamente protegidos por el secreto". ALVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 195 es más incisivo en sus consideraciones, al afirmar que debido al atractivo de la publicidad, los jueces, fiscales y policías "se han sentido en algunos casos tentados al «vedettismo», que les valdrá prestigio y ascensos, llegando incluso a dedicar toda su capacidad y energías a aquellos casos que hayan interesado a la prensa, descuidando otros poco notorios". Del mismo modo se manifiesta, CARRETERO SÁNCHEZ, Santiago, "El juez ante los juicios paralelos de la prensa", en Poder Judicial n° 40, octubre-diciembre, 1995, pp. 264 y 265. Situación puesta, asimismo, de manifiesto por NUVOLONE, Pietro e BETTIOL, Giuseppe, "Libertà di stampa e segreto d'ufficio", en L'indice penale, año XIII, 1979, pp. 302 a 304.

⁴⁰ Vid., al respecto, el Auto de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Ponente Sr. Ruiz Vadillo) de 18 de junio de 1992 (Cfr., *infra*, (Segunda parte) 5. La prueba ilícitamente obtenida, dentro del capítulo II. Exclusión de la antijuridicidad. Posible justificación de estas conductas. Adelantamos que se declaró la nulidad de la prueba por disociación entre la autorización y la investigación y, en consecuencia, hubo vulneración del derecho a la intimidad y, más en concreto, al secreto de las comunicaciones, en cuanto que se estuvo investigando a través de las escuchas telefónicas, durante bastante tiempo, un delito de cohecho, bajo el amparo inequívoco de una autorización judicial para descubrir uno o varios delitos de narcotráfico.

⁴¹ En este sentido, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, en un artículo: "¿Existe el secreto sumarial?", publicado en el Diario ABC, el 27/11/95, llama la atención sobre este problema a propósito del expediente sancionador abierto al juez de la Audiencia Nacional, Miguel Moreiras por supuesto quebranto del secreto de instrucción, debido a sus declaraciones hechas en el curso de una entrevista concedida al periódico ABC el 15 de octubre de 1995, sobre la situación del ex-banquero Mario Conde, refiriéndose con reiteración al contenido del auto en que se acordó la libertad provisional del ex-banquero, contra quien seis horas antes había dictado una orden de prisión incondicional. El propio catedrático, considera como ejemplo paradigmático de lo que es la "práctica en contrario" de una ley, pues, en su opinión, no existe el secreto sumarial en aquellas causas penales cuya instrucción interesa a los medios de comunicación, manteniéndose en aquellas causas sin interés. En este mismo sentido, FRANCO, Nicolò, "La difesa del segreto istruttorio è una battaglia di retroguardia", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 422.

El problema, radica, como ya hemos dicho, en la confluencia de tres intereses enfrentados: el derecho de los imputados al honor y a la propia imagen, conectado con el derecho a su presunción de inocencia, el derecho de los jueces a instruir con independencia, y por último, el derecho a informar de los medios de comunicación.

En este sentido, sólo un equilibrio entre los tres intereses en conflicto puede ser la solución satisfactoria al problema, comenzando por adaptar el art. 301 de la LECr a los postulados constitucionales.

Sobre el Acuerdo alcanzado por la Comisión Disciplinaria del Consejo General del Poder
(continúa...)

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

personas que acceden a través de la revelación de los sujetos que forman parte del proceso están representadas, fundamentalmente, por los medios de comunicación, los cuales, por otro lado, podrán negarse a revelar, legalmente, su fuente de conocimiento⁴². Este problema se puede abordar desde otra óptica, cual es la posible incriminación de estas conductas por vía de participación en un hecho punible, tema que trataremos posteriormente, basándonos en las conductas que el CP tipifica, cuando determinados sujetos revelan el secreto sumarial.

Es en esta fase, pues, cuando hay una mayor descompensación entre la Justicia y los medios de comunicación, al ser menor la información del juez y de las partes, y mayor el impacto social de la noticia del hecho criminal⁴³.

De esta fase sumarial protegida por el secreto, quedan a salvo las partes personadas en el proceso ya que la propia LECr en su art. 301 permite a las mismas conocer las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. El fundamento de tal participación deriva de la supresión del sistema inquisitivo y del establecimiento de la garantía de los derechos reconocidos al justiciable en el art. 24 de la C.E.: derecho de defensa, proceso

⁴¹(...continuación)

Judicial, de fecha de 8 de febrero de 1996, por el que se impuso a este Magistrado la sanción de multa en la cuantía de 300.000 pesetas, como autor de una falta grave del art. 418.7 de la L.O.P.J y el posterior Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de octubre de 1996, no ratificando el Acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de fecha de 16 de julio de 1996 (que declaró la nulidad de pleno derecho del Acuerdo que se había adoptado en fecha de 8 de febrero de 1996), y estimando el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal, por el que impone al Magistrado citado la sanción de suspensión por un año prevista en el art. 420.1.D) de la L.O.P.J., por considerarlo autor de la falta muy grave del art. 417.12 en relación con el art. 396, ambos de la citada ley, por revelar datos, hechos o noticias conocidos en el ejercicio de su función jurisdiccional, cfr., *infra*, dentro del capítulo III. Otros problemas conexos, de la segunda parte, el epígrafe 1. El problema de la posible violación del principio "non bis in idem". Especial referencia a las sanciones previstas en la L.O.P.J., donde se realiza un amplio comentario de estos Acuerdos.

⁴² VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 41.

⁴³ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", pp. 13 y 14.

Protección penal del secreto sumarial.

público, utilización de medios de prueba pertinentes, etc⁴⁴.

- A. El último inciso del primer párrafo del art. 301 de la LECr: "con las excepciones determinadas en la presente Ley".

Dice el tantas veces citado art. 301, primer párrafo de la LECr: "Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, *con las excepciones determinadas en la presente Ley*."

¿Cuáles son esas excepciones que la Ley prevé?

No encontramos en la LECr ningún precepto que concrete los casos en que se pueda levantar el secreto sumarial externo.

Este inciso, cuya redacción continúa siendo idéntica desde la promulgación de la LECr, ha perdido coherencia desde que se modificaron los artículos 118 y 302 del citado texto, por Ley 53/1978, de 4 de diciembre. Con anterioridad a esta norma, el denunciado era un perseguido, ausente en la investigación, porque el sumario se instruía de espaldas a su presencia y, por tanto, a su conocimiento. En este sentido, el derecho de defensa se hallaba limitado hasta el auto de procesamiento (art. 384). Así, conforme al art. 302, 1º en su antigua redacción ("El juez instructor podrá autorizar al procesado o procesados para que tomen conocimiento de las actuaciones y diligencias sumarias cuando se relacionen con cualquier derecho que intenten ejercitar, siempre que dicha autorización no perjudique a los fines del sumario"), el procesado debía ser autorizado, para que tuviese conocimiento de las diligencias que se le practicaban. En consecuencia, las excepciones a que se refiere el mencionado art. 301 eran las previstas en los artículos 333, 336, 343, 448 y 449, esto es, aquellas donde el procesado tenía

⁴⁴ SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "El secreto sumarial como límite...", p. 289.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

derecho a hallarse presente, asistido de su defensor, y en la que quedaba autorizado para conocer el resultado de la diligencia.

Con las modificaciones señaladas (artículos 118 y 302 con su redacción actual), el denunciado puede hallarse asistido de letrado y representado por procurador desde la iniciación de la causa. La limitación será la excepción, que ha de fundarse motivadamente, en virtud del art. 302, donde se autoriza esta medida⁴⁵.

Por tanto, algún autor⁴⁶ considera que este principio, en la actualidad, no debe entenderse de una manera rígida, pues, aunque la ley no lo diga, los propios fines del sumario pueden permitir en ocasiones, e incluso aconsejar, la difusión de noticias sobre la instrucción.

Nosotros entendemos, no obstante, que, tras la citada reforma, la única posibilidad sobre la que se permite dar publicidad en el período instructorio es sobre los elementos de la realidad social sobre los que versa el sumario pero nunca de las diligencias sumariales, porque entendemos que en ningún caso puede ser beneficiosa la difusión de tales elementos integrantes del sumario. Consideramos, pues, que esta es la única vía para interpretar esas excepciones que prevé el art. 301 de la LECr.

Tampoco cabe, a nuestro juicio, hacer excepciones al secreto sumarial dependiendo de la trascendencia pública⁴⁷ que tenga un determinado juicio en función de los sujetos implicados o del presunto delito cometido, pues en todo caso estará en juego el principio de aseguramiento de un juicio justo e imparcial.

⁴⁵ PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 410.

⁴⁶ ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 183.

⁴⁷ En sentido contrario, RODRÍGUEZ RAMOS, Luis "¿Existe el secreto sumarial?", en Diario ABC, 27/11/1995 (Cfr., *supra*).

Protección penal del secreto sumarial.

En consecuencia, el inciso "con las excepciones determinadas en la presente ley" sólo puede referirse, bien a la distinción que hace el TC en sentencia 13/1985 entre diligencias sumariales y hechos relacionados con el sumario (sólo estos últimos pueden ser revelados⁴⁸), bien relacionar el secreto sumarial externo (art. 301) con el interno (art. 302) e interpretar que las excepciones que establece la ley vienen determinadas, no tanto para permitir el levantamiento del secreto sumarial externo en determinados casos, cuanto para extender ese secreto a las partes del proceso cuando ello sea necesario (fin de aseguramiento de las pruebas del proceso, que persigue el secreto sumarial interno⁴⁹).

B. Análisis de la expresión "revelación indebida" del art. 301 de la LECr.

La cuestión que surge inmediatamente consiste en determinar cuándo la revelación del secreto sumarial externo no es debida o no está autorizada. Si bien la LECr no distingue, ni el propio TC especifica (como examinaremos, *infra*, 2.6 Notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional), en la doctrina, en cambio, hay diferentes posiciones⁵⁰:

Primera: la que condiciona el hecho revelado a su importancia, en relación al perjuicio a que se afecte el éxito de la investigación y, en base a ello, debe quedar sometida en cada caso a la discrecional apreciación del tribunal⁵¹.

Segunda: la que estima que será indebida cualquier manifestación

⁴⁸ Vid., *in extenso*, apartado 2.6 Notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional).

⁴⁹ Vid., *infra*, el epígrafe siguiente: Secreto sumarial interno, y, dentro de la segunda parte: La revelación del secreto sumarial interno: art. 466 del CP.

⁵⁰ Recogidas por PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", pp. 410 y 411.

⁵¹ Criterio al que se opone expresamente, AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios..., p. 244.

conocida en las actuaciones, si la misma es publicada.

Tercera: Sólo es indebida la revelación cuando se publican o facilitan datos que son reservados para el procesado (es decir, cuando se decreta el secreto sumarial interno)⁵².

Es evidente que el deber de guardar secreto no es igual en el juez o fiscal, de cuyo incumplimiento deriva una responsabilidad penal en virtud del art. 417, o en el abogado o procurador cuyo incumplimiento alcanza la categoría de delito, cuando se trata del secreto sumarial interno, o conlleva sanción administrativa si revela el secreto sumarial externo, que cualquier otra persona que cometa la misma falta, cuya responsabilidad en este caso es una mera sanción administrativa. Sin embargo, ello no significa que la revelación del sumario por particular no sea "indebida"⁵³. La revelación sólo será "debida" por cualquiera de los sujetos anteriormente mencionados, cuando concorra cualquiera de las siguientes circunstancias:

Primera: Cuando ha revelado datos al margen de las actuaciones sumariales y siempre que no constituyan un elemento integrante del sumario propiamente dicho, es decir, que se trate de hechos relacionados con el sumario.

Segunda: Cuando ha revelado ilícitamente, incluso su conducta es típica, pero concurre alguna causa de justificación, cuestión que abordaremos en un capítulo posterior (Cfr., *infra*, 2. Exclusión de la antijuridicidad. Posible justificación de estas conductas).

⁵² De esta opinión, AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios..., pp. 244 y 245, al considerar que este último criterio es el más acertado, dada la excepcionalidad con que el secreto ha de contemplarse, pues, concuerda, en su opinión, con los supuestos en los que las diligencias han de ser conocidas por el imputado (las que derivan de los artículos 333, 336, 343, 448 y 449, anteriormente mencionados). Igualmente, PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 411. Nosotros no estamos de acuerdo con ninguna de estas posibilidades como demostramos en el texto.

⁵³ Cfr., JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, "Concepción técnico-jurídica...", pp. 600 y 601.

Protección penal del secreto sumarial.

Todos los demás supuestos de revelación del secreto sumarial imaginables serán, en nuestra opinión, *indebidos*, aunque no necesariamente, *típicos*.

Por otro lado, aunque no nos encontramos ante un tipo delictivo, sí lo estamos ante uno sancionador, en la medida en que recoge una sanción administrativa. Desde este punto de vista, y puesto que expresamente el mencionado art. 301 de la LECr se remite al derecho penal, es preciso diferenciar el término "indebidamente", del concepto de "tipo abierto" (tipo incompleto que exige expresamente la antijuridicidad de la conducta). Esta categoría de "tipo abierto", se distingue de aquellos supuestos, como es el caso que nos ocupa, en los que el tipo ya describe una perturbación relevante de un bien jurídico protegido (en este caso la violación de un juicio justo e imparcial, mediante la revelación), y por tanto, ya supone un indicio de antijuridicidad pero por su mayor frecuencia se menciona expresamente la excepción de la ausencia de concretas causas de justificación, como lo indica la expresión "indebidamente", lo que supone en este caso concreto una redundancia que no forma parte del tipo, análoga a la expresión "fuera de los casos permitidos por la ley", del art. 198 del CP⁵⁴.

2.2.2 Secreto sumarial interno.

Incluso para las partes (a excepción del Ministerio Fiscal, que no se ve afectado por la declaración de secreto)⁵⁵ puede el Juez, de oficio o a petición de cualquiera de las partes, imponer el secreto del sumario bajo ciertas condiciones, durante el tiempo que estime pertinente, para la buena marcha de la investigación, esto es, para asegurar el material probatorio, y con el fin de

⁵⁴ Cfr., el epígrafe dedicado a la conducta típica. Vid., al respecto, LUZON PEÑA, Diego-Manuel, Curso de derecho penal. Parte General I..., pp. 354 y 355.

⁵⁵ Tal como se ha entendido tradicionalmente por la doctrina y la práctica judicial, acorde con la naturaleza institucional del fiscal como parte imparcial. Vid., por todos, DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., p. 59.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

evitar que conocimientos prematuros de la misma puedan perjudicarla. Esta es la solución adoptada en el artículo 302, 2º de la LECr: "El juez de instrucción, si el delito fuese público, podrá declarar mediante auto el secreto total o parcial para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes, a propuesta del Ministerio fiscal, de cualquiera de las partes o bien de oficio".

Se establece, así una excepción al principio general de acceso de las partes a todas las actuaciones sumariales establecido en el párrafo primero del citado artículo. Supone el denominado "secreto interno".

Los que sostienen que la instrucción sea secreta para las partes, en todo caso, se sitúan en un plano puramente utilitario, pues consideran que sólo esa reserva puede asegurar la represión de la delincuencia y ofrecer al delincuente la mejor garantía de imparcialidad. Se cree, en este sentido, que la intervención de la defensa durante la instrucción obstruye o paraliza la obra que puede esperarse de un juez imparcial. Esta idea es criticada, entre otros, por Vélez Mariconde⁵⁶, arguyendo -postura a la que nos adherimos- que la tutela de los intereses comprometidos en el proceso, exige normalmente la actuación del acusador y del acusado, así, la verdad surge mejor del contradictorio, de la disensión, del control recíproco de los actos. En este sentido, el secreto interno es peligroso por el carácter unilateral que asume la indagación, salvo cuando el juez considere que la reserva de los actos procesales, sea indispensable para asegurar las pruebas, por existir un peligro grave y concreto que impida este ejercicio⁵⁷. Sólo este motivo concreto y excepcional, y limitado temporalmente

⁵⁶ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal. Tomo I..., pp. 397 a 407.

⁵⁷ El autor, citado (p. 399) pone como ejemplo de la necesidad de instaurar el secreto interno, "cuando el imputado hace desaparecer de su casa un objeto que se quiere secuestrar porque conoce anticipadamente el registro domiciliario que lo ordena; o si borra los rastros del delito antes que se practique la inspección que se le anuncia. También cuando exista el peligro de que el imputado ejerza influencia perniciosa sobre los testigos antes de que éstos presten declaración". En estos casos, la defensa perjudica, antes que favorece el descubrimiento de la verdad y el aseguramiento de pruebas, y en base a ello es necesario reconocer la excepción al principio de publicidad del sumario para las partes.

Protección penal del secreto sumarial.

hace posible la conciliación del derecho de defensa con la consecución de los fines del proceso. Es evidente, pues, que el concepto de secreto sumarial interno y la garantía de defensa son, *a priori*, intereses contrapuestos, por tanto, la conciliación entre ambos dependerá de la concreta determinación del objeto vinculado al secreto⁵⁸. En este sentido, habrá que tener en cuenta que aquellas pruebas que por su especial naturaleza y características deban ser consideradas como definitivas e irreproducibles en el juicio oral, nunca pueden ser practicadas en secreto, de lo contrario, el derecho de defensa se vería vulnerado; por el contrario, las pruebas practicadas en el sumario y reproducidas en juicio, pueden ser secretas para las partes, cuando exista esta necesidad de reserva, es decir, cuando el conocimiento de las mismas por las partes perjudique los fines del sumario, en concreto, el aseguramiento de pruebas⁵⁹.

En nuestro ordenamiento, el secreto sumarial interno sólo está admitido en los procesos penales por delitos públicos, afirmación que se hace extensiva también a los delitos semipúblicos⁶⁰ pues tratándose de delitos privados, en los que el querellante lleva el impulso procesal (función semejante a la del Fiscal), carece de sentido declarar el secreto del sumario, ya que se paralizaría⁶¹.

Como excepción que es, se admite siempre que se establezca con las correspondientes restricciones: de índole formal -mediante auto, esto es, por

⁵⁸ Sobre la ponderación entre el secreto interno y el derecho de defensa, vid., TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., pp. 21 a 26.

⁵⁹ Al hilo de esta idea el TC, en STC 34/1996, de 11 de marzo (FJ 3º) y por alusión, SSTC 80/86, 82/88 y 137/88, admite la eficacia probatoria de las actuaciones sumariales (en sentido amplio) para desvirtuar la presunción de inocencia si fueron obtenidas con las garantías que la ley y la Constitución exigen y son reproducidas en el acto de la vista con posibilidad de contradicción por la defensa del acusado.

⁶⁰ Conforme a la declaración de la Circular 8/1978, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado.

⁶¹ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, Derecho procesal penal, vol. I, Madrid: Revista de Derecho Penal, s.f., p. 354. DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús Mª, Publicidad y secreto..., pp. 58 y 59.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

resolución motivada-, material -porque no es necesario que se extienda a la totalidad del sumario- y temporal -porque se establece como plazo máximo un mes-⁶².

Estas limitaciones deben interpretarse con el mayor rigor posible en base a dos deducciones: en primer lugar, porque contamos con el principio de publicidad que es la regla en nuestra Constitución -artículos 24.2 y 120.1-, y, por otro lado, porque se dejó sin contenido el art. 316 de la LECr por Ley 53/1978, de 4 de diciembre, que permitía al juez decretar secreto el sumario para el querellante si versaba sobre un delito público, lo que posibilitaba la admisibilidad del secreto interno con carácter general.

¿Cuáles son las causas en la que se puede basar el juez para decretar el

⁶² Si bien, la STC 176/1988, de 4 de octubre, ha admitido la posibilidad de prórroga de dicho plazo, sin que dé lugar a indefensión (Cfr., *infra*, notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional). Argumenta la sentencia: "El problema que plantea la recurrente, consiste en determinar si la interpretación estricta que merece toda norma legal limitativa de derechos fundamentales impone entender que el art. 302 LECr, en el cual se somete el secreto sumarial a un plazo máximo de un mes y no se contempla expresamente la posibilidad de prórroga, no consiente otra interpretación que la de estimar causa de indefensión toda decisión judicial que prorrogue dicho plazo. Este problema merece ser resuelto en sentido contrario a la tesis de la demanda, pues resulta inaceptable la interpretación estricta, que al citado art. 302 impone la exigencia constitucional de aplicar el ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, conduzca irremisiblemente a la conclusión automática de que la prórroga del plazo máximo de secreto sumarial que en dicho precepto legal se establece ocasione, por sí sola y sin condicionamiento, un resultado de indefensión. Frente a esta tesis, que no es excesivo calificar de rígidamente formalista, no puede desconocerse que la Constitución protege los derechos fundamentales considerados, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos, imponiendo el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se pretende vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no materialmente producido, más allá de la pura apariencia nominalista (S. 47/87, de 22 de abril). Tales criterios sustantivos nos conducen a establecer que el Juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, viniendo obligado a emplear la máxima diligencia en practicar, dentro del plazo acordado con sujeción a lo dispuesto en dicho art. 302, las pruebas correspondientes, pero en modo alguno es de admitir, desde la perspectiva del derecho de defensa, que el Juez, por no venir prevista prórroga en ese precepto legal, quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección, pues, en último término, una vez conseguida tal efectividad, el levantamiento del secreto permite a la parte el ejercicio de su derecho de defensa sin restricción de clase alguna, lo cual elimina que la prórroga haya producido un resultado real de indefensión, si las razones justificadoras del secreto han persistido durante el tiempo de la prórroga.

Protección penal del secreto sumarial.

secreto *intrapartes*?

La propia Exposición de Motivos nos da la respuesta: el procesado intervendrá "en todas las diligencias del sumario tan pronto como el Juez estime que la publicidad de las actuaciones no compromete la causa pública, ni estorba el descubrimiento de la verdad". A ello hay que añadir la misma idea desarrollada en el antiguo art. 302 de la LECr, antes de su modificación por Ley 53/1978: "Que dicha autorización (de tomar conocimiento de las actuaciones) no perjudique a los fines del sumario" o "no lo considere peligroso para el éxito de las investigaciones sumariales".

El secreto interno sirve para garantizar exclusivamente el fin del sumario consistente en la averiguación de los hechos (función investigadora) y el aseguramiento de pruebas (función aseguradora).

La función investigadora, *per se*, no merma el derecho del inculpado, pues a mayor actividad probatoria, mayor información y cuanta mayor información, más garantía de justicia para el inculpado⁶³. Por tanto, si el juez de instrucción tiene que hacer averiguaciones será conveniente no ponerle cortapisas en su actividad. Toda actividad investigadora conlleva una postura sobre derechos y deberes hacia el inculpado, con lo cual, una investigación obstaculizada

⁶³ Cfr., en este sentido, la STS de 8 de marzo de 1994, (Ref. Ar. 1864), donde se afirma que la diligencia de entrada y registro en el domicilio habitado por el acusado, para el posterior dictamen pericial, se realizó durante la declaración de secreto sumarial derivando la ausencia del acusado en tal actuación sumarial de la declaración de secreto para el mismo. Por tanto, si el sumario durante tal breve período se declaró secreto total para el imputado, salvo la pieza de situación personal, la diligencia de entrada y registro estaba sustraída por entonces a su conocimiento. Asimismo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 66/1989, de 17 abril, destaca que en la fase de investigación -esto es, fuera de la vista oral- el derecho a tomar conocimiento de las actuaciones puede restringirse en algunos casos y entre ellos los del art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Así, el párrafo segundo del citado precepto procesal establece la posibilidad de que el Juez de Instrucción declare secreto el sumario, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de las partes personadas, pero con la garantía que no ha de decretarse por tiempo superior a un mes y que debe alzarse el mismo con diez días de antelación a la conclusión del sumario, precisamente para que las partes personadas tomen conocimiento de lo actuado y puedan ejercitar sus derechos.

perjudicará inevitablemente a éste, al ir creando una falsa verdad⁶⁴.

La consecuencia que deriva de ello, es clara: si bien el secreto es necesario en la instrucción para conseguir una mayor y más fiel información, es preciso que dure el tiempo indispensable para realizar las investigaciones fundamentales y asegurar indicios y probanzas, porque sólo manteniéndose el tiempo estrictamente necesario, se tutela simultáneamente los intereses de la sociedad y los del inculpado. El problema es articular los medios para hacer posible esta brevedad en el mantenimiento del secreto debido a la carencia de medios con que cuenta la administración de justicia⁶⁵.

Aunque la funcionalidad del secreto sumarial interno consista en el aseguramiento de pruebas, la función genérica aseguradora del sumario, comprende, también, el aseguramiento de personas y bienes, lo que comporta la necesidad de decidir sobre derechos personales (por ejemplo, una prisión preventiva) o sobre derechos patrimoniales (por ejemplo, un embargo de bienes) y, en consecuencia, las garantías del sistema contradictorio deben ser máximas.

Por tanto, el hecho de que se haya dictado prisión provisional, por ejemplo, no debe alterar este régimen de publicidad o de secreto existente en la fase sumarial. Esta es la conclusión que adopta el TC en la sentencia 41/1982, de 2 de julio, (FJ 2º) al interpretar la institución de la prisión provisional a la luz de la Constitución: "la institución de la prisión provisional, situada entre el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de

⁶⁴ Vid., ampliamente, ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., pp. 188 a 191.

⁶⁵ ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario", p. 191. El propio magistrado destaca como ejemplos en su experiencia profesional que demuestran esa falta de medios en la administración de justicia que impiden la brevedad del sumario, el haber tardado año y medio en trasladar un revólver, necesario para ciertos informes, desde el organismo en que se hallaba hasta el juzgado del magistrado, situado a unos cien kilómetros; o el traslado de un caballo desde el matadero municipal hasta otro corral situado a doce kilómetros, hasta que la muerte del animal resolvió la situación.

Protección penal del secreto sumarial.

asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro, viene delimitada en el texto de la Constitución por las afirmaciones contenidas en: a) el art. 1.1 de la C.E.; b) en la sección primera, capítulo 2, del título 1, el art. 17.1; c) en el art. 24.2. Por tanto, cualquier limitación que se intente establecer al principio de publicidad en cualquier fase del proceso penal, estará sujeta a las exigencias que impone el sistema de derechos fundamentales⁶⁶.

No obstante, por padecer el sujeto esta situación particular, resulta más rechazable en esta ocasión los juicios paralelos, al encontrarse el sujeto de facto en una situación de mayor indefensión⁶⁷.

La función aseguradora de pruebas implica la documentación rigurosa de cada acto procesal, recogiendo instrumentos y efectos del delito, indicios materiales, informes periciales, etc. Las pruebas deben ser reproducidas en el juicio, pero hay algunas que se destruyen con el paso del tiempo o, para ser eficaces, deben efectuarse inmediatamente, como la inspección ocular o la reconstrucción de los hechos. En estos casos, existe un interés muy concreto del inculpado en que se documente de un modo fiel y completo ya que cualquier error puede generar pruebas engañosas o falsas verdades. En este punto debe darse el mayor conocimiento e intervención a las partes, puesto que si hay peligro de que las pruebas se destruyan no habrá confrontación bilateral en el juicio. En estos casos no jugará el secreto sumarial interno.

⁶⁶ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido..., p. 515. Sobre la prisión preventiva, su finalidad y cómo afecta al derecho a la presunción de inocencia, vid., ILLUMINATI, Giulio, "Presunzione d'innocenza e uso della carcerazione preventiva come sanzione atipica", en Rivista italiana di diritto e procedura penale, anno XXI, 1978, pp. 919 a 980, especialmente, pp. 963 a 973. Concretamente, el autor (p. 965) considera que la medida cautelar sólo se justifica si se cree probable, y, por consiguiente se presume, la culpabilidad del imputado, apuntando, a continuación (pp. 968 a 980), las condiciones de legitimidad de la prisión preventiva, los problemas de inconstitucionalidad de su regulación y su propuesta de reforma de la libertad provisional. Igualmente, sobre el régimen del secreto instructorio en su relación con los procedimientos cautelares, vid., TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., pp. 227 a 261.

⁶⁷ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 19.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

Las facultades contradictorias que se conceden al inculpado en relación a la función aseguradora de personas y bienes, derivan de los artículos 302, 118, 520, 502, 517 y 119 y ss., todos ellos de la LECr. El mecanismo de pruebas contradictorias en los casos de aseguramiento de las mismas, vienen establecidas en los artículos 333, 336, 350, 356, 466, 476, 480, 451 y ss., de la LECr.

De todo ello, se desprende que el principio de contradicción no puede tener la misma incidencia cuando se trata de unas u otras funciones instructorias. Así, si en la actividad investigadora el secreto es la regla general, en la actividad aseguradora, sea de personas, de bienes o de pruebas, la excepción es el secreto para las partes⁶⁸.

En esta modalidad de *secreto intrapartes*, por tanto, la ponderación de los bienes en conflicto se ve alterada. Se tiende a proteger exclusivamente los fines y el resultado del proceso, por tanto, difícilmente la intimidad o el honor se pueden ver afectados por la violación del secreto⁶⁹. Y, del mismo modo, no es la libertad informativa el interés que pugna con la garantía de imparcialidad - como ocurre en el secreto sumarial externo- sino con la tesis de aseguramiento del proceso y, por derivación del mismo, con el derecho de defensa, con la consiguiente violación potencial del derecho a la protección judicial de las

⁶⁸ Sobre las funciones del sumario y su relación con el secreto interno, vid., in extenso, ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., pp. 188 a 193. Estas tres funciones pueden entenderse, en opinión de BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., p. 222, como desarrollo del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva declarado en el art. 24 de la C.E.

⁶⁹ Algunos autores, en cambio, consideran que en la actualidad se ha dado al secreto sumarial - entendemos que se refieren al interno puesto que aluden al mismo al referirse al art. 466 del CP de 1995- una virtualidad diferente pues parece inventado para preservar la imagen de algún célebre personaje que pueda transitar por los tribunales. Así, MARTÍNEZ FRESNEDA, Gonzalo, "Polémica sobre el «silencio» sumarial", en Despacho de abogados, nº20, julio-agosto, 1996, p. 13. Y del mismo autor, "Los abogados como corderos", en el Diario Cinco Días, miércoles, 22 de mayo de 1996, p. 29. Opinión que no compartimos en base a que, si bien el secreto externo puede colisionar con el principio de publicidad y puede verse afectado con más facilidad el honor y la intimidad de los acusados, el interno está pensado para proteger exclusivamente el aseguramiento de las pruebas del proceso.

Protección penal del secreto sumarial.

garantías establecidas para evitar la indefensión de los encausados (art. 24.2 C.E.).

Esta es la interpretación que ha dado el TC⁷⁰ sobre el contenido del art. 302 de la LECr, que puede resumirse en que ese derecho al conocimiento no es tanto una manifestación de la publicidad procesal, cuanto del principio de contradicción y defensa.

Al respecto, es preciso matizar que el principio de *contradicción* se refiere a la bilateralidad en las relaciones procesales y comprende, a su vez, los principios de *audiencia* (*audiatur et altera pars*), *defensa* (posibilidad adecuada de alegar y probar antes de ser condenado e *igualdad de partes* (paridad de los medios de acusación y defensa, recogido en el viejo brocardo de Ulpiano *non debet actori licere quod reo non permititur*), siendo este principio de *contradicción* más amplio que el de la publicidad interna, pues coincide, esta última, fundamentalmente, con el principio de *audiencia*⁷¹.

En definitiva, la declaración de secreto interno implica la derogación temporal y parcial del conocimiento e intervención de las actuaciones sumariales por las partes personadas, con suspensión temporal del ejercicio del derecho de defensa previsto en el art. 118 de la LECr, al no existir obligación de comunicar que se ha iniciado el procedimiento. Declaración de secreto, que no afecta, por otro lado, al derecho del imputado a ser asistido por letrado.

No obstante, aunque tengamos presente que todo lo que se oculta en la fase de instrucción va a ser público en el juicio oral, y que la naturaleza y fines

⁷⁰ Sentencia 176/1988, de 4 de octubre, sobre la que incidiremos más adelante. En el mismo sentido se manifiesta, MORALES PRATS, Fermín, "Garantías penales y secreto...", p. 1265. De opinión contraria, se muestra PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto sumarial"..., p. 135, quien considera que el art. 302 de la LECr afecta no al derecho de defensa del justiciable sino al principio de publicidad.

⁷¹ ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., pp. 177 y 184.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

de la instrucción demuestran que ésta no puede ser el fundamento de la sentencia sino sólo de la acusación, no por ello, supone siempre que el interés de aseguramiento de las pruebas del proceso, que preside el secreto sumarial interno, no afecte al derecho de defensa del acusado⁷², partiendo de la premisa de que va a tener la posibilidad de alegar y probar en el juicio oral, porque como hemos señalado, (cfr., *supra*, el epígrafe dedicado al procedimiento abreviado), el TC en este ámbito, a través de una doctrina asentada (fundamentalmente STC 186/1990, de 15 de noviembre, 152/1993, de 3 de mayo y 273/1993, de 20 de septiembre) ha manifestado que el derecho de defensa exige que el presunto autor pueda exculparse en fase de instrucción. Por eso, el secreto interno tiene que ser levantado antes de concluir esta fase, permitiéndose a las partes la práctica de diligencias probatorias relativas a las realizadas durante el secreto e incluso la impugnación de alguna resolución que conozcan en ese momento, con respeto al principio procesal de contradicción⁷³.

⁷² Sobre las funciones y límites del derecho de defensa en su relación con el secreto instructorio, vid., MELE, Vittorio, Il segreto istruttorio ..., pp. 85 a 87. TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., pp. 179 a 192 y 321 a 327.

⁷³ En igual sentido, el TS en la STS de 25 de junio de 1993 (Ref. Ar. 5244) afirma que: " Estas facultades deben compaginarse con las previsiones excepcionales que contemplan la posibilidad de declarar secreto el sumario, las actuaciones, para todas las partes personadas, estableciendo una excepción a la regla general que permite tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. El Juez no puede prolongar el secreto sumarial más allá del tiempo que resulte estrictamente necesario para conseguir la finalidad perseguida en aras de la instrucción que está llevando a cabo, viniendo obligado a emplear la máxima diligencia pero en modo alguno se debe admitir que quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario. El levantamiento del secreto, una vez conseguida la finalidad perseguida, permite a la parte el ejercicio de su derecho de defensa sin restricción de clase alguna, permitiéndole intervenir en el examen y crítica de las diligencias practicadas sin su presencia durante la fase en que las diligencias eran secretas. La posterior concesión de un ilimitado derecho de defensa evita la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva. Lo que veda el sistema constitucional, encarnado en el art. 24.1 de la Constitución, es la producción de un estado de absoluta indefensión. La regla general que establece el acceso de las partes y, fundamentalmente del imputado, a todas las diligencias puede tener excepciones justificadas por la finalidad perseguida y la naturaleza de la medida acordada. En un sentido análogo a lo dispuesto por el art. 6.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (RCL 1979\2421 y ApNDL 3627) puede ser limitada la publicidad de las actuaciones judiciales cuando en circunstancias especiales pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia". Cfr., asimismo, las sentencias del TC al respecto, en el epígrafe correspondiente a las notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional.

2.2.3 Diferencias y analogías entre ambas modalidades de secreto sumarial.

En principio el secreto interno es excepcional, mientras que el secreto externo es la norma general en la fase instructoria, deducido de los artículos 302 y 301 de la LECr, respectivamente. No obstante, desde hace años se viene observando que siempre que se produce algún delito especialmente impactante por su gravedad, por las circunstancias de su comisión, o por las personas que en él intervienen, la prensa se apodera del asunto⁷⁴, con lo cual, en la práctica, la norma se ha tornado en excepción.

La distinción entre la parte interna y la externa del secreto sumarial, es importante no sólo por los distintos sujetos afectados en cada una de ellas, sino también por la distinta contraposición de intereses declarada en cada caso.

La vertiente externa comporta la tutela de la garantía de imparcialidad del proceso, lo que conllevará, en la mayoría de los casos, un ataque al honor o a la intimidad del individuo sometido a juicio. En consecuencia, cuando aquélla se vea afectada, se concederá preferencia en el caso concreto al secreto sumarial sobre la libertad de expresión e información⁷⁵. En la modalidad interna, en cambio, el aseguramiento de las pruebas del proceso y su fin, mediato, el derecho de defensa (art. 24 C.E.) es el bien jurídico protegido que, cuando se pudiera ver afectado por una revelación de esta clase de secreto sumarial, primará igualmente este secreto sumarial en su modalidad interna, sobre el ejercicio de las libertades de expresión o información, y siempre que se conceda al inculpado la posibilidad de practicar las pruebas que no pudo mientras duró el

⁷⁴ PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 409.

⁷⁵ En el mismo sentido, MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza...", pp. 466 y 468, puesto que afirma que el secreto externo plantea el problema de coexistencia y armonización con el derecho a la libertad de expresión. Pero, si bien, éste es el bien jurídico inmediato, prevalente, no es menos cierto que eventual y secundariamente, también hay intereses individuales extraprocesales afectados, principalmente, el honor y la intimidad del imputado.

secreto, antes de que finalice la fase instructoria⁷⁶.

2.3. El sistema inquisitivo en la instrucción y su relación con el carácter secreto del sumario.

Aunque en la propia Exposición de Motivos de la LECr de 14 de septiembre de 1882, el Ministro que suscribe, aconseja que se dé "un paso más en el camino del progreso, llevando en cierta medida el sistema *acusatorio* al sumario mismo", lo cierto es que del propio espíritu de la LECr concretado a través de su articulado y de la misma Exposición de Motivos -subsiste el secreto del sumario "en cuanto es necesario para *impedir que desaparezcan las huellas del delito*"-, se desprende que sigue vigente el sistema *inquisitivo* en la etapa instructoria, en el que el juez asume dos papeles procesales: el de acusador y el de juez⁷⁷.

No obstante, el sistema inquisitivo puro es el representante del interés público, que tiene como único fin el restablecimiento del orden jurídico perturbado por la ejecución del hecho delictivo, lo que requiere la libre iniciativa de la autoridad judicial encargada de la instrucción de la causa, y, como consecuencia, el procedimiento es siempre de oficio, no siendo necesaria la acusación. En este sistema riguroso, puede coexistir la acción de un acusador, teniendo su intervención el mismo carácter público a que debe su origen el procedimiento. Relacionado con esta característica que distingue el sistema inquisitivo, se deduce la segunda nota, cual es el carácter secreto del

⁷⁶ En sentido contrario, MORALES PRATS, Fermín, "Garantías penales y secreto...", p. 1265, quien opina que, el derecho a la información ayudaría a la defensa de las garantías judiciales, poniendo de manifiesto la indefensión que ha podido causar un mantenimiento arbitrario del secreto interno sumarial. En Italia, la opinión de Fermín Morales fue defendida por MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza...", p. 466, al considerar que el secreto interno plantea el problema de la coexistencia y armonización con el principio constitucional del derecho de defensa, el cual puede ser salvaguardado mediante la abolición del secreto interno.

⁷⁷ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario"..., p. 161.

Protección penal del secreto sumarial.

procedimiento, lo que implica no dar al acusado intervención alguna en la instrucción⁷⁸.

En nuestro derecho, en cambio, predominando el principio inquisitivo en la instrucción, sin embargo es el sistema acusatorio formal o mixto el vigente en el proceso penal, deducido de la propia LECr y del tratamiento del sumario en particular, que exige el secreto interno sólo cuando sea necesario para asegurar las pruebas y sujeto a rígidos condicionamientos, si bien algunas reformas de la misma como la operada por Ley de 1967, del procedimiento de urgencia y la LO 10/1980, que reguló el llamado procedimiento monitorio, quebraron en parte este sistema mixto, al unificar en el mismo juez, la función de instruir y la de juzgar. En cambio, la LO 7/1988, de 28 de diciembre, al crear la figura del juez de lo penal, restableció la separación entre ambas funciones^{79 80}.

La doctrina jurisprudencial, fundamentalmente del TC, ha afirmado reiteradamente que el principio acusatorio forma parte del conjunto de derechos reconocidos en el art. 24 de la C.E⁸¹. Así, la STC 53/1989, de 22 de febrero,

⁷⁸ AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios a la LECr, Tomo III..., pp. 6 a 9. Cfr., asimismo, CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 54 a 65. PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio..., pp. 17 a 22.

⁷⁹ Sobre las notas que delimitan el principio acusatorio, en nuestro derecho, según la doctrina procesal, vid., por todos, MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio, Granada: Comares, 1994, pp. 24 y 25. ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal, Barcelona: Bosch, 1994, pp. 31 a 64. Y RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio y su proyección en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo, Madrid: Actualidad Editorial, 1994, pp. 140 y 141.

⁸⁰ No obstante, afirma ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal..., p. 31, la esencia del sistema acusatorio reside no tanto en la estricta separación entre quien juzga y acusa, sino en la necesidad ineludible de una acusación previa, para deducir después que tal acción deberá ejercitarse por un sujeto diferente de aquél que juzgará, consecuencia de la división del proceso penal en dos fases.

⁸¹ No obstante, como afirma ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal..., pp. 25 y 26, al no efectuar el tenor literal del art. 24 de la C.E. ninguna referencia expresa al principio acusatorio, conduce a que los diferentes derechos implicados con el mencionado principio, se ubiquen, bien en el primer apartado del art. 24 al referirlo a la prohibición de indefensión, bien en el segundo, vinculándolo al derecho a conocer de la acusación formulada.

establece que "es doctrina reiterada de este Tribunal, en orden al principio acusatorio, que éste forma parte de las garantías sustanciales del proceso penal consagradas en el art. 24 de la C.E.". Con más precisión, la STC 141/1986, de 12 de noviembre, afirma: "El derecho a ser informado de la acusación, que presupone, obviamente, la existencia de la acusación misma, tiene como contenido un conocimiento de la acusación, facilitado o producido por los acusadores y por los órganos jurisdiccionales ante quienes el proceso se sustancia (...). Es también un derecho de carácter instrumental respecto del fundamental derecho a la defensa⁸² y a la asistencia de Letrado, que el propio art. 24 reconoce, pues el conocimiento de la acusación es indispensable para poder ejercitar el derecho de defensa".

Por tanto, el principio acusatorio informa el ordenamiento procesal español en su conjunto, sobre todo, desde la llegada de la Constitución que adoptó este sistema y articuló una serie de garantías establecidas en su art. 24. Igualmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos en su art. 6.1 recoge las garantías procesales que conforman el marco referencial del procedimiento penal. Por tanto, es necesario proceder a un reajuste de la legalidad ordinaria acomodándola a la Constitución o, al menos, una reinterpretación de las leyes conforme a los principios constitucionales⁸³.

La relación que existe entre el secreto del sumario y este carácter inquisitivo de la instrucción consiste en comprobar cómo en los sistemas en los que el juez no tiene encomendadas tareas investigadoras (así, en Suiza o en Alemania, en los que el principio acusatorio inspira todo el proceso penal, siendo el Ministerio Fiscal el encargado de la instrucción, sistema seguido, asimismo, en las recientes reformas procesales de Portugal e Italia) la publicidad no tiene más

⁸² De esta opinión RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio..., p. 9.

⁸³ Vid., ampliamente, MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial del principio acusatorio..., pp. 14 a 18. RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio y su proyección..., pp. 17 a 35.

Protección penal del secreto sumarial.

límite que asegurar la imparcialidad y neutralidad del juicio, mientras que en aquellos otros en los que el juez dirige la investigación en orden a averiguar el delito e impedir la impunidad, el secreto tendrá como finalidad asegurar el correcto desenvolvimiento de la investigación, asegurar las pruebas, evitando manipulaciones e influencias nocivas sobre las partes y sobre los testigos, restando libertad a las partes en este sentido, lo que significa comprimir gravemente los derechos de las partes, especialmente el derecho de defensa, tanto que plantea el problema de la inconstitucionalidad de una instrucción puramente inquisitiva⁸⁴. En cualquier caso, es preciso subrayar, suscribiendo la opinión de Teresa Armenta⁸⁵, que existe una errónea equiparación entre sistema acusatorio y derecho de defensa. Dice esta autora: "el principio acusatorio no se solapa o no queda comprendido por la interdicción de la indefensión (...). En tanto el derecho a conocer de la acusación se concreta en las calificaciones definitivas, el derecho de defensa -integrado en la necesidad de contradicción⁸⁶- despliega su eficacia desde el momento en que se entienda existe imputación contra una persona determinada. Y de ahí el reiterado recordatorio del Tribunal Constitucional sobre el derecho a conocer de la condición de imputado, para no provocar indefensión. Sin mencionar ni siquiera colateralmente el principio acusatorio. (...) El derecho de defensa opera en un sentido complementador del principio acusatorio a fin de garantizar el proceso debido". En esta línea, se reafirma el carácter instrumental del derecho al conocimiento previo de la acusación respecto del derecho de defensa. Desde esta perspectiva, el derecho a ser informado de la acusación es el primer elemento del derecho de defensa que condiciona a todos los demás, pues mal

⁸⁴ PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio..., p. 39.

⁸⁵ ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio y derecho penal..., pp. 65 a 70. De la misma opinión, RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio y su proyección..., pp. 24 y 25.

⁸⁶ Sobre los principios de contradicción y de inmediación y su conexión con el principio acusatorio, vid., RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio..., pp. 177 a 183.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

puede defenderse de algo el que no sabe de qué hechos se le acusa en concreto^{87 88}.

Si bien esto es cierto, no es fácil suscribir la opinión de algunos autores⁸⁹, quienes para solucionar este obstáculo proponen que lo correcto en este sentido, sería sustraer la investigación de los delitos de las competencias del juez, para atribuírsela al Ministerio Fiscal, facilitándose así la autonomía publicidad-secreto. "Mientras que la investigación siga siendo una actividad jurisdiccional, -afirma Peces Morate⁹⁰- el juez se seguirá debatiendo entre los dos polos mencionados: por un lado, evitar la impunidad de los delitos en su labor de investigación, y, por otro, lograr que se cumpla en la realidad el principio del derecho a un juicio justo e imparcial⁹¹, a través de la tutela judicial efectiva

⁸⁷ RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio y su proyección..., p. 114, apoyándose en la doctrina del TC.

⁸⁸ A su vez, como afirma, LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, "Publicidad, indefensión...", p. 380, la indefensión, la publicidad, la contradicción y la igualdad no bastan por sí solas para conseguir que la tutela jurisdiccional sea efectiva, ya que únicamente regulan la esfera del proceso que guarda íntima relación con la posición y derechos de las partes personadas, por lo que, juunto a ellas, deben concurrir otros valores igualmente imprescindibles, que afectan a los demás elementos necesarios en el ejercicio de la jurisdicción, como es el de imparcialidad judicial. Para ello, formula un concepto restringido de indefensión (pp. 383 a 386).

⁸⁹ Así, PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 146. De la misma opinión se manifiesta RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario"..., p. 161, quien defiende que la acumulación en el juez de las dos funciones de acusador y decisor conculca el principio de presunción de inocencia, conculcación que se ha agravado desde la reforma de 1967 para el enjuiciamiento de los delitos menos graves al ser el propio juez instructor el que luego dicta la sentencia, acentuándose la parcialidad del juzgador por haber sido instructor. RUIZ VADILLO, Enrique, "La actuación del Ministerio Fiscal en el proceso penal", en Poder Judicial, número especial II: Justicia penal, 1987, p. 87. VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional...", p. 102. MORENO CATENA, Víctor, "Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal", en Poder Judicial, n° especial II: Justicia penal, 1987, p. 165. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, "Presencia pública y relevancia de lo judicial. Las sorpresas de la investigación delictiva", inédito, p. 6. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial..., p. 144, sin perjuicio de reconocer las dificultades que derivan de la estructura organizativa del Ministerio Fiscal y de su dependencia del Gobierno. RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio..., p. 144. DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., p. 192.

⁹⁰ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 146.

⁹¹ No obstante, es preciso matizar que si bien es cierto que la garantía del derecho a un juez imparcial aparece comprometida en aquellos supuestos en que las funciones instructora y juzgadora
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

que proclama el artículo 24 de la C.E., en su obligación jurisdiccional".

Pensar de esta forma supondría una reforma en profundidad de todo el sistema procesal penal español, cuyas consecuencias desbordan nuestra investigación. No obstante, son interesantes las propuestas vertidas al respecto por algunos autores⁹². Así, se considera⁹³ que para que la tarea de instrucción se transfiera al MF, es necesario que con carácter previo se le reconozca la absoluta, total y completa independencia respecto del Ejecutivo, por ejemplo, podría ser nombrado el Fiscal General del Estado por el Parlamento, por un tiempo de cinco años y a él hubiera de rendirle cuentas. E igualmente, parece imprescindible un juez independiente en la fase intermedia que se pronuncie sobre si el hecho que se describe en los escritos de acusación tiene naturaleza penal, si las personas acusadas reúnen las condiciones legales de autoría y participación y si con las pruebas que se proponen es probable que se pueda pronunciar una sentencia condenatoria. Otra opinión⁹⁴, parte de la consideración de que la orientación de adjudicar la primera fase del proceso al

⁹¹(...continuación)

se asumen y desempeñan por una misma persona, titular o componente de un determinado órgano judicial, no toda intervención del juez antes de la vista tiene carácter de instrucción, ni por tanto compromete su imparcialidad objetiva, por lo que será necesario analizar caso por caso la actividad realizada para determinar si se ha producido o no una vulneración del art. 24.2 de la C.E., teniendo en cuenta que no basta con constatar el hecho de que el juez sentenciador hubiese realizado actos de naturaleza instructora, sino que es preciso acreditar que la actividad instructora llevada a cabo por el juez para averiguar el delito y sus posibles responsables pudo provocar en su ánimo prejuicios que efectivamente comprometan su imparcialidad. (Vid., por todas, las STC 145/1988, de 12 de julio, STC 164/1988, de 26 de septiembre y STC 320/1993, de 8 de noviembre).

⁹² Entre ellos, RUIZ VADILLO, Enrique, "La actuación del Ministerio Fiscal...", pp. 72 a 89. VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional...", pp. 101 y 102. SÁNCHEZ YLLERA, Ignacio, "Presencia pública y relevancia...", pp. 1 a 8. Sobre los problemas que se plantean por el papel del juez de instrucción en los procesos de Jurado, y la solución a los mismos adoptada en otros países a través del sistema de investigación a cargo del ministerio fiscal, véase, MORENO, Juan Damián, "El juez de instrucción en los procesos atribuidos al Tribunal del Jurado: un típico fenómeno de desdoblamiento de personalidad", en Jueces para la Democracia, nº 29, julio, 1997, pp. 34 a 36. DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., pp. 431 a 450.

⁹³ RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio..., pp. 142 a 144.

⁹⁴ ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio..., pp. 36 a 38, 46, 47 y 58. En este sentido, RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio..., p. 144.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

órgano de la acusación es acorde con el sistema acusatorio, aunque, no deja, sin embargo, de tener condicionamientos concretados en los siguientes: a) el interés en la persecución penal -residuo del sistema inquisitivo-, se ve limitado por el reconocimiento de la facultad de inspección directa del sumario en manos del fiscal. b) El fiscal carece de la necesaria independencia y jurisdicción. c) El debilitamiento que puede sufrir la posición de las restantes partes acusadoras. d) la necesidad en todo caso, de la intervención judicial en la adopción de medidas cautelares y coercitivas que suponen la limitación de derechos fundamentales. Y es que, "la introducción del Ministerio Fiscal en el proceso penal conlleva inevitablemente un quebrantamiento del acusatorio «stricto sensu» que ha obligado a adicionar el calificativo «formal» a su enunciado", por lo que aboga por una diferenciación entre una fase preprocesal del proceso penal, de carácter no jurisdiccional y encomendada al Ministerio Fiscal apoyado por la policía judicial. "Cabe afirmar, en tal sentido -continúa- que se ajusta perfectamente al sistema acusatorio un proceso penal en donde la instrucción esté dirigida por el juez, siempre y cuando se garantice plenamente la repetida escisión de funciones acusadora y enjuiciadora. No es cierto, por contra, que la existencia de una instrucción atribuida al fiscal preserve en mayor medida la imparcialidad"⁹⁵. Para otro autor⁹⁶, las ventajas que derivan de la dirección de la investigación por parte del Ministerio Fiscal son las siguientes: se potenciaría el principio acusatorio, al quedar residenciados en el juez la adopción de las medidas cautelares que inste la acusación, que serán resueltas tras la oportuna audiencia a la persona a la que afecten. Se potenciará igualmente el derecho a la presunción de inocencia, en cuanto el Juez o tribunal sentenciador podrá formar su convicción únicamente sobre la actividad probatoria desarrollada en el juicio oral, no en el sumario. Será respetado, en mayor medida, el derecho de defensa, tanto en lo referente a la intervención en el desarrollo de la prueba como en la adopción de medidas cautelares. El sistema penal será más eficaz en

⁹⁵ ARMENTA DEU, Teresa, Principio acusatorio..., p. 33.

⁹⁶ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial..., pp. 144 a 146.

Protección penal del secreto sumarial.

cuanto a la averiguación de los delitos, al otorgar más posibilidades de actuación del Ministerio Fiscal, para requerir el auxilio de órganos de la Administración necesarios para la investigación de los delitos. Y los inconvenientes que este autor destaca derivan, fundamentalmente, de la existencia en nuestro derecho de varias acusaciones. Para solucionar estos problemas, propone como medida intermedia una nueva estructura orgánica del Ministerio Fiscal, haciendo que realice la función constitucional de procurar la satisfacción del interés social (art. 124 C.E.) y asumir esa función de «Magistratura de amparo» con el que ha sido denominado⁹⁷.

No obstante, es de justicia señalar, como hemos anunciado *supra*, que el sistema procesal penal español no es puramente inquisitivo, en primer lugar, porque rige el principio acusatorio de forma plena en el juicio oral y, en segundo término, se conjuga el principio acusatorio junto con el inquisitivo en el propio período instructorio, y no sólo porque la Exposición de Motivos de la LECr se encarga de recalcarlo (el juez instructor "deberá acordar que se comuniquen los autos al procesado desde el momento en que la publicidad y la contradicción no sean un peligro para la sociedad interesada en el descubrimiento de los delitos y en el castigo de los culpables"), sino también porque, además de la defensa, el fiscal puede intervenir e interviene incluso preceptivamente en algunos casos en la fase sumarial (archivo de actuaciones, libertades, etc.) atenuando el secreto y, por tanto, la inquisitorialidad, aunque estas intervenciones del fiscal sean mínimas⁹⁸. Ha contribuido a ello la reforma por Ley 53/1978, anteriormente mencionada, por la que se modificó la redacción del art. 118 de la LECr, ya que supuso un avance importante hacia la instauración del principio acusatorio en la

⁹⁷ En esta misma línea, DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., p. 192, afirma que conforme a las nuevas pautas del principio acusatorio, el órgano jurisdiccional debe ocupar una posición distante de las partes, de neutralidad, produciéndose una alteración en el panorama probatorio del proceso penal, al desaparecer el órgano jurisdiccional como sujeto activo de la misma. Y en lo que se refiere al MF, debe diseñarse desde una perspectiva garantista y separada del Poder Ejecutivo, que le permitiría asumir muchas funciones del órgano jurisdiccional.

⁹⁸ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario"..., pp. 161 y 162.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

fase sumarial, al posibilitar el ejercicio del derecho de defensa desde el inicio del procedimiento contra una persona, y, en consecuencia, se le permite intervenir directamente en la formación del sumario, frente a la redacción anterior que sólo permitía el nombramiento de letrado desde el auto de procesamiento, que se acordaba casi al tiempo de concluir el sumario, unido a la excesiva importancia dada a las diligencias del sumario, lo que suponía que el procesado careciese de defensa a lo largo de la investigación sumarial⁹⁹.

De hecho, el TC, ha exigido en sentencia 145/1988, de 12 de julio, la separación de los órganos de instrucción de los de enjuiciamiento. La sentencia resolvió las cuestiones de inconstitucionalidad formuladas contra la LO 10/1980, afirmando: "Es precisamente el hecho de haber reunido el material necesario para que se celebre el juicio o para que el tribunal sentenciador tome las decisiones que corresponda y el hecho de haber estado en contacto con las fuentes de donde procede ese material, lo que puede hacer nacer en el ánimo del instructor prevenciones y prejuicios respecto a la culpabilidad del acusado quebrantándose la imparcialidad objetiva que intenta asegurar la separación entre la función instructoria y la juzgadora".

Esta exigencia del principio acusatorio supone la materialización de los principios "ne procedat iudex ex officio" y "nemo iudex sine actore", y significa que el juez que instruye no debe juzgar, en consecuencia, éste en el enjuiciamiento de los hechos, debe mantenerse en una posición imparcial, cuyo apoyo constitucional deriva del art. 24¹⁰⁰.

2.4. Tesis doctrinales.

En este tema, como en tantos otros, doctrina y jurisprudencia se

⁹⁹ cfr., MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial..., pp. 141 y 142.

¹⁰⁰ Cfr., MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción del principio..., pp. 35 a 37.

Protección penal del secreto sumarial.

hallan enfrentados, ya que aún considerando la tendencia aperturista actual por parte del Poder Judicial, éste sigue restringiendo la publicidad, mientras que parte de la doctrina está realizando una continua interpretación jurídica que acabe de una vez con el carácter secreto de las diligencias penales, y que implique el definitivo asentamiento del principio de publicidad.

Sin embargo, no son pocas las voces discrepantes que encontramos también en este último sector¹⁰¹. Así, la postura más favorable a la mayor extensión posible del principio de publicidad considera los planteamientos actuales de nuestra regulación procesal, incompatibles con el mandato constitucional de publicidad¹⁰². Esta postura está representada por quienes señalan que el artículo 301 de la LECr -referido, por tanto, al secreto externo- todavía sigue afirmando que las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, cuando en opinión de los mismos, "a la luz de la doctrina constitucional, el principio se ha de enunciar justo al revés. El derecho a un proceso público (artículo 24.2 C.E.) y a la publicidad de las actuaciones judiciales (artículo 120.1 C.E.) abarca toda la fase de instrucción del proceso penal. La vigencia del principio inquisitivo no autoriza actuaciones secretas, ni mucho menos clandestinas. La facultad de investigar no se coarta porque se haga con publicidad"¹⁰³.

De otro lado, se pone de relieve que mantener hoy el secreto sumarial externo, es una arcaica pretensión de imposible efectividad material, en base a ciertos datos, poniendo a título de ejemplo, en primer lugar, aquellos juzgados

¹⁰¹ Algunas de ellas son recogidas por BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 447.

¹⁰² Así, son partidarios de esta tendencia aperturista, entre otros, VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 42. RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario...", pp. 160 y ss. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, El proceso penal: tercera lectura Constitucional, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1993. p. 174. BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 447. GARCÍA HERRERA, Miguel Angel, "Estado democrático y libertad de expresión", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 65, 1982, p. 151.

¹⁰³ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, El proceso penal: tercera lectura..., p. 174.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

en los que por exceso de trabajo no es posible cumplir el principio de inmediación judicial, se produce una distribución irracional del trabajo por el personal, pues el dominio real de las diligencias radica en el oficial actuante como representante judicial, y no en el juez o secretario. A ello se añade, en segundo lugar, la calificación del sumario como complejo, de larga duración y decisivo en exceso a la hora de dictar sentencia, conculcándose así, el art. 24. 2 C.E. ("derecho a un proceso público sin dilaciones indebidas"), el 120.2 ("El procedimiento será predominantemente oral, sobre todo en materia criminal") y el 324 de la LECr (del que se deduce que la regla es que el sumario no dure más de un mes). En tercer lugar, la permanencia en esencia del principio inquisitivo en el período instructorio (encajando este sistema más cómodamente en un régimen político autoritario, transpersonalista) cuando el sistema de un Estado democrático de Derecho debe ser consecuente con el principio acusatorio que se caracteriza por la publicidad, por la oralidad, con garantía de imparcialidad por parte del juez, el cual no asume el papel híbrido de acusador y juzgador. En cuarto término, problemas de justicia penal -como determinadas exigencias constitucionales derivadas de los artículos 1, 9, 14, 20, 24, 117, 120 y 121, y que todavía no han sido articuladas- a los que el secreto sumarial contribuye a agudizar. Todo ello, con el agravante de la inadaptación jurídica entre el mandato constitucional que prescribe la publicidad como regla general, y la LECr que mantiene como principio el secreto del sumario. Como consecuencia de este panorama tan disfuncional, se propone la derogación del art. 301 de la LECr proclamando la publicidad del sumario con sus correspondientes excepciones conformadas por el respeto a los derechos fundamentales y las libertades públicas del Título I de la C.E., representada particularmente en el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, en segundo término, por razones de seguridad del Estado, incluso extendiendo al nuevo sumario ya público la facultativa declaración que prevé para la celebración del juicio oral el art. 680, 2º párrafo de la LECr¹⁰⁴.

¹⁰⁴ RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, "La publicidad del sumario...", pp. 161 a 166.

Protección penal del secreto sumarial.

Los autores partidarios de la publicidad absoluta en el proceso, consideran que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva del art. 24 C.E. se consigue sin necesidad de acudir a ninguna fórmula de secreto, propia de la ideología de los Estados autoritarios, sino que la vía correcta para alcanzarlo debe consistir en un control popular que posibilite el funcionamiento correcto de la justicia, partiendo del precepto constitucional que proclama que la justicia se ejercita en nombre del pueblo¹⁰⁵. En este sentido, no se debe afirmar que el derecho a la presunción de inocencia y el derecho del público a ser informado juegan sobre planos diversos. La preocupación que la información pueda producir al imputado desaparece a través de la capacidad de crítica de la colectividad y la actitud de los órganos de información de dar la noticia de manera que se respete el derecho a la presunción de inocencia¹⁰⁶. En coherencia con esta función, la esfera pública de información y discusión debe poder reflejar todos los momentos de la actividad de la justicia, porque "el rechazo del control público como condición de imparcialidad de la justicia, no significa protección real de condicionamientos sociales, sino ocultamiento sistemático de tales condicionamientos detrás de privilegios formales", de forma que los intereses teóricamente protegidos mediante el secreto, a saber, la eficacia en la adquisición de la prueba y el derecho al honor e intimidad del imputado no justifican la actual disciplina normativa¹⁰⁷. El problema estriba en la forma de articular ese control y en la capacidad efectiva del pueblo para llevarlo a la práctica.

¹⁰⁵ GARCÍA HERRERA, Miguel Angel, "Estado democrático...", pp. 151 y 152.

¹⁰⁶ VERDE, Giovanni, "Informazione, nell'iniziativa processuale, segreto e dissenso", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 115 y 118. DALL'ORA, Alberto, "Giustizia e libertà in tema di segreto processuale", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 255 a 271.

¹⁰⁷ PULITANÒ, Domenico, "Potere d'informazione e giustizia: per un controllo democratico sulle istituzioni", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 144 y 165 a 168. FERRARO, Bruno, "Brevi considerazioni in materia di segreto istruttorio, diritto di cronaca, reati di opinione e critica giudiziaria", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 416.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

La doctrina, en definitiva, mayoritariamente aboga por el levantamiento del secreto del sumario, alegando que la publicidad sumarial puede alertar a la opinión pública de la relevancia de determinados hechos, con lo cual consideran prevalente el interés de la opinión pública a estar bien informada sobre el interés público a que el juicio se desarrolle sin presiones¹⁰⁸.

Por contra, y en el polo opuesto se encuentra la postura¹⁰⁹ de los que, siguiendo fielmente el contenido de los artículos 299 y siguientes de la LECr, consideran el secreto sumarial como una excepción necesaria al principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

Las razones aducidas en favor del mantenimiento del sumario pueden concretarse en las tres siguientes:

Primera: una razón de eficacia, es decir, técnico-procesal: *el interés público en hallar la verdad*¹¹⁰. Razón deducida directamente de la Exposición de Motivos de la LECr "es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde han de depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público".

Se alega, así, que el principio general de secreto sigue siendo fundamental no sólo porque beneficia la función investigadora sino porque a nadie perjudica. La revelación del sumario por parte del juez de instrucción perjudica al público,

¹⁰⁸ MANZANARES, José Luis; CREMADES, Javier, Comentarios..., p. 118.

¹⁰⁹ Así, AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios..., pp. 234 a 256. PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p.133. Favorable también a esta postura se encuentra SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "El secreto sumarial como límite...", p. 293. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Secreto sumarial y libertad...", p. 432, lo admite siempre que se aplique con unos requisitos muy estrictos.

¹¹⁰ Cfr., CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 47 a 51, quien afirma que la búsqueda de la verdad es la justificación que da la doctrina tradicional sobre el fundamento del secreto instructorio.

Protección penal del secreto sumarial.

a la justicia y ataca a la verdad que sólo puede conocerse en el juicio oral¹¹¹.

En concreto, se afirma, que al regularse una fase del proceso penal preparatoria del juicio, es imprescindible que se mantenga secreta para averiguar la perpetración de los delitos y los responsables de los mismos y para asegurar su persona y sus responsabilidades económicas¹¹².

Abundando en este argumento, Aguilera de Paz¹¹³ mantiene la indispensable reserva en la instrucción para que la sociedad o el individuo ofendido por el delito se coloquen en medios de defensa adecuados al inesperado ataque del ofensor, durante cuyo período se justifica el carácter secreto del sumario, a fin de recoger los comprobantes del delito, para compensar la desigualdad de condiciones en que se encuentra la sociedad en relación al culpable a quien, por este motivo, no puede dársele intervención en dicho estado del procedimiento. Este autor entiende, por otro lado, que no sólo debe ser reservado el sumario para el presunto culpable sino que puede serlo también para el acusador particular, en la medida en que no obstante el interés indiscutible de la acusación particular en el éxito de la acción penal, pudiera ser perjudicial para los fines de la justicia el conocimiento por dicha parte de determinados datos aportados al sumario. Es, en definitiva, partidario de mantener el secreto del sumario, tanto *extra* como *intra* partes.

En efecto, se advierte que el secreto sumarial "se establece, fundamentalmente, para igualar las fuerzas en oposición (...) y al propio tiempo se convierte en una garantía que facilita la investigación, evitando que el culpable conozca las «pistas» de la instrucción y pueda frustrarlas equivocando la acción

¹¹¹ ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "la publicidad del sumario"..., p. 181.

¹¹² PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 133.

¹¹³ AGUILERA DE PAZ, Enrique, Comentarios..., pp. 238 a 243.

de la justicia"¹¹⁴.

Mantener la *publicidad* en esta fase de la instrucción "pondría en peligro el éxito de los primeros pasos que se realizan en procura de la verdad, pues se trata de un período de formación y construcción de las pruebas que generalmente exigen actos sucesivos, para cada uno de los cuales puede ser un obstáculo la publicidad de los anteriores. El hecho de que terceras personas conozcan los elementos que se van reuniendo, si la investigación no se realiza en una sola oportunidad, puede facilitar la desaparición o tergiversación de las pruebas, incluso por una obra ilícita que escape al control judicial"¹¹⁵.

En este sentido, Mele¹¹⁶, influenciado por Manzini, cuando afirmaba que el secreto instructorio, tiene como finalidad evitar que el imputado aporte noticias que puedan desviar el correcto curso de la justicia, de conseguir una falsa prueba, de preparar una defensa artificiosa o de evitar la regular actividad del juez, afirma que el secreto instructorio (interno) parte del presupuesto de la actuación de un imputado probablemente deshonesto, ciertamente culpable, que desvía, en efecto, el curso de la justicia, mientras que el imputado inocente no tiene interés alguno en desviar el recto curso de la justicia, creando una falsa realidad, sino al contrario. El secreto instructorio, por tanto, es un modo de considerar al imputado culpable y, en consecuencia, tiene como finalidad evitar los obstáculos a la actividad de la justicia dirigida a alcanzar la prueba. Desde este punto de vista, la razón del secreto instructorio, a su entender, debe

¹¹⁴ JIMÉNEZ ASENJO, Enrique "Concepción técnico-jurídica...", p. 597.

¹¹⁵ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal, tomo I..., pp. 393 y 394. Este autor aclara (p. 393) que el término *publicidad* de la instrucción puede referirse a la verdadera publicidad, o sea al libre acceso del público a la sala donde se cumple dicha actividad, o puede ir referida al hecho de que aquélla sea abierta para las partes, haciendo posible la intervención del imputado y su defensor. La publicidad a que alude en el texto es la que él denomina la "verdadera publicidad", es decir, la publicidad para los extraños, al que se opone en la fase sumarial en base a los motivos expuestos, regla que opera en sentido contrario para las partes, es decir, considera que el sumario debe ser público para las partes.

¹¹⁶ MELE, Vittorio, Il segreto istruttorio..., pp. 89 y 146 a 161.

Protección penal del secreto sumarial.

concretarse en el principio del *libre convencimiento del juez*, que implica un doble orden de procedimientos: uno relativo a la adquisición de la prueba y otro relativo a la valoración de la misma. Constatada la imposibilidad de conseguir la certeza objetiva y absoluta, el convencimiento del juez debe ser libre no sólo en el sentido de autonomía de valoración, sino también en el sentido de que la valoración debe ser el fruto del examen objetivo de la prueba, sólo subordinado a la lógica y al derecho. En consecuencia, *libre convencimiento* significa convencimiento *no influenciado subjetivamente* y de esta afirmación deriva otra, esto es, *libre* significa puro, *no necesitado, no determinado*, ni a favor, ni en contra del imputado¹¹⁷.

En una línea más moderada, se afirma que independientemente del interés procesal en la mejor averiguación de la verdad, en la mayor parte de los casos las partes en el proceso tienen un interés común en no ver divulgadas determinadas noticias, así, junto a la función de asegurar la espontaneidad de la prueba y conseguir la averiguación de la verdad, se tutelan directa o indirectamente otros intereses, como la reputación de la persona implicada en un procedimiento penal, la serenidad e independencia de la justicia contra la posibilidad de interferencias de cualquier género. No obstante, esta multiplicidad y heterogeneidad de intereses, no excluyen que la base del secreto instructorio es un interés público y, más concretamente, un interés procesal que representa su fundamental razón de ser. Los intereses particulares son indirectamente tutelados a través del secreto sumarial¹¹⁸.

Partiendo del *iter* argumental de la Sentencia 13/1985, que estima que el secreto del sumario busca lograr *una segura represión del delito*, dentro de la

¹¹⁷ En sentido crítico, ILLUMINATI, Giulio, La presunzione d'innocenza dell'imputato, 6ª ed., Bologna: N. Zanichelli, 1984, p. 74. De igual modo, críticamente, CONCAS, Luigi, La garanzia penale del segreto istruttorio..., pp. 51 a 53.

¹¹⁸ PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio..., p. 145.

doctrina española, Del Moral García y Santos Vijande¹¹⁹, juzgan incuestionable que la eficaz represión del delito es un valor constitucionalizado tanto desde el prisma del derecho fundamental a la seguridad (art. 17.1 C.E.) -que exige arbitrar los medios los medios legales más idóneos para prevenir y, en su defecto, castigar la comisión de delitos-, como desde el punto de vista del interés de la justicia, valor superior del Ordenamiento ex art. 1.1 C.E. En este sentido, el secreto sumarial se constituye en garantía institucional del derecho fundamental a la seguridad y del valor constitucional de la justicia, esto es, trata de evitar la frustración a limine de la justicia penal y de su necesaria eficacia en la represión del delito, como expresión de la seguridad individual y colectiva que la Constitución proclama.

Segunda: protege el honor del inculpado si éste posteriormente resulta absuelto¹²⁰.

A este respecto explica Vélez Mariconde, "si consultamos la *situación del sospechoso*, tampoco puede convenirle, desde luego, una publicidad que acrecienta los peligros de la instrucción en cuanto a su fama, pues lo coloca prematuramente en el banquillo de los acusados, es decir, sin una seria y detenida investigación. (...). No es difícil imaginar el daño moral que esta publicidad de la instrucción causa al imputado, cuando un sobreseimiento o una absolución ulterior demuestra que después de todo es inocente, que el auto de procesamiento fue injusto. Especialmente cuando la prensa difunde el concepto

¹¹⁹ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., pp. 73 a 77.

¹²⁰ MANZANARES, José Luis; CREMADES, Javier, Comentarios..., pp. 116 y 117. LA MONACA, Giuseppe, "Segreto istruttorio e tutela della persona", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 435. MADDALENA, Marcello, "Sull'abolizione del segreto istruttorio", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 445. JIMÉNEZ ASENJO, Enrique, "Concepción técnico-jurídica...", p. 597, considera que esta razón es adicional y la expone del siguiente modo: "el sumario cumple la misión de impedir que se manche la reputación ajena con la divulgación de noticias que puedan resultar falsas o inconvenientes".

Protección penal del secreto sumarial.

de que aquél es culpable -lo que arraiga fácilmente en el seno de la colectividad (sobre todo cuando ella también ansía el castigo del delincuente que ha logrado conmovérsela)- ese daño resulta irreparable"¹²¹.

En una línea más precisa, Illuminati¹²², parte de lo simplista del argumento consistente en considerar que la solución viene dada por la vía de prohibir genéricamente la publicación de los actos referentes a la dignidad y a la reputación del individuo, y aún reconociendo que el descrédito puede ser menos grave por una noticia que circula en un ámbito reducido que por la difusión amplia de una publicación, considera conveniente apelar a una mayor precisión en este punto y para ello diferencia entre el secreto externo e interno. Así, admite como innegable que el derecho de defensa del imputado encuentra un sólido fundamento en el art. 27 de la Constitución italiana¹²³ y que la única justificación convincente del mantenimiento del secreto externo es la tutela de la reputación del individuo¹²⁴, mientras que el mantenimiento del secreto instructorio interno, a *sensu contrario*, sí puede, en opinión de este autor, entrar en conflicto con el derecho a la presunción de inocencia en la medida en que lo concibe como un obstáculo a la concreta posibilidad del imputado de defenderse¹²⁵.

¹²¹ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal, tomo I..., pp. 394 y 395.

¹²² ILLUMINATI, Giulio, La presunzione d'innocenza dell'imputato..., p. 74.

¹²³ Un estudio sobre el art. 27.2 de la Constitución italiana y la polémica entre las escuelas penales en torno a la presunción de inocencia, puede verse en la obra de VEGA TORRES, Jaime, Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal, Madrid: La Ley, 1993, pp. 20 a 32.

¹²⁴ Esta línea de pensamiento ya había sido apuntada por CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 88 a 93, siguiendo a la doctrina francesa que ha justificado frecuentemente la garantía del secreto instructorio en la tutela de la reputación del imputado.

¹²⁵ En sentido contrario, PISANI, Mario, "La tutela penale della riservatezza...", en Rivista italiana..., p. 804, y el mismo autor, en Il diritto alla riservatezza..., p. 153, excluye que se pueda hablar de un derecho a la reserva del imputado sobre la base del art. 27 de la Constitución italiana, que garantiza la presunción de inocencia del imputado, esto es, descarta que la tutela de la intimidad del imputado pueda servir de fundamento para limitar el derecho a la libertad de expresión. Igualmente, MAZZUCA, Titta, "Il mito del segreto istruttorio", en Giustizia e informazione. Atti del
(continúa...)

En la doctrina italiana se ha concedido especial interés a la discusión sobre si la razón de la compleja incriminación de la violación del secreto instructorio debe fundamentarse prevalentemente en la tutela de un interés propio de la Administración de justicia¹²⁶, o bien, en la tutela de la intimidad de la persona implicada en el proceso penal¹²⁷.

¹²⁵(...continuación)

XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 451. E, igualmente, PULITANÒ, Domenico, "Potere d'informazione e giustizia: per un controllo democratico sulle istituzioni", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 166, concretando que la única vía que se debe admitir para justificar restricciones a la publicidad viene determinada omitiendo el nombre de la persona implicada.

¹²⁶ Así, por ejemplo, PIOLETTI, Ugo, "La tutela del segreto istruttorio e della riservatezza nel procedimento penale", en Rivista Il politico, 1966, p. 151 y 159. BAROSIO, Vittorio, "Il divieto di pubblicare atti o documenti relativi ad una istruzione penale e la sua compatibilità con gli artt. 3 e 21 Cost", en Giurisprudenza costituzionale, 1966, pp. 185 a 187, quien partiendo de la argumentación de la sentencia que comenta de que la libertad de prensa garantizada en el art. 21 de la Constitución italiana y de gran importancia en la vida social, puesto que aglutina un conjunto de intereses dignos de tutela, es preciso ponerla en relación con el secreto procesal y para ello, no se puede desconocer la diferencia que existe entre el secreto instructorio interno y el externo, caracterizado como prohibición de publicar los actos instructorios. Aun admitiendo que la revelación de persona a persona es menos dañosa que la revelación masiva que provoca la publicación en prensa, no es menos cierto que la prensa cumple una trascendente función social, y en este sentido, no se explica que la tutela del secreto instructorio en la confrontación con esta libertad de prensa deba significar un reforzamiento del primero que implique una prohibición total de publicación sino que esta prohibición debe ser excepcional teniendo en cuenta la distinción entre unos actos y otros. En esta línea, afirma el autor, que no se puede negar que los artículos comentados son esenciales para garantizar el buen funcionamiento de la Administración de Justicia, no obstante, las orientaciones doctrinales consideran perjudicial para los intereses de la justicia las normas que dan lugar al secreto instructorio interno, y, en cambio, no debe existir ninguna duda sobre el valor positivo de las disposiciones que tutelan el secreto instructorio externo en la medida en que aseguran la serenidad y la independencia del juez frente a las influencias externas del momento.

¹²⁷ Así, MASSA, Michele, "Sulla legittimità costituzionale degli artt. 684 c.p. e 164 c.p.p.", in Rivista italiana di diritto e procedura penale, nuova serie, anno VII, fasc 1, gennaio-febbraio, 1964, pp. 304 a 309, quien destaca la protección del derecho a la intimidad como razón primera de la incriminación del secreto instructorio, predicada en primer lugar respecto a los imputados. En este sentido, el derecho público a la información que prevalece sobre la intimidad del imputado durante la fase de juicio oral, debe sucumbir durante la instrucción, porque el interés público a la información no debe existir hasta que no llega el juicio oral. Finalizada la instrucción e iniciado el juicio oral, todo cambia. En este caso, la exigencia de publicidad debe ser prevalente a cualquier otro interés. En todo caso, concluye que la libertad de prensa no debe ser entendida como libertad «contra» el individuo porque encuentra la razón de su reconocimiento en la medida en que debe «servir» al individuo.

Protección penal del secreto sumarial.

En España, Del Moral García y Santos Vijande¹²⁸, abundan en el análisis de la salvaguarda del honor de los afectados en el proceso penal, partiendo de la idea de que la preservación del honor no es el fundamento prioritario del secreto sumarial, no obstante, consideran acertado el reconocimiento como derecho fundamental del derecho al honor, lo que exige, en relación con la justicia penal, que el Estado arbitre mecanismos razonables, proporcionados y eficaces, que protejan a los ciudadanos frente a las consecuencias indeseables del deber de proceder por vía penal ante la *notitia criminis*. En este sentido, juzgan conveniente vincular la protección que otorga al imputado el secreto sumarial con exigencias irrenunciables de su derecho al honor, toda vez que la presunción de inocencia, en su opinión, se tiene frente al poder punitivo y sancionador del Estado, constituyéndose la inocencia, al margen del ejercicio del *ius puniendi*, en un elemento integrante del honor de las personas.

Tercera: evita influencias o presiones que distorsionarían la finalidad de esta fase del proceso¹²⁹.

"La tergiversación de pruebas puede derivar del simple efecto pernicioso que la publicidad es capaz de producir en el ánimo de personas llamadas a testificar después de conocer otras pruebas (especialmente testimonios), por la influencia sugestiva que pueden sufrir, máxime si es favorecida por la debilidad mental o la pasión"¹³⁰.

En una línea más actual¹³¹, se aduce que el interés público en el éxito de la investigación judicial, puede verse menoscabado por una información

¹²⁸ DEL MORAL GARCÍA, Antonio, SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 77 a 83.

¹²⁹ Sobre la exposición de estas razones, cfr., ÁLVAREZ PÉREZ, Terenciano, "La publicidad del sumario"..., p. 175 a 177.

¹³⁰ VÉLEZ MARICONDE, Alfredo, Derecho procesal penal, tomo I..., p. 394.

¹³¹ PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", pp. 11 a 13, y 20 y 21.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

prematura, es decir, si bien la publicidad es una garantía para los justiciables y para el regular desarrollo del proceso, en ocasiones, puede convertirse en una amenaza para un juicio justo e imparcial y para el derecho de defensa propiamente dicho, y por tal motivo, se aboga por el mantenimiento del secreto sumarial, entendido no como una excepción a una regla absoluta, sino que se debe partir de unas necesarias reglas concretas que operen en casos puntuales, que limitarán el área de la ponderación, imponiendo soluciones claras a priori para determinados supuestos¹³².

Adelantándose a la doctrina emanada del TC, Gómez-Reino¹³³ ya afirmó que en el proceso penal el principio de publicidad concurre con otro principio del mismo rango: la garantía del justiciable. Así, en la fase sumarial la garantía del presunto culpable reivindica el secreto. De este modo, la derogación del principio de publicidad viene impuesta por la existencia de un interés constitucionalmente protegido: el derecho a una justicia independiente.

Partidario, asimismo, de evitar la publicidad externa y, desde luego, la mediata, se muestra Joan Verger¹³⁴, porque la publicidad en esta fase del proceso implica prejuzgar al denunciado antes de tiempo, en la medida en que el centro de gravedad que corresponde al juicio oral se desplaza a la imputación,

¹³² Esta postura es tentadora, por su coherencia. No obstante, entendemos -lo repetiremos a lo largo de este capítulo- que la razón de existencia del secreto sumarial externo, tal como se interpreta actualmente, no es tanto el interés público en el éxito de la investigación judicial -para ello, se mantiene el secreto interno en el art. 302 de la LECr- cuanto el derecho a un juicio justo, con todas las garantías. Siguiendo esta argumentación, no es necesario acudir a reglas concretas para conceder preferencia, bien al secreto, bien a la publicidad, según los casos, sino que partiendo de que el bien jurídico protegido es la defensa de un juicio con todas las garantías, habrá que establecer un criterio ponderativo, para determinar cuál de los dos principios en el caso concreto es el que tutela este interés, para considerarlo prevalente. En nuestra opinión, pues, el secreto sumarial que en su aspecto externo no es facultativo sino obligatorio por imposición del art. 301 de la LECr, no debe ser objeto de ponderación a la luz del derecho de defensa o a un proceso público porque entendemos que su mantenimiento no lesiona estos derechos, al contrario, sirve, precisamente para garantizar un juicio justo e imparcial.

¹³³ GÓMEZ-REINO Y CARNOTA, Enrique, "El principio de publicidad...", p. 118.

¹³⁴ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 209.

Protección penal del secreto sumarial.

afectando a la presunción de inocencia, al derecho al honor, a la propia imagen, y más grave, los medios de comunicación, sobre todo, pueden influir en el ánimo del Tribunal, haciendo muy difícil una total imparcialidad, introduciendo elementos extraídos de las informaciones publicadas que pueden actuar como auténticas pruebas de cargo vulnerándose el derecho de defensa. Por tanto, este autor¹³⁵, parte de la idea de que la finalidad esencial de la limitación de la publicidad en la instrucción es la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo; pensar en otro sentido, esto es, considerar que la finalidad es solamente el éxito de la investigación o el derecho al honor, supone, primero, admitir la conclusión a la que llega la STC 13/1985, cuando afirma que el secreto de sumario no está exigido directamente por ningún precepto constitucional, segundo, que la "licitud" de la fuente de la información es imposible de comprobar, tercero, por otro lado, el derecho a la información es un derecho preferente, lo que implica que el derecho al honor o a la propia imagen no se ve vulnerado cuando el medio de comunicación se limita a difundir datos procedentes de procesos, esto es, si la reproducción de los hechos es fiel. Para este autor, con esta doctrina se llega a una especie de fraude de ley, porque no permite al imputado querellarse por calumnias causadas en un juicio, cuando los medios de comunicación, burlando el secreto del sumario, sólo realizan un reportaje "neutral", limitándose a reproducir la fotocopia de la denuncia o de la querrela que han obtenido por otros medios, bastando con que el hecho de la denuncia sea cierto para no incurrir en responsabilidad, a pesar de haberse dañado, sin embargo, el honor que el legislador quería preservar. Para solucionar este conflicto, el autor propone tener en cuenta el art. 20.4 C.E., que prevé como límite a la información el respeto a los derechos reconocidos en este Título (entre ellos, los del art. 24, en especial, la imparcialidad, la presunción de inocencia y el derecho a un juicio justo), el art. 10.2 del Convenio Europeo, que autoriza restricciones a la libertad de prensa para garantizar la imparcialidad del tribunal, la doctrina anglosajona del Contempt of Court, que prioriza el juicio

¹³⁵ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 222 a 228.

justo, el cual no es concebible sin la imparcialidad del jurado, y, por último, la doctrina del TC, de la necesaria ponderación¹³⁶, que permite limitar el derecho a la información, en virtud de la protección de la presunción de inocencia, la imparcialidad del jurado y el juicio justo. Concluye que puede limitarse el ámbito de la publicidad con medidas distintas a las del secreto, tendentes a limitar más bien la "publicabilidad" que la simple publicidad externa, entre ellas la prohibición temporal de publicar determinada información que interfiere gravemente en el curso de la justicia o en la presunción de inocencia, o en el "prior restraint" inglés.

Varios autores¹³⁷ se muestran partidarios de la defensa del secreto

¹³⁶ Así, en STC 219/1992, de 3 de diciembre, que recuerda que, precisamente porque el ejercicio de la libertad de información puede entrañar la limitación de otro derecho fundamental (...), en el juicio de ponderación debe operar, junto a otras circunstancias (...) el criterio de proporcionalidad, como canon de constitucionalidad, que exige que toda acción deslegitimadora del ejercicio de un derecho fundamental adoptada en protección de otro derecho fundamental que se enfrente con él, sea equilibrada de ambos derechos y proporcionada en el contenido y finalidad de cada uno de ellos. Igualmente, la STC 320/1994, de 28 de noviembre, afirma que "la solución consistirá en otorgar preferencia de su respeto a uno de ellos, justamente a aquel que lo merezca, tanto por su propia naturaleza, como por las circunstancias concurrentes en su ejercicio (...) no se trata, sin embargo, de establecer jerarquías de derechos ni prevalencias a priori, sino de conjugar desde la situación jurídica creada, ambos derechos o libertades, ponderando cada uno de ellos, en su eficacia recíproca, para terminar decidiendo y dar preeminencia al que se ajuste más al sentido y finalidad que la Constitución señala, explícita o implícitamente" (FJ 2).

¹³⁷ SENENT MARTÍNEZ, Santiago, "El secreto sumarial como límite...", p. 293. En este sentido, PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio..., pp. 226 y 227, propugnó la inclusión de un delito de "indebida interferencia en la actividad judicial", siguiendo los postulados del sistema de Contempt of Court anglosajón, delito que debe referirse tanto a la fase instructoria como a la fase de juicio oral, inspirada en la evidente necesidad de asegurar el sereno desenvolvimiento de la función judicial. Para llegar a esta conclusión, Pisapia (pp. 231 a 236) afirma que el problema del secreto sumarial presenta un aspecto técnico procesal y un aspecto político social. Es urgente, en consecuencia, una profunda reforma del proceso penal italiano, adecuando la instrucción sumaria a los principios del sistema acusatorio. De esta forma, la utilidad del secreto instructorio como medio para una mejor averiguación de la verdad es discutible no sólo por el problema de las limitaciones que comporta para la defensa de la parte, sino también por un problema estrictamente técnico, a saber, se parte del hipotético presupuesto de que el imputado sea culpable y, en consecuencia, que su intención sea desviar el curso de la justicia. Ahora bien, independientemente del precepto constitucional que impone que el imputado no puede ser considerado culpable hasta dictar sentencia, de hecho, puede que el imputado sea efectivamente inocente; en tal caso, no sólo no tiene motivo alguno para desviar el curso de la justicia, sino un interés exactamente opuesto, que puede coincidir exactamente con la finalidad del proceso y que puede encontrar en el secreto instructorio, un obstáculo a la objetiva y pronta realización. Partidario, asimismo, del sistema anglosajón se muestra BARTOLI, Domenico, "Quarto potere e prassi della libertà", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

sumarial tomando como modelo el sistema anglosajón, y así, se considera que la facultad del juez de prohibir la difusión de noticias obtenidas al margen del sumario, siempre que éstas puedan afectar a la imparcialidad de un juicio, debería regularse legalmente, pues a la luz de los Tratados Internacionales suscritos por España, no sería contrario al espíritu constitucional tal regulación.

Asimismo, se propone como garantías que deben acompañar a dicha facultad: la delimitación precisa de las circunstancias en que sería utilizable, la ausencia de una vía alternativa menos restrictiva para la libertad de expresión y la delimitación precisa de la información cuya publicación se prohíbe, así como el tiempo concreto en que debe mantenerse tal prohibición¹³⁸.

El planteamiento consistente en considerar el secreto sumarial como necesario se sostuvo por la Fiscalía General del Estado en la Instrucción 3/93 antes citada, afirmando que "En contra del secreto instructorio no puede invocarse la Constitución. Esta no impone ningún secreto pero consiente al legislador ordinario de revestirse del instrumento del secreto para la tutela de intereses constitucionalmente relevantes. El régimen jurídico de la publicidad en el proceso penal se regula, como es sabido, en los artículos 301 y 302 de la LECr; tales preceptos dibujan un sistema en el que la fase instructoria, hasta que

¹³⁷(...continuación)

dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 59 a 61, aun reconociendo las dificultades para importar tal sistema y la necesidad de revisión de la concepción del secreto instructorio. BONELLI, Giovanni, "Il segreto istruttorio e l'imparzialità del magistrato" en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 388 y 389. LA CAVA, Vittorio, "Segreto istruttorio e segreto d'ufficio", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, p. 433, considera, en este sentido, que se debe prohibir toda anticipación de juicio mediante la institución de una nueva figura delictiva, como pueda ser la indebida interferencia en la actividad judicial.

¹³⁸ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Secreto sumarial y libertad..", p. 432. Se adhieren a esta postura, DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 122, con matizaciones, a saber, esas prohibiciones son admisibles con mayor amplitud en las declaraciones de testigos que cuando se trate de terceros y, en segundo lugar, el plazo que se postula puede resultar muy difícil de fijar a priori, pudiendo servir como modelo el diseño establecido para el secreto interno: plazos susceptibles de prórroga.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

se abra el juicio oral, está presidida por el secreto de las actuaciones, sólo públicas para las partes personadas que podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento, con la posibilidad excepcional de que el Juez de Instrucción, de oficio o a propuesta del Fiscal o de cualquiera de las partes, pueda declararlo, total o parcialmente secreto para todas las partes personadas".

Por otro lado, el legislador sigue manteniendo su tendencia favorable a la mayor amplitud posible del secreto en el proceso penal, si tenemos en cuenta que el art. 789 de la LECr que admitía que las diligencias previas estuvieran libres de secreto, se ha modificado por ley 10/1992, de 30 de abril, B.O.E. de 5 de mayo, en cuyo art. 789.4, último inciso establece expresamente: "Es de aplicación a estas diligencias lo dispuesto en los artículos 301 y 302".

Somos partidarios de la vigencia de la publicidad como principio ordenador del proceso penal. Principio que juega plena eficacia en la fase de juicio oral. Ahora bien, como derecho fundamental que es (vinculado al art. 24.2 de la C.E.), no lo concebimos de una forma absoluta sino sujeto a ponderación, de forma que deberá decaer cuando entre en conflicto otros intereses que gocen de preferencia en el caso concreto. En consecuencia, somos partidarios de mantener el secreto sumarial externo, no para conseguir la segura represión del delito interno, lo que supondría considerar al secreto como valor *per se* digno de protección, sino que debemos encontrar el fundamento del mismo acorde con el texto constitucional, en concreto, considerarlo como *instrumento* para asegurar un juicio con todas las garantías, como manifestación del art. 24.2 de la C.E. que consagra la tutela judicial efectiva¹³⁹, en concreto, la imparcialidad del juzgador. Es decir, el

¹³⁹ Siguiendo en este punto a VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional...", p. 103, es preciso matizar que se habla de derecho a la tutela jurisdiccional en dos sentidos: uno *amplio*, que comprendería todas las garantías que se contienen en el art. 24 de la C.E., y otro *estricto*, que intentaría dar al derecho reconocido en el nº 1 del art. 24 un contenido propio, independiente de las garantías particulares a que se hace referencia en el nº 2. Ciertamente, como señala este autor, no son concepciones incompatibles. El uso amplio del concepto es perfectamente legítimo, pues las
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

secreto externo sólo es admisible, cuando la información que se limita en virtud del mismo intenta influir en el proceso (que es el supuesto paradigmático de *Contempt of Court*), poniendo en peligro la imparcialidad del Tribunal¹⁴⁰. En esto se concretan las garantías o la tutela judicial efectiva a que nos referimos. En otros términos, la funcionalidad del secreto sumarial externo se vincula directamente con el derecho a un juicio justo (independientemente de que proteja otros intereses de forma mediata o indirecta, como el honor del imputado o la intimidad de éste y del resto de las partes), reconocido a través de las garantías previstas en el art. 24 de la C.E., y en concreto, la imparcialidad del juzgador, idea que coincide con la propugnada en el art. 10.2 del Convenio Europeo¹⁴¹ ("garantizar la imparcialidad del Poder Judicial"), y con el supuesto paradigmático del *Contempt of Court*, a saber, interferir en el curso de la Justicia a través de influencias externas que vulneren la imparcialidad del juez (*prejudicing a fair trial*). Por tanto, el interés en que se concreta la razón de ser del secreto sumarial externo es el derecho a un juicio justo e imparcial, con la protección, asimismo, de la independencia judicial, en cuanto instrumento para conseguir la imparcialidad del juez, y de la presunción de inocencia, por ser el bien jurídico directamente protegido mediante la imparcialidad. En consecuencia, la publicidad del proceso debe someterse a ponderación cuando colisione con el art. 24.2 C.E. En el desarrollo de este derecho constitucional¹⁴², en el art. 10.2 del Convenio

¹³⁹(...continuación)

garantías contenidas en el nº 2, tienen carácter instrumental. Sin embargo, en términos operativos, cuando se invoca la vulneración de alguno de los derechos reconocidos en el nº 2 del art. 24, se aplica este precepto por razón de especialidad. En concreto, si el bien jurídico protegido a través del secreto sumarial es la obtención de un juicio justo con todas las garantías, este bien jurídico se encardinará en concreto en el nº 2 del art. 24. No obstante, en numerosas ocasiones manejamos un concepto amplio de tutela judicial efectiva, refiriéndonos, por tanto, en general al art. 24 de la C.E.

¹⁴⁰ Igualmente, es la línea seguida por el TEDH. Cfr., al respecto, STEDH de 29 de agosto de 1997 (*Worm v. Austria*) (83/1996/702/894).

¹⁴¹ En virtud, a su vez, del criterio interpretativo que proporciona el art. 10.2 de la C.E.

¹⁴² Sobre el derecho a la tutela judicial efectiva en el marco comunitario, vid., ARIAS RODRÍGUEZ, José Manuel; CORROCHANO JEREZ, Susana, "Reflexiones sobre la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1996, de 25 de marzo y la incidencia del Derecho Comunitario", en *Poder Judicial*, nº 41-42, 1997, pp. 503 a 510.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

Europeo y en el supuesto de *prejudicing a fair trial* del sistema de *Contempt of Court* anglosajón, es donde debemos encontrar la razón de ser del secreto sumarial, muy acotado y delimitado su campo de actuación pero sin abogar por su desaparición como proponen algunas voces. En este sentido, consideramos insuficiente para garantizar tal derecho, el mantener la publicidad del sumario con los únicos límites proclamados en el art. 680 (referidos a los debates del juicio oral), esto es, la moralidad, el orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia. Es decir, la solución no vendrá dada, en nuestra opinión, por la desaparición del carácter secreto del sumario, sino por encontrar el fundamento del secreto instructorio acorde con el mandato constitucional y con los derechos y libertades proclamados en nuestra Carta Magna. No obstante, la forma de entender las condiciones en que debe mantenerse el secreto sumarial en nuestro sistema y de su ámbito de aplicación lo trataremos más detalladamente en el apartado 2.6: *Notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional*.

Delimitado así el secreto sumarial externo, la reforma del art. 301 de la LECr, vendrá determinada, para todas las personas que no sean funcionarias, por la vía de elevar la irrisoria multa prevista en el mencionado precepto, y para los funcionarios, la vía de concretar su responsabilidad cuando violan el secreto sumarial externo, deriva de la interpretación del art. 417 del CP, que estudiaremos en el capítulo posterior.

En cualquier caso, y siendo coherentes con la postura que venimos manteniendo centrada en el bien jurídico protegido, es preciso destacar que la acotación temporal del secreto externo que propone el art. 301 de la LECr, limitada a las diligencias sumariales, resulta insuficiente para los fines propuestos, que justifican tal veto al derecho a la información.

En este sentido, al establecer el inicio del secreto en el principio de la actividad jurisdiccional, hasta cuyo momento no existen "diligencias sumariales",

Protección penal del secreto sumarial.

se deja fuera de la prohibición de revelación los actos policiales presumariales, siendo este momento el de mayor potencialidad dañosa para el éxito de la investigación¹⁴³.

Para paliar este inconveniente, se buscará una solución¹⁴⁴ por los partidarios del mantenimiento del secreto, en las normas reguladoras de la actuación policial. El artículo 5.5 de la Ley de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado establece un secreto policial referido a las informaciones de contornos no asimilables al aquí examinado. En cualquier 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 impone una obligación de reserva limitada a actuaciones investigadoras encomendadas judicialmente con sumario incoado. Tampoco cabe aquí la obligación de secreto preprocesal.

Por su parte, el artículo 4.4 del Estatuto del Ministerio Fiscal, aprobado por Ley 50/81 de 30 de diciembre, permite a éste "informar a la opinión pública de los acontecimientos que se produzcan". En este caso, como en los anteriores, ninguna restricción expresa se impone a dicha información cuando el acontecimiento preceda a la apertura del sumario. Con posterioridad, el límite vendrá impuesto por la norma general de respeto al secreto de éste.

La solución a la inclusión o no de los policías que revelan actuaciones sumariales como sujetos con responsabilidad penal derivada del art. 301 de la LECr, dependerá, en nuestra opinión, de dos cuestiones: primera, de que efectivamente sean datos provenientes del sumario y no se trate de diligencias

¹⁴³ Cfr., *infra*, en la segunda parte del trabajo, el epígrafe dedicado al objeto de la revelación, en concreto, las "informaciones que no deben ser divulgadas" del art. 417 del CP.

¹⁴⁴ Solución avocada directamente al fracaso, en opinión de los partidarios de la prevalencia del principio de publicidad, como VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 41.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

de investigación presumariales que no afecten al contenido mismo del sumario. En caso contrario, incurrirán únicamente en la responsabilidad disciplinaria prevista en las normas reguladoras de la actuación policial anteriormente citadas; y segunda: de que efectivamente mediante esa revelación se esté afectando al derecho a un juicio justo e imparcial, para cuya tutela se instrumenta la figura del secreto sumarial¹⁴⁵.

Por otro lado, nuestra postura acerca de la funcionalidad del secreto sumarial interno, previsto en el art. 302 de la LECr, se concreta, como ya hemos manifestado en epígrafes anteriores, en el aseguramiento de pruebas (y, por tanto, vinculado, igualmente a la tutela judicial efectiva), siempre como excepción al principio de publicidad de las partes en el proceso, limitado temporalmente (ha de ser levantado antes de concluir esta fase, permitiéndose a las partes la práctica de diligencias probatorias que no pudieron realizar durante el mantenimiento del secreto, para no quedar afectado el derecho de defensa), y sujeto a discreción judicial mediante motivación razonada, teniendo en cuenta

¹⁴⁵ Por tanto, el tratamiento que se otorgue a la cuestión referente a aquellos datos que provienen de los folios sumariales a los que los policías tienen acceso por estricta razón de su cargo, y que posteriormente revelan, es la responsabilidad penal que previene el CP para los funcionarios -art. 417 del CP actual-. Así, en STS 14 de abril de 1973, (ref. Ar. 1761) se plantea este caso, a nuestro entender, correctamente, en cuanto a la solución que se aplica al Comisario de Policía, por revelar datos del sumario que sólo él conocía por razón de su cargo, pero incorrectamente, porque de la propia sentencia se deduce que esa revelación no era dañosa al éxito de la investigación, porque en este caso no se está afectando al bien jurídico protegido por el secreto sumarial. Este es el argumento empleado en la sentencia: "Por ser en principio, secreto el sumario, conforme a la art. 301 de la LECr, tanto en interés de la propia investigación, cuyo éxito puede verse comprometido por revelaciones intempestivas durante el curso de esta etapa instructoria del proceso, como incluso por elementales razones de respeto (...) atinente a la intimidad de la víctima, su familia o terceros (...) muy especialmente por lo que afecta a datos únicamente recogidos y obrantes en las actuaciones procesales, confiadas a la fidelidad y obligada discreción de quienes en ellas intervienen, comprendidos los funcionarios coadyuvantes de la Autoridad judicial, es obvio que la cobertura penal del deber de sigilo, consagrada en el art. 367 -hoy 417- del CP, alcance a los mentados funcionarios en supuestos como el aquí enjuiciado, en que, junto a datos referentes a averiguaciones propiamente policiales (...) figuraban otras provenientes tan sólo de los folios sumariales, a los que el Comisario Jefe, hoy procesado y recurrente, había tenido acceso por estricta razón de su cargo y servicio, habiendo sido revelados por sí y ante sí e insistentemente participados por él a la Prensa, por más que no se derivase, en este caso, perjuicio para la investigación, todo ello con el consiguiente desfavorable impacto que esta incontinencia informativa respecto de noticias por entonces indisponibles no podía menos de ocasionar en la propia opinión pública consciente de la extralimitación".



Protección penal del secreto sumarial.

el bien jurídico protegido.

2.5. La realidad en nuestro sistema judicial.

La trascendencia real de la función del principio de publicidad procesal y su excepción justificada en el secreto sumarial, se comprueba en la historia judicial más reciente en la que los medios de comunicación social amparados por dicho principio, han desarrollado un papel cuya relevancia resulta indiscutible. Casos como los de la desaparición de Santiago Corella, el juicio del "Síndrome Tóxico", el caso Roldán, el asunto Filesa, los juicios contra las mafias judiciales, y otros muchos todavía pendientes de sentencia como el caso Arny o el triple crimen de Alcasser, son ejemplos de la interacción del sistema judicial penal y el derecho a la libertad de expresión y de información.

De hecho, en España¹⁴⁶ se ha desarrollado una cierta discrecionalidad judicial práctica que consiste en imponer rigurosamente el secreto sumarial sólo en determinados casos, esto es, cuando el ejercicio de la libertad de expresión y de información suponga una grave amenaza a la garantía de un juicio justo¹⁴⁷.

Sin embargo, no todos los periodistas coinciden en que se haya producido en la práctica tal interacción, así Francisco Gor¹⁴⁸ se lamentaba de que "si la doctrina está clara, la práctica es titubeante y poco propicia a reconocer los amplios márgenes que una sociedad libre y democrática otorga al ejercicio de los derechos a la libertad de expresión y a la información. Como asustados ante la

¹⁴⁶ Problema generalizado, como lo pone de relieve en relación a esta situación en Italia, TOSCHI, Andrea, Il segreto nell'istruzione..., p. 17.

¹⁴⁷ MANZANARES, José Luis; CREMADES, Javier, Comentarios..., p. 118.

¹⁴⁸ Su postura ha sido comentada por PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", pp. 136 y 137. Si se desea profundizar en el tema, el mencionado periodista expresó su queja en la Revista de Procuradores, febrero-marzo, 1989.

amplia demanda ciudadana de información, quienes están al frente de los poderes del Estado, se repliegan sobre sí mismos y procuran cerrar a cal y canto o filtrar a su conveniencia las fuentes que delatan su actividad... Ajenos en gran medida al cambio cualitativo que ha supuesto el paso del Estado autoritario al democrático, quienes ejercen la función jurisdiccional siguen cerrados ante la demanda de información sobre lo que ocurre en su interior. Nadie se ha preocupado por dar una respuesta global e institucional que haga posible el ejercicio del derecho a la información en este área pública, y los periodistas se ven obligados a "mendigar" informaciones que obtienen o no según el humor del juez o del funcionario de turno".

El análisis referido no está exento de parcialidad y, por tanto, es inexacto. Ciertamente, la práctica judicial puede ser titubeante, pero no responde a una insensibilidad hacia los valores democráticos, ni, en términos generales, al talante del juez, sino a la dificultad de encontrar el ansiado equilibrio entre valores enfrentados¹⁴⁹.

A ello se une el "complejo" de ciertos periodistas que les lleva a ver en el juez, no al controlador jurídico del poder sino a su propio controlador, óptica desvirtuada de la que derivan dos vicios: primero, no conceder valor a la tutela judicial efectiva y, segundo, pretender considerar absoluto el derecho a la información¹⁵⁰.

De todos modos, ello requiere un permanente esfuerzo de ajuste y acomodación por parte del sistema judicial¹⁵¹, esfuerzo que no siempre algunos

¹⁴⁹ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 137.

¹⁵⁰ Ampliamente, MONTERO AROCA, Juan, "El derecho a la información y la función jurisdiccional"..., p. 2700.

¹⁵¹ Esfuerzo en el que los psicólogos y sociólogos tienen mucho que decir a la hora de orientar al legislador y al jurista para que el derecho sintonice en la vida social, a juicio de RUIZ VADILLO, Enrique, "Los derechos fundamentales a la libertad de expresión, a informar y ser informado y su (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

de sus miembros están dispuestos a intentar.

Esfuerzo que debe partir del estamento judicial intentando reducir la duración de la fase de instrucción, pues su excesiva prolongación no sólo aumenta la dificultad de mantener el secreto sumarial, sino que hace infravalorar los fundamentos de la institución¹⁵², al someterse la labor jurisdiccional a una burocracia que fomenta una función inquisitiva. Los factores que contribuyen a esta situación pueden concretarse en los siguientes: la sobrecarga de trabajo y la adopción de medidas cautelares, principalmente las privativas de libertad, adoptadas desde el más puro sistema inquisitivo¹⁵³.

Por otra parte, el Ministerio Fiscal tampoco ha participado activamente en el sumario, asistiendo a la investigación o instando diligencias o medidas cautelares sino que se ha limitado a recibir el resultado de una investigación¹⁵⁴.

No obstante, siempre debemos tener presente el valor de la información como medio para desenmascarar conductas, información que, si es ofrecida en su sentido correcto, tendrá como fin último servir de garantía a la independencia judicial.

En esta línea es de justicia recordar, siguiendo a Pedro Rodríguez¹⁵⁵, quien, tomando como base la Memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo de

¹⁵¹(...continuación)

incidencia en el campo jurídico-penal", en Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, nº11, junio, 1986, p. 593.

¹⁵² DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 117.

¹⁵³ MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial..., pp. 142 y 143.

¹⁵⁴ Vid., ampliamente, MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, La nueva concepción jurisprudencial..., pp. 143 y 144.

¹⁵⁵ RODRÍGUEZ, Pedro, "la publicidad del sumario", en Libertad de expresión y derecho penal, Madrid: EDERSA, 1985, pp. 201 y 202.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

1902, que a propósito del art. 301 de la LECr, declaró que: "dentro de la legalidad vigente las intervenciones de la prensa sobre las diligencias judiciales para la comprobación de los delitos y persecución del delincuente son perfectamente lícitas; y lo que es más, pueden contribuir a despertar sentimientos de justicia y de moralidad", que determinadas situaciones de carencia informativa provocan «adulteración» informativa. Así, en momentos históricos excepcionales, como en la transición española, los secretos que acompañan a los grandes sumarios (como en el proceso del 23 de febrero de 1981 o como los de los presuntos macrodelitos económicos), se convierten en «gigantescas cortinas» tras las cuales tienen cabida todo tipo de especulaciones y manipulaciones que "dejan como poso la lacra social de la duda". Para armonizar el interés social de la información con la salvaguarda del encausado, propone como solución un pacto de lealtad entre la judicatura y los profesionales de la información, pacto útil quizá para zonas más amplias que las del secreto del sumario.

En numerosos casos, en cambio, las informaciones han sido causa de confusión o tergiversación, no tanto por su objeto, cuanto por el modo de publicar, puesto que la búsqueda de la noticia para conseguir la primicia informativa se ha hecho con olvido del contraste de veracidad. Las fuentes de información no siempre han sido los jueces, los secretarios judiciales o los funcionarios de la Oficina Judicial. Las revelaciones se hacen también por los abogados, las partes o la policía. Tal vez, si los jueces ofreciesen la publicidad conveniente sobre los hechos y actuaciones, la información no tendría aquellos vicios¹⁵⁶.

En cualquier caso, la línea que se debe seguir¹⁵⁷, es la de que la

¹⁵⁶ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 138.

¹⁵⁷ Otros autores, en cambio, proponen, para paliar este desajuste, la necesidad de una reforma legal del régimen de secreto del sumario. Así, DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

instrucción será o no objeto de reserva según los principios expuestos en el capítulo presente, principios de vigencia general durante toda la instrucción, y por cuyo cumplimiento debe velar el juez para la mejor realización de la Justicia.

2.6. Notas características del secreto sumarial extraídas de la jurisprudencia constitucional.

2.6.1. Naturaleza excepcional.

2.6.2. Instrumento para la protección de otros bienes. (Análisis del Auto del TC 61/1981, de 17 de junio; la STC 62/1982, de 15 de octubre; la STC 13/1985, de 31 de enero; la STC 14/1985 de 1 de febrero; la STC 176/1988, de 4 de octubre; la STC 171/1990, de 12 de noviembre, el Auto del TC 419/1990, de 28 de noviembre y el Auto del TC 195/1991, de 26 de junio).

La postura inicial del TC, en **Auto 61/1981, de 17 de junio**, pareció entender que el secreto sumarial -interno-, tal y como se hallaba configurado originariamente en la LECr, no entraba en conflicto con la Constitución, al no hallarse exigida la publicidad del sumario en el art. 24.2 de la misma. (FJ 3º): "La publicidad en la fase sumarial no se menciona en el párrafo 2 del art. 24 de la Constitución, que consagra, sin embargo, una serie de derechos y garantías (...), ninguna de las cuales se ve conculcada por la medida adoptada por el instructor (...)". Así, supeditando a los fines de la instrucción el ejercicio de los derechos fundamentales de defensa reconocidos en el art. 24 C.E., justifica el secreto del sumario como uno de los principios básicos del proceso penal ordinario o militar,

¹⁵⁷(...continuación)

Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 115 y 116. Nuestra propuesta, pasa, por el contrario, por una interpretación correcta de la legislación existente, acorde con los bienes jurídicos en conflicto en cada caso concreto.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

acudiendo a la propia Exposición de Motivos de la LECr: "el secreto debe subsistir en cuanto sea necesario *para impedir que desaparezcan las huellas del delito (...)*. Por esta misma razón, el Código de Justicia Militar, dispone en su art. 533 que *todas las diligencias y actuaciones del sumario serán secretas y supedita* en su art. 494 el derecho de intervención del defensor en el sumario a que el instructor *no lo considere inconveniente para los fines de la instrucción*". Por tanto, el TC salva la posible colisión con el art. 24.2 de la C.E. en las amplias facultades que concede la legislación procesal al juez para delimitar la actividad del defensor del inculcado en esta fase del proceso¹⁵⁸, teniendo en cuenta que el inculcado dispone, en todo caso, de una amplia gama de posibilidades de defensa: "ha tenido ocasión de alegar lo que ha estimado pertinente para la defensa de sus derechos"; de otra parte "la decisión del instructor no tiene carácter definitivo y es reformable"¹⁵⁹.

Sin embargo, la dinámica de los derechos fundamentales en juego le ha obligado a matizar esta postura¹⁶⁰.

En primer lugar, es preciso destacar la **naturaleza excepcional** del secreto sumarial, excepción para unos prevista constitucionalmente, apoyada en la permisividad del artículo 120.1 de la C.E., y legalmente, basada en los artículos 301 y 302 de la LECr y en su conformidad con los artículos 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, y 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, ya examinados anteriormente. En la interpretación realizada de este último precepto por las mencionadas

¹⁵⁸ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido..., p. 517.

¹⁵⁹ Cfr., MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, El 23-F. Sus secuelas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Madrid: Civitas, 1985, pp. 49 y 50. Asimismo, un análisis crítico de este auto puede verse en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido..., pp. 514 a 519.

¹⁶⁰ VIVES ANTÓN, T.S., "Doctrina constitucional y reforma del proceso penal"..., p. 97.

Protección penal del secreto sumarial.

sentencias del TEDH de 8 de diciembre de 1983 (casos Pretto y Axen) y de 22 de febrero de 1984 (caso Sutter), el principio de publicidad no es aplicable, desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al juicio oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente sentencia¹⁶¹. Su constitucionalidad es, en cambio, cuestionada por otros¹⁶², dada la generalidad con que se formula.

Respecto al tema de la publicación de información sobre hechos "sub iudice" y su relación con la naturaleza excepcional del sumario, el **Tribunal Constitucional** español se ha pronunciado en varias ocasiones. La primera, sin duda la más trascendental, fue la **sentencia dictada el 31 de Enero de 1985 (13/85) (asunto Diario de Mallorca)**, siendo Ponente el Magistrado Tomás y Valiente. Se resolvía un recurso de amparo contra el auto de un Juez de Instrucción de Palma de Mallorca, posteriormente confirmado por la Audiencia Provincial, en el que se acordó sujetar al secreto sumarial y se prohibió por tanto, la publicación de unas fotografías obtenidas, por un redactor gráfico del periódico mallorquín "Ultima Hora" en un apartamento siniestrado, durante el levantamiento de un cadáver, basándose en que sobre este hecho se encontraba abierta una investigación judicial¹⁶³.

Es importante señalar que las fotografías fueron obtenidas por el redactor gráfico antes de que el juez hubiera llegado al lugar de los hechos, por lo que

¹⁶¹ Vid., al respecto, PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 133.

¹⁶² Así, BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 449.

¹⁶³ Con ocasión de esta sentencia, LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 136, aclara que en el derecho español no existe una disposición general que prohíba la publicación de fotografías relativas a hechos criminales, a diferencia de la Ley francesa de 29 de Julio de 1981.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

difícilmente podría considerarse que se violara la reserva sumarial¹⁶⁴, lo que implica, por otra parte, ciertos problemas de regularidad procesal, incluida la posible retroactividad del auto de incoación del sumario, que influyeron, sin duda, en la resolución de la mencionada sentencia¹⁶⁵. El TC lo expuso del siguiente modo: "las fotografías se realizaron antes de que dieran comienzo las actuaciones sumariales, se obtuvieron directamente sobre el lugar donde acaecieron los hechos sin transgredirse, para obtener la información, ninguna otra norma o derecho, y, desde luego, no fueron extraídas del sumario, ni para su obtención se utilizó información alguna que constara en un sumario ni siquiera abierto en el momento de su realización".

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo, distinguiendo entre los hechos mismos sobre los que se investigaba y las actuaciones del órgano judicial.

En la sentencia se afirma que el proceso penal puede tener una fase secreta, concebida como una excepción a la regla general de publicidad en cuanto la misma se halla dispuesta en norma de ley (artículo 301 LECr) y puede invocar en su apoyo diferentes disposiciones recogidas en textos internacionales, tales como el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 y el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, reconducibles al artículo 20.4 C.E., precepto

¹⁶⁴ En sentido contrario, DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 100 a 105, quienes consideran que la verdadera cuestión de fondo, sobre la que no argumenta el Tribunal, es si el juez puede afectar a la instrucción informaciones relativas a los hechos investigados obtenidos al margen del sumario, porque el instructor prohibió la publicación de las fotografías tomadas una vez incoado el sumario y en la práctica de una diligencia de inspección ocular, que, por su propia naturaleza, aportó al sumario una información coincidente con la plasmada por los reporteros gráficos en sus fotografías, y, por eso el instructor decidió que no debían trascender por un tiempo a la opinión pública. Cuestión distinta es analizar si esta medida es desproporcionada o no en el caso concreto. En este sentido, los autores mencionados se adhieren a la argumentación empleada por el TC en sentencia 176/1988 -que analizaremos posteriormente-, afirmando que el secreto sumarial en cuanto garantía institucional de valores constitucionales, implica que el juez tiene *ex Constitutione*, la atribución de las facultades necesarias para proteger estos valores, de forma razonable y ponderada.

¹⁶⁵ DÍEZ-PICAZO, Luis M^a, "Parlamento, proceso...", pp. 101 y 102.

Protección penal del secreto sumarial.

que hay que interpretar de conformidad con ellos (en virtud del artículo 10.2 C.E.). Pero continúa la sentencia del TC, "en todo caso el secreto del sumario se predica de las diligencias que lo constituyen, y no otra cosa, por cierto, dice literalmente el párrafo primero del artículo 301 de la LECr, esto es, de los actos singulares que, en cuanto acto formal complejo o procedimiento, lo integran.

Tal secreto (*el externo*, añadimos nosotros) implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de revelaciones indebidas (artículo 301.2 LECr) o a través de su conocimiento ilícito y su posterior difusión. Pero el secreto del sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulta limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo dispuesto en el artículo 20.4 C.E.) sean arrebatados a la libertad de información, en el doble sentido de derecho a informarse y derecho a informar, con el único argumento de que sobre ellos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De este modo, el mal entendido secreto del sumario equivaldría a crear una atípica e ilegítima materia reservada sobre los hechos mismos, acerca de los cuales investiga y realiza la oportuna instrucción el órgano judicial, y no sobre las actuaciones del órgano judicial que constituyen el sumario (artículo 299 LECr)".

Naturalmente, los sumarios son reservados durante su instrucción pero eso no afecta a la posibilidad de que los medios de comunicación adquieran por sus propios medios información relativa a los hechos y la publiquen. *Cuestión distinta consistirá en determinar si ese conocimiento adquirido por esos medios es o no ilícito* (la cursiva es nuestra). En efecto, las facultades del juez instructor en torno a posibles limitaciones a la publicidad dependen básicamente del secreto sumarial, específicamente encaminado a garantizar, *en su aspecto interno* - añadimos nosotros-, la eficacia de la instrucción judicial. A este respecto, es frecuente referirse al secreto del sumario como si todos los hechos sobre los que

versa se encontrasen sustraídos a la libertad de información¹⁶⁶.

Sin embargo, la sentencia que examinamos rompe con esta errónea concepción, pues deja claro que el secreto del sumario afecta a las actuaciones judiciales que se van realizando y a la información que consta en la documentación sumarial producto de dichas actuaciones. No se trata, por tanto, de que la realidad social sobre la que versa el sumario quede sustraída al ejercicio de la libertad de información¹⁶⁷ siempre que ésta se obtenga por otros cauces legales, independientemente de la actividad sumarial. El problema es concretar si existen esos otros cauces "legales".

Así pues, el TC se acerca en esta sentencia a lo que constituye la doctrina jurisprudencial americana sobre el tema, y es la garantía constitucional, prácticamente absoluta de la libertad de publicación de cualquier información que haya sido obtenida legalmente, con muy contadas excepciones. Es decir, la única limitación que se deriva de un proceso en curso, se refiere a la difusión de información obtenida ilegítimamente quebrantando el secreto sumarial mediante revelaciones indebidas. Afecta únicamente a las diligencias que lo constituyen por lo que ahora en nuestro ordenamiento también son inadmisibles las prohibiciones generales a la publicación sobre hechos "sub iudice".

Sin embargo, es preciso matizar estas afirmaciones del tribunal. En primer lugar, asumir que la realidad social sobre la que versa el sumario y que el TC considera lícita su revelación es muy difícil deslindarla de las propias diligencias sumariales. Segundo: el TC considera lícita la información sobre datos sumariales

¹⁶⁶ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 127.

¹⁶⁷ Ahora bien, en ocasiones, como afirman DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., p. 90, "resulta muy difícil, cuando no sofisticado, establecer una disociación entre las actuaciones del órgano judicial comprendidas en el sumario y los hechos acaecidos, la realidad misma que se investiga". "Y es que -p. 94-, si la investigación recae sobre hechos o conductas, sobre un segmento de la realidad misma, parece y es un contrasentido postular que uno o varios elementos de la realidad social no pueden estar sustraídos, como «materia reservada» a la libertad de información".

Protección penal del secreto sumarial.

obtenida al margen del sumario. ¿Esto significa que cualquier investigación paralela que se anticipe a la acción de la justicia y que difunda informaciones obtenidas al margen del sumario pero relativas a los hechos de apariencia criminal inicialmente conocidos es lícita?. Ciertamente, no. Como afirman Del Moral García y Santos Vijande¹⁶⁸ (opinión que compartimos) el secreto no es una cualidad sobrevenida a la investigación, surge a priori, con la mera incoación del sumario tras la recepción de la *notitia criminis*. El TC, cuando habla de recepción de información obtenida ilegítimamente, o, bien, no ha profundizado en el significado de esta expresión, o bien no ha tenido en cuenta el fundamento y fin del secreto sumarial. Por otro lado, enlazando la expresión "obtención de información ilegítimamente", con "revelación indebida" que también utiliza el Tribunal y siendo coherentes con la interpretación que hemos dado al inciso del 2º párrafo del art. 301 LECr "revelare indebidamente", términos coincidentes con los que maneja el propio Tribunal, concluimos que ambas afirmaciones están vacías de contenido, es decir, ni toda información obtenida al margen del sumario es lícita, sino sólo aquella que no afecte al bien jurídico protegido por el secreto sumarial (nuevamente es un problema de bien jurídico), y por otra parte, toda revelación del secreto sumarial es *indebida* (cfr., *supra*, el epígrafe B. Análisis de la expresión "revelación indebida" del art. 301 de la LECr), es decir, el atributo *indebida* es una redundancia que no forma parte del tipo sancionador previsto en el mencionado artículo.

En otros términos, el problema básico que aquí se plantea, es el alcance del secreto sumarial y su incidencia que sobre su contenido pueda tener el

¹⁶⁸ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, *Publicidad y secreto...*, pp. 92 y 93. Esta misma cuestión ha sido planteada por OLIVA SANTOS OLIVA SANTOS, Andrés de la "El derecho a comunicar libremente...", p. 43, sin respuesta por su parte: "¿Será siempre válida para fundamentar un fallo sobre un amparo solicitado, la distinción entre hechos sobre los que versa el sumario y actuaciones sumariales? ¿Nunca el "interés de la justicia" que se reconoce como valor relevante, exigirá reserva, no comunicación o no información sobre hechos de apariencia criminal, si esos hechos son conocidos al margen de las actuaciones sumariales, sin "revelación indebida" de las mismas?". Estas cuestiones están siendo respondidas a lo largo de este epígrafe y serán concretadas desde la óptica penal, teniendo en cuenta el bien jurídico protegido en esa revelación que, repetimos, siempre será *indebida*, en tanto afecte al interés ya delimitado.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

derecho a la información. Algunos autores¹⁶⁹ han subrayado que todo lo que se refiere al secreto sumarial como acto punible, lo es exclusivamente con respecto a la conducta que consiste en descubrir los elementos integrantes del sumario; por ejemplo, las declaraciones de testigos (hasta aquí, estamos de acuerdo); por el contrario, facilitar información sobre los elementos del sumario, conocidos a través de otras fuentes (¿qué otras *fuentes?*, nos preguntamos nosotros), constituye una actuación que no puede ser calificada como descubrimiento sumarial.

En efecto, el TC está otorgando, por tanto, primacía al derecho a un proceso público y al derecho a la libertad de información, fijando como base, dos conceptos: revelación indebida y conocimiento ilícito¹⁷⁰. La revelación indebida debe ser interpretada, en nuestra opinión, del mismo modo que ha sido interpretado el término "revelare indebidamente" del art. 301 de la LECr¹⁷¹, es decir, toda revelación del secreto del sumario es indebida, por tanto el calificativo es superfluo y redundante, por el contrario, no lo será la revelación de hechos relacionados con el sumario pero que no constituyen diligencias sumariales, propiamente dichas (como las declaraciones de los testigos, que sí son elementos integrantes del sumario) y que, por tanto, no son sumario, luego nos reafirmamos en que toda revelación del secreto sumarial externo es indebida, conclusión que está relacionada con el ámbito de tal clase de secreto, vinculado, en todo caso, con el bien jurídico protegido, que ya hemos delimitado.

La otra expresión utilizada por el Tribunal, esto es, conocimiento ilícito,

¹⁶⁹ Entre ellos, CARRILLO, Marc, La cláusula de conciencia..., p. 63. CÓRDOBA RODA, Juan, "Libertad de expresión y secreto sumarial", en Actualidad jurídica IV, 1981, p. 7. ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Secreto sumarial y libertad de información", en Revista jurídica de Catalunya, I, nº 2, 1986, pp. 140 y 141.

¹⁷⁰ GUZMÁN FLUJA, Vicente Carlos, "Algunos aspectos de la relación...", p. 601, califica estos dos conceptos como jurídicamente indeterminados. Nosotros tratamos de determinar estas expresiones a lo largo de este capítulo.

¹⁷¹ Cfr., *supra*, B. Análisis de la expresión "revelación indebida" del art. 301 de la LECr.

Protección penal del secreto sumarial.

está vinculada, a nuestro juicio, con la revelación indebida, es decir, conocimiento ilícito, según parece deducirse de la redacción de la sentencia, es aquél que proviene de aquellas personas que según el art. 301 de la LECr no pueden revelar el secreto sumarial, a saber, los que revelaren indebidamente, que son todos: abogados, procuradores, funcionarios y cualquier otra persona, luego, si toda revelación es indebida, todo conocimiento que proviene de esta revelación es ilícito. Por el contrario, ¿cuál sería el conocimiento lícito?. Siguiendo esta argumentación, aquél adquirido de una revelación "debida", es decir, aquél que no proviene de una revelación de cualesquiera de las personas anteriormente mencionadas, lo que significa que no cabe conocimiento "lícito", del mismo modo que no cabe revelación "debida", porque toda revelación del secreto sumarial, tal como hemos delimitado su ámbito (elementos integrantes del sumario), es indebida y, en consecuencia, todo conocimiento del secreto sumarial es ilícito. El TC, en cambio, vincula el conocimiento lícito a lo que parte de la doctrina ha interpretado como "conocimiento a través de otras fuentes", pero siendo coherentes con nuestro hilo argumental, es inimaginable un conocimiento de los elementos integrantes del sumario a través de otras fuentes y, por tanto, lícito. Porque ¿qué fuentes distintas pueden ser, si todas las fuentes posibles ya están previstas en el art. 301 de la LECr?. Cuestión diferente es que, a través de otras fuentes se consiga cierta información de hechos relacionados con el sumario, como indagar en la vida del imputado, en la de los testigos, recabar datos referentes al lugar de los hechos, etc., pero que no constituyan elementos integrantes del sumario propiamente dichos (declaraciones de las partes, informe pericial, inspección ocular, etc.). Por tanto, en nuestra opinión, revelación indebida y conocimiento ilícito son problemas de *objeto* de la revelación, de delimitación del ámbito del sumario, no de *sujetos*, de personas legitimadas o no a revelar el secreto sumarial.

En definitiva, el secreto de las actuaciones sumariales en nuestro derecho es -y aquí enlazamos con la primera característica que hemos destacado del sumario- una *excepción* a la regla general de publicidad (concretada en los

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

términos expuestos anteriormente), una excepción y un límite a un proceso público que el artículo 24.2 de la C.E. garantiza a todas las personas y que se concreta en el artículo 120.2 del propio texto constitucional, anteriormente examinado.

En consecuencia, este art. 120 tiene una virtualidad superior a la propia garantía institucional del mismo, precisamente por su conexión con determinados derechos fundamentales, como el 24.2 y el 20. 1 d)¹⁷². Por tanto, cualquier limitación al mismo tiene que ser estricta, sobre las bases sentadas, aunque más propiamente se debe hablar de aplicación razonable y proporcionada del secreto sumarial, más que de exégesis estricta en la medida en que limita valores constitucionales y derechos fundamentales, pero protege igualmente, valores y derechos del mismo rango¹⁷³.

En último término, el problema se reconduce, pues, al de los límites constitucionalmente admisibles a la libertad de expresión. Así, el artículo 20.4 de nuestra Constitución establece una reserva de ley sobre los mismos, al afirmar taxativamente que "estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que los desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia". Y el derecho a un proceso "con todas las garantías" que el artículo 24.2 C.E. garantiza a los procesados. Incluso es lícito, como hemos señalado en otros epígrafes de este trabajo, establecer límites más allá de los previstos explícita o implícitamente en la Constitución, para garantizar un proceso justo e imparcial, apoyándonos, en los textos internacionales, entre otros, el mencionado artículo 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, a cuya luz se ha de interpretar nuestro texto constitucional en virtud del criterio interpretativo que impone el artículo 10.2 de

¹⁷² ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Secreto sumarial y ...", p. 137.

¹⁷³ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 84.

Protección penal del secreto sumarial.

la misma.

En este sentido, parte de la doctrina coincide en señalar que el secreto sumarial es una excepción generalizada en el proceso penal pues, además de lo dispuesto en el artículo 301 de la LECr contamos con la remisión genérica que contiene el artículo 780 de la misma, al regular el Procedimiento Abreviado "a las normas comunes de esta Ley", pudiéndose entender que tal carácter secreto debe predicarse de las llamadas Diligencias Previas¹⁷⁴.

Sin embargo, la sentencia que comentamos, recalca, asimismo, que esta excepción no puede ser entendida "como un apoderamiento en blanco al legislador porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales: derecho a un proceso público, en el artículo 24.2 de la C.E. y derecho a recibir libremente información veraz" (FJ. 3). No obstante, esta aseveración ha sido matizada por el propio TC en la STC 176/1988 (cuyo estudio abordaremos más adelante), al afirmar que el secreto del sumario, incluso en su manifestación más extrema (parece referirse a todo el secreto sumarial, porque la *manifestación más extrema* parece aludir al secreto interno) en nada afecta al derecho a un proceso público.

Se deduce, por el razonamiento del tribunal de instancia, que se ha violado el art. 20.1 d), y, por tanto, se pone de manifiesto la inconstitucionalidad derivada de la falta de motivación de la medida limitadora de un derecho fundamental.

La consecuencia de esta idea, deducida del fundamento jurídico 3º de la sentencia 13/85, es la facultad de interponer recurso de amparo de una forma

¹⁷⁴ En este sentido, BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 449. En contra, RAMOS MÉNDEZ, Francisco, El Proceso Penal..., pp. 174 y ss., quien afirma que las diligencias previas no están sometidas a secreto sumarial.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

más efectiva, porque anteriormente se podía invocar la violación del derecho a un proceso público, del art. 24.2, pero con la posible respuesta de que ese derecho encontraba concreción en el art. 120.1 C.E. que incluía excepciones a la publicidad y por esa vía inadmitir el recurso de amparo. Pero ahora el amparo puede basarse no ya en el art. 24.2 sino en el 20. 1 d): derecho a la información, puesto que el art. 120. 1, en palabras del propio TC "no es un apoderamiento en blanco al legislador"¹⁷⁵.

Prosigue el TC que "esta ligazón entre garantía objetiva de la publicidad y derechos fundamentales exige que, para ser legítimas, las limitaciones han de cumplir determinadas exigencias constitucionales tanto en su "previsión normativa" como en su "aplicación concreta". Tales exigencias serían: a) previsión de la excepción en norma con rango de ley (artículo 53.1 C.E.), b) la justificación de la excepción en la protección de otro bien constitucionalmente relevante y c) la congruencia entre la medida prevista o aplicada y la procuración de dicho valor, así garantizado.

¿Se cumplen estas exigencias en el secreto sumarial, tal y como está previsto en nuestro Ordenamiento?

A. Previsión de la excepción en norma con rango de ley (artículo 53.1 C.E.).

En primer lugar, la **previsión de la excepción en norma con rango de ley**, se cumple en el artículo 299 de la LECr, el cual establece que las actuaciones judiciales que constituyen el sumario son secretas según lo previsto taxativamente por el artículo 301 de la LECr, y éste a su vez establece: "las

¹⁷⁵ OLIVA SANTOS, Andrés DE LA, "El derecho a comunicar libremente información veraz y el secreto del sumario: la sentencia de la sala segunda del TC, de 31 de enero de 1985 (recurso de amparo 358/1984; ponente Tomás y Valiente)", en Boletín del Ilustre Colegio de Abogados. Revista jurídica general, nº 2, marzo-abril, 1985, p. 41.

Protección penal del secreto sumarial.

diligencias del sumario son secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley". El carácter secreto queda protegido con las sanciones que establece: multa para los abogados o procuradores de las partes o para cualquier otra persona que, no siendo funcionario público "revelare indebidamente el secreto del sumario" pues, en el supuesto de serlo, respondería penalmente por violación de secretos prevista en el artículo 417 CP.

En el caso de las partes personadas en el proceso rige el principio contrario, pues en virtud del artículo 302 de la LECr "podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento". Incluso para éstas puede extenderse en ocasiones el secreto de las diligencias sumariales, pues el párrafo segundo del mencionado artículo establece que el Juez de instrucción, bien de oficio, bien a petición del Ministerio fiscal o de cualquiera de las partes, puede declarar el sumario mediante Auto "total o parcialmente secreto para todas las partes personadas, por tiempo no superior a un mes y debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario".

Una regulación tan restrictiva, sobre todo el hecho de que todas las actuaciones sumariales en cualquier proceso sean declaradas "ex lege" secretas excepto para las partes, sin dejar ningún margen de apreciación al órgano judicial sobre la necesidad efectiva de tal secreto, parece, en principio, excesiva¹⁷⁶. Es preciso, por tanto, fundamentarla.

B. Justificación de la excepción en la protección de otro bien constitucionalmente relevante.

¹⁷⁶ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 129.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

En este segundo requisito, propuesto en la sentencia 13/85: **justificación de la excepción en la protección de otro bien constitucionalmente relevante**, se plantea el tema de la delimitación del contenido de los derechos que puedan entrar en conflicto, que es uno de los problemas con los que se enfrenta el ejercicio del derecho a la información en este ámbito concreto del funcionamiento de los poderes públicos¹⁷⁷.

El fundamento del secreto se apoya en una compleja contraposición de intereses. De una parte, el interés de la Administración de Justicia que se ha concretado tradicionalmente en orden a la fijación de los hechos, el esclarecimiento de la verdad y la determinación de las responsabilidades criminales, y que actualmente y desde la óptica constitucional nosotros concretamos en el derecho a un proceso justo e imparcial, deducido del art. 24.2, del *Prejudicing a fair trial* del *Contempt of Court* y del art. 10.2 del Convenio Europeo. Todo ello unido a los derechos de la personalidad que pueden salvaguardarse a través del secreto sumarial (honor, intimidad, presunción de inocencia...). De otra parte, a los anteriores pueden contraponerse los derechos de la colectividad, tales como el derecho a manifestarse libremente, el derecho a informar y a ser informado (amparados por el art. 20 de la C.E.).

El secreto instructorio se caracteriza, en consecuencia, por el gran número de valores que son invocados en su fundamento con independencia de su carácter público o privado. El común denominador a todos ellos, es su contraposición al derecho a la información¹⁷⁸.

¹⁷⁷ CARRILLO, Marc, Los límites a la libertad de prensa en la Constitución española de 1978, Barcelona: P.P.U., 1987. p. 114.

¹⁷⁸ MORALES PRATS, Fermín, "Garantías penales...", p. 1261. En el mismo sentido se manifiesta LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 127. En la doctrina italiana, PISAPIA, Gian Domenico, Il segreto istruttorio nel processo penale, Milano: Giuffrè, 1960, pp. 40, 220 y 221, concreta estos tres grupos de intereses: "a) El interés del Estado en administrar justicia de un modo libre e independiente y de realizar, en la manera que resulte más útil y oportuna, la exigencia fundamental de adquirir las pruebas de los delitos. b) El interés del individuo, sea (continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

Sin embargo, no toda revelación de ciertos aspectos del sumario supone, forzosamente, vulneración de los derechos tutelados judicialmente¹⁷⁹. Pensar de forma contraria equivaldría a introducir de forma ilegítima una materia reservada sobre los hechos objeto de sumario y no sobre las actuaciones del órgano judicial, que es lo que realmente tipifica el artículo 299 LECr.

En este sentido, y aunque ya hemos adelantado nuestra opinión al respecto en epígrafes anteriores, debemos reflexionar sobre la razón última de este secreto, sobre la justificación de la excepción a la publicidad del proceso.

En nuestra doctrina ha sido justificación tradicional del secreto sumarial la de que con el mismo se trata de asegurar la protección del valor constitucional de la Justicia, de manera que el secreto de las actuaciones en esta fase del proceso penal tendría su razón de ser en aras de alcanzar "una segura represión del delito" (se mantenía vigente, por tanto, el principio inquisitivo)¹⁸⁰. Así lo precisaba la comentada sentencia 13/85, aunque matizadamente como venimos exponiendo, lo cual no supone un límite frente a la libertad de información, sino más amplia y genéricamente, como un impedimento al conocimiento por cualquiera, de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento penal.

¹⁷⁸(...continuación)

imputado, perjudicado o testigo, en ver respetado el propio honor, la propia reputación y la propia esfera de intimidad personal. c) El interés de la colectividad en conocer los hechos socialmente relevantes que se producen en su seno, el derecho de formarse en torno a ellos su propia opinión y de expresarla con plena libertad, dentro de los límites impuestos por el respeto de los derechos ajenos, e incluso el interés a comprobar que la justicia llegue a ser rectamente administrada de modo independiente e igual para todos". En el mismo sentido, MANTOVANI, Ferrando, "Diritto alla riservatezza e libertà di manifestazione del pensiero con riguardo alla pubblicità dei fatti criminosi", en Il diritto alla riservatezza e la sua tutela penale, Atti del terzo simposio di studi di diritto e procedura penali, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1970, pp. 446 y 447. Cfr., igualmente, CONCAS, Luigi, La garanzia penale del segreto istruttorio, Milano: Dott. A. Giuffrè, 1963, pp. 33 a 35. LUMIA, Giuseppe, "L'informazione tra diritto e democrazia", en Giustizia e informazione. Atti del XV congresso dell'Associazione Nazionale Magistrati, a cura di Nicolò Lipari, Roma-Bari: Laterza, 1975, pp. 71 a 74.

¹⁷⁹ CARRILLO, Marc, "Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?", en Jueces para la Democracia. Información y Debate, nº 23, 3/1994, p. 8.

¹⁸⁰ BERLANGA RIBELLES, Emilio, "los llamados juicios paralelos...", p. 112.

La LECr, por su parte, aseveró con una frase gráfica, que el secreto "es necesario para impedir que desaparezcan las huellas del delito, para recoger e inventariar los datos que basten a comprobar su existencia y reunir los elementos que más tarde hayan de utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público".

En consecuencia, el proceso se concibe tradicionalmente como una confrontación entre el interés público de hacer efectivo el *ius puniendi*, y el derecho de defensa del inculpado, que, en definitiva, se reduce al interés general de la sociedad que exige la justa, rápida y eficaz represión de los delitos, y el interés del imputado, que siendo también un interés social, exige la total garantía de los derechos del ciudadano y del debido respeto al derecho de defensa¹⁸¹.

Este "interés en la persecución penal", es, así, y repetimos, tradicionalmente un valor preferente en el proceso penal¹⁸², (sin perjuicio de otros valores, presentes en el mismo, pero cuya materialización real no se ha llevado a cabo todavía), y, en base al mismo, se admite la restricción del propio derecho de defensa, en unos casos, mediante la declaración del secreto del sumario (art. 302), en otros, llevando este secreto hasta sus últimas consecuencias, al aplicar la medida de incomunicación del preso o detenido¹⁸³.

¹⁸¹ GIMENO SENDRA, Vicente, El Proceso de Habeas Corpus, Madrid: Tecnos, 1985, p. 18, describe los intereses en conflicto del proceso penal así: "El derecho a la libertad del ciudadano y el derecho de penar del Estado constituyen los derechos subjetivos que se discuten y contraponen en el proceso penal, correspondiendo a las partes acusadoras la función de ejecutar el "ius puniendi" mediante la deducción y sostenimiento de la pretensión, en tanto que a la defensa le incumbe la no menor importante función de hacer valer el derecho a la libertad. Este es el gran drama que se representa en el proceso penal, dentro del cual, a través del choque entre la pretensión y su antitético pensamiento, esto es, la defensa, el Tribunal habrá de decidir en la sentencia si debe o no restringir el derecho a la libertad mediante la imposición de una pena privativa de libertad".

¹⁸² El propio TC, en la citada sentencia 13/1985, determina en el mismo sentido, el fin que persigue el secreto sumarial: "alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo, una segura represión del delito".

¹⁸³ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial y el derecho...", p. 451.

Protección penal del secreto sumarial.

Ahora bien, este interés en la segura represión del delito, al que el TC eleva a la categoría de "bien constitucionalmente relevante", ¿es suficiente en todos los casos para justificar el carácter secreto del sumario, o, por el contrario, habrá que acudir a un examen pormenorizado de cada proceso, para determinar si en el supuesto concreto, tiene entidad suficiente para cumplir tal función legitimadora?. Es decir, el "bien constitucionalmente relevante" a que alude la sentencia estudiada sólo puede ser entendido en el sentido de "derecho fundamental", en este caso, el derecho a un juicio justo e imparcial, deducido del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la C.E.

En consecuencia, coincidimos con Beltrán Catalá¹⁸⁴, en que el interés en una eficaz represión penal, no puede ser suficiente por sí mismo, y en todos los casos, para justificar la limitación de la publicidad, pues se haría realidad lo que el propio Tribunal intenta impedir, que se convierta la excepción en un "apoderamiento en blanco", ya que el interés en la represión penal actúa en todas las causas penales, pues de lo contrario ni siquiera cabe hablar de "ius puniendi".

A juicio del mismo autor, el error esencial en que cae el TC al configurar la "segura represión del delito", como valor legitimador de la excepción que constituye el secreto sumarial consiste en configurar a esta "represión del delito" como un valor intrínseco, cuando la represión del delito siempre debe ser (al igual que el secreto) un medio para lograr la tutela eficaz de otros bienes jurídicos constitucionalmente protegibles.

Por consiguiente, la represión del delito sólo tendrá sentido en tanto sirva para mantener la paz y la seguridad jurídica, por lo que no puede ser configurado como algo absoluto sino que concurrirá en la mayoría de los casos con otros intereses o valores.

¹⁸⁴ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial y el derecho...", p. 451.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

Lo que ocurre es que la valoración o gradación de ese "interés en la persecución penal" es propia de aquellos sistemas basados en el principio dispositivo, que no se manifiesta exclusivamente en el ámbito del puro ejercicio de la acción, sino que es un criterio relevante a la hora de acordar la limitación de derechos fundamentales, mientras que, en los sistemas inquisitivos, como el nuestro, cimentados sobre la no disponibilidad de la acción, esta clase de conceptos resultan más ajenos¹⁸⁵.

No obstante, en la reciente legislación procesal, se están introduciendo las primeras manifestaciones del principio de disponibilidad de la acción penal¹⁸⁶.

La valoración y gradación de ese interés deberá llevarse a cabo, siguiendo a González-Cuéllar¹⁸⁷, conforme a los siguientes criterios: criterio de la consecuencia jurídica, es decir, de la gravedad de la sanción a imponer, criterio de la importancia de la causa, criterio del grado de imputación, y éxito previsible de la medida limitativa de derechos fundamentales que se adopta.

Desde esta perspectiva, ¿puede afirmarse la adecuación constitucional del secreto del sumario en un proceso penal, cualquiera que sea el delito que se investigue?.

Sólo podría contestarse afirmativamente a la cuestión anterior, siempre y

¹⁸⁵ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial y ...", p. 452.

¹⁸⁶ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial y ...", p. 452, propone dos manifestaciones al respecto: la primera, contenida en el art. 16.3 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, modificado por la Ley 4/1992, de 5 de junio, sobre Reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, que posibilita la suspensión del Fallo en el caso de que el menor y los perjudicados llegaran a un acuerdo extrajudicial. La segunda, recogida en el art. 969 de la LECr, tras la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992, de 30 de abril, conforme a la cual se concede al Fiscal General del Estado, en el juicio de faltas la capacidad para impartir instrucciones sobre los supuestos en los que "en atención al interés público, los fiscales podrán dejar de asistir al juicio".

¹⁸⁷ GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal, Madrid: Colex, 1990, pp. 251 y ss.

Protección penal del secreto sumarial.

cuando se graduara o valorara "ese interés en la persecución penal", a la hora de abordar la posible limitación del principio de publicidad, y, en definitiva, del derecho a la información en virtud de la existencia de un proceso penal en curso.

En definitiva, hablar genéricamente de "secreto sumarial" (deducido del art. 301 de la LECr) como justificación de las restricciones a la publicidad de los elementos de un proceso penal resulta insuficiente para admitir la constitucionalidad de tal medida¹⁸⁸, al carecer del requisito de proporcionalidad.

Se propone, en consecuencia, una flexibilización de forma que el juez pueda levantar total o parcialmente el secreto externo, oídas las partes y en atención a diversas circunstancias, como la duración de la instrucción o el interés público del asunto sometido a investigación judicial¹⁸⁹, teniendo siempre en cuenta el bien jurídico protegido a través del secreto sumarial externo, tal como lo hemos concretado.

En este sentido, la única posibilidad y razón de ser de la libertad de difusión en el proceso penal ha de estar en asegurar al acusado un juicio "con todas las garantías"¹⁹⁰ como exige el artículo 24.2 de la C.E., entre ellas, "la imparcialidad del juzgador". De tal manera que si la publicidad en torno a un

¹⁸⁸ BERLANGA RIBELLES, Emilio, "Los llamados juicios paralelos...", p. 113. En el mismo sentido, BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial y...", p. 453.

¹⁸⁹ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 122.

¹⁹⁰ El TC en sentencias 145/1988, de 12 de julio, 164/1988, de 26 de septiembre y 136/1992, de 13 de octubre, vincula el derecho a un juez imparcial con las garantías del proceso debido. Asimismo, ESPARZA LEIBAR, Iñaki, El principio del proceso debido..., pp. 216 a 219, conecta el derecho a un proceso con todas las garantías con el proceso debido y con la imparcialidad del juzgador. DÍAZ CABIALE, José Antonio, Principios de aportación de parte..., pp. 427 y 428, por su parte, considera que cuando se habla de proceso con todas las garantías se hace referencia más bien a las garantías del proceso en cuanto que instrumento exclusivo para ejercer la potestad jurisdiccional, y por tanto, de naturaleza objetiva (referido al objeto, al instrumento de la potestad jurisdiccional), mientras que la imparcialidad es eminentemente subjetiva (puesto que se refiere al sujeto de la función jurisdiccional).

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

proceso pudiera haber influido en el ánimo del sentenciador, quedaría abierta la vía del amparo constitucional, por quebrantamiento del derecho a un juicio justo e imparcial¹⁹¹. Por el contrario, cuando los valores que se protegen mediante el secreto no se vulneran en el caso concreto o deben ceder ante la prevalencia también en el caso concreto de otros derechos fundamentales como el derecho de la sociedad a estar informada, el secreto externo debe decaer.

Nos acercamos, en este sentido, al sistema anglosajón de "Contempt of Court", en el que, como destacamos anteriormente, va madurando como preferente el valor de la publicidad del proceso, que sólo puede restringirse para garantizar no tanto la persecución del delito, cuanto un juicio imparcial y justo. No obstante, esta afirmación es preciso matizarla aún. Consideramos que no sólo nos estamos acercando a este sistema sino que hemos llegado más lejos, puesto que el sistema de "Contempt of Court" permite al juez prohibir la difusión de noticias cuando éstas puedan afectar a un juicio justo e imparcial independientemente del origen de la obtención de esa noticia, mientras que en nuestro sistema, con la interpretación constitucional reseñada, el juez está facultado para prohibir la revelación de noticias que puedan afectar a la imparcialidad de un juicio siempre que éstas hayan sido obtenidas ilegítimamente a través de revelaciones indebidas del contenido de las actuaciones sumariales pero no de aquellos datos a los que se haya accedido al margen del sumario (lo cual no consideramos correcto, por la indefinición del propio Tribunal al respecto, como hemos señalado *supra*). En consecuencia, nos acercamos al sistema del "Contempt of Court" en cuanto al fundamento de la limitación de la publicidad de los juicios, -que en nuestro derecho se materializa a través del secreto sumarial-, esto es, asegurar un juicio con todas las garantías, pero nuestro derecho es aún más restrictivo a la hora de articular la forma de limitar esta publicidad procesal, pues el cauce que se le permite a nuestros jueces es únicamente cuando la información que pueda entorpecer la imparcialidad de un

¹⁹¹ BERLANGA RIBELLES, Emilio, "los llamados juicios paralelos...", p. 113.

Protección penal del secreto sumarial.

juicio se haya conseguido a través de los cauces del contenido del sumario (aunque, repetimos, esos otros cauces, en nuestra opinión, son inviables).

Por tanto, desde la perspectiva de una reforma en profundidad del proceso penal, tan sólo la tutela de ese bien jurídico podría justificar cualquier limitación al derecho de información en torno a un proceso.

De esta condición, la segunda de las exigidas por el TC (en la sentencia **13/85**), podemos extraer la otra nota que configura la naturaleza del secreto sumarial. El secreto no es "per se" un bien constitucionalmente relevante, sino que encuentra su propia justificación en su naturaleza **instrumental como vehículo para la protección de otros bienes, valores o derechos constitucionales**, del mismo modo que el acceso de los periodistas a las sesiones judiciales se fundamenta en el principio de publicidad de los juicios, al ser los medios de comunicación un intermediario, un vehículo entre noticia y sociedad, lo cual no supone un privilegio sino la consecuencia del derecho a la información, constitucionalmente protegido en el artículo 20.

La confrontación entre el valor publicidad y el secreto sumarial lleva a la supremacía de aquél frente a éste pues la publicidad es un valor constitucional (configurado como garantía institucional -art.120. 1- y como derecho fundamental -art.24. 1-) cuya limitación injustificada podría alterar el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1.2 C.E., e implicaría la lesión de un derecho fundamental si afectara al contenido esencial¹⁹² del mismo, mientras que el secreto sumarial, es tan sólo una excepción a este "valor" que encuentra su justificación constitucional en tanto que sirve de medio idóneo para la protección de otros bienes, derechos o valores constitucionales¹⁹³, en

¹⁹² Sobre el "contenido esencial" del derecho limitado, vid., PRIETO SANCHÍS, Luis, Estudios sobre derechos fundamentales, Madrid: Debate, 1990, pp. 146 y ss.

¹⁹³ BELTRÁN CATALÁ, David, "El secreto sumarial...", p. 450.

concreto, el *derecho a un juicio justo e imparcial, la independencia judicial como instrumento de imparcialidad y la presunción de inocencia, como derecho fundamental directamente protegido a través de la imparcialidad judicial.*

C. Congruencia entre la medida prevista y la procuración de dicho valor así garantizado.

Profundizando, por último, en el tercer requisito exigido en la referida sentencia: **la congruencia entre la medida prevista y la procuración de dicho valor así garantizado**, podemos afirmar que se reduce, en definitiva, a la necesaria congruencia entre el medio limitativo y la finalidad que se persigue con el mismo¹⁹⁴.

Si recordamos, al respecto, el "interés en la represión del delito", propuesto por la LECr, deberíamos analizar, si es posible conciliarlo, con la tercera condición exigida en la Sentencia 13/85: congruencia entre la medida limitativa y la finalidad de la misma.

En efecto, recuerda el TC que las limitaciones a la publicidad del proceso han de ajustarse a los requisitos constitucionales tanto en previsión normativa como en su aplicación concreta¹⁹⁵.

Ciertamente, existe tal congruencia material en cuanto que el secreto es una medida idónea para permitir, en determinadas circunstancias, una correcta instrucción del sumario. Pero no es claro que se respete el principio de

¹⁹⁴ Pues de no ser así, como afirma REBOLLO VARGAS, Rafael, *La revelación de secretos...*, pp. 159 y 160, se haría una utilización incorrecta del secreto sumarial, anteponiéndose intereses personales a los intereses generales tutelados a través del mismo.

¹⁹⁵ En este sentido, JIMÉNEZ AGUIRRE, José M^a, "Libertad de información y secreto sumarial", en *Revista General de Derecho*, n° 507, diciembre, 1986, p. 4953, se muestra menos optimista de lo que en principio podría deducirse de la Sentencia, pues opina que el sentido que se desprende de la misma es que "los límites a las limitaciones de la libertad de información son más estrechos que los límites de la misma libertad".

Protección penal del secreto sumarial.

proporcionalidad entre la medida y su objetivo, pues se establece el secreto sumarial para todo proceso y en todos los aspectos de la instrucción, sin graduarlo en función de la naturaleza de los hechos investigados, que pueden no requerir secreto alguno, graduación que podría corresponder al juez¹⁹⁶, quien valorando las circunstancias del caso y los diversos intereses involucrados, entre los que hay que contar también el interés social en la publicidad de los hechos objeto del sumario, determine el secreto del mismo o, en su caso, simplemente de determinadas actuaciones.

Parece, pues, que el artículo 301 de la LECr aún siendo una medida idónea en determinados supuestos, en cambio no es proporcional por su innecesaria generalidad, pues su mantenimiento sólo es factible en la medida en que trate de preservar un juicio justo e imparcial.

A mayor abundamiento, la práctica ha demostrado, como se expuso anteriormente (Cfr. 2.5 La realidad en nuestro sistema judicial) que el secreto sumarial no es respetado en muchos casos: los periodistas informan sobre lo que oyen y sobre lo que oyen a otros que han oído, las partes hacen declaraciones y ruedas de prensa, expresando lo que han contado y lo que han ocultado al juez. Incluso desde el propio órgano judicial se proporciona información sobre las

¹⁹⁶ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Secreto sumarial y libertad...", p. 425. Este autor, concreta la limitación en tres ámbitos: delimitación precisa de la información cuya divulgación se prohíbe, delimitación de las circunstancias (cuando la divulgación ocasione un perjuicio irreparable a la investigación sumarial) y delimitación temporal de la prohibición. El mismo autor, "En torno a los llamados juicios paralelos...", pp. 129 y 130. En el mismo sentido, REBOLLO VARGAS, Rafael, La revelación de secretos..., p. 159. PRIETO SANCHÍS, Luis, "Prisión provisional...", p. 17 considera esta propuesta tentadora, si bien objeta que si esta facultad judicial está supeditada a garantizar el éxito de la investigación, deberá limitarse no sólo la publicidad externa sino también la interna, opinión que compartimos, puesto que el secreto interno previsto en el art. 302 de la LECr es una medida facultativa del juez para garantizar el éxito de la investigación. Por el contrario, continúa este autor, si la facultad judicial está motivada por el interés de preservar el honor de los imputados o la imparcialidad del juicio, parece desproporcionado, porque si se informa verazmente no se lesionan estos derechos, ya que prima la libertad de información. A esta segunda parte de su discurso no nos adherimos, porque hay que tener presente que el secreto sumarial externo tiene como finalidad la consecución de un juicio con todas las garantías, en concreto, la imparcialidad, de forma que siempre que esté en peligro este bien jurídico se debe mantener tal secreto. En este sentido, puede ser una información veraz y sin embargo afectar a un juicio justo e imparcial. En este caso primará el secreto sumarial sobre la libertad de información.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

actuaciones de manera más o menos oficiosa, y, asimismo, no se sancionan los incumplimientos en los que pueden haber incurrido las partes u otras personas relacionadas con las actuaciones, o como mucho, tales declaraciones conllevan una leve responsabilidad disciplinaria. La práctica ha evolucionado hacia una cierta discrecionalidad judicial y tan sólo en ciertos casos se hace valer el secreto sumarial, solución que -en opinión de algún autor¹⁹⁷- debería también prevalecer a nivel legislativo.

La idea que podemos deducir de la comentada **STC 13/85** es que si bien el artículo 301 de la LECr, por su rigidez, no cumple la tercera condición exigida: congruencia entre la medida prevista y la procuración de dicho valor así garantizado, el artículo 302 de la LECr, por el contrario sí parece del todo conforme a las exigencias constitucionales, porque aunque permite ampliar el secreto a las partes, siempre es excepcional y dependiente de la discrecionalidad del juez.

En cualquier caso, lo que sí destaca el TC en la sentencia es que, si bien, el secreto sumarial es una medida constitucionalmente legítima, no es constitucionalmente obligada.

De esta forma, la gran excepción al principio de publicidad proclamado en el art. 301 de la LECr, no es en la actualidad un límite tan real como se pretendió en un principio.

En definitiva, dos son las condiciones que el propio TC estableció (basándose en otra sentencia anterior: **STC 62/1982, de 15 de octubre**) para considerar que una medida restrictiva es constitucional: la motivación y la necesidad. La motivación se centró en el interés de la Justicia, que permite

¹⁹⁷ Así, ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 130. En el mismo sentido, BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., p. 223.

Protección penal del secreto sumarial.

limitar la libertad de información con base en la regulación procesal del secreto del sumario, y en los convenios internacionales sobre la materia. Y la necesidad, requisito que en el caso concreto no se cumplió, porque el juez no examinó en ningún momento el objeto de la prohibición (las fotografías) sino que se limitó a deducir que las mismas producían daños a la justicia y en concreto a la instrucción del sumario¹⁹⁸. Basándose en estos motivos, el TC concedió el amparo: porque las fotografías fueron obtenidas antes de comenzar las actuaciones sumariales, directamente del lugar de los hechos, sin transgredirse ningún secreto del sumario y sin ser utilizadas para la investigación sumarial.

La Sentencia es, pues, plausible en muchos de sus razonamientos: -los defectos han sido, asimismo, destacados-.

-En primer lugar, ha significado un hito en nuestra jurisprudencia constitucional, puesto que ha marcado la pauta de lo que debe exigirse como características del secreto sumarial.

- En segundo lugar, porque el interés "justicia" empieza a reconocerse como valor relevante para justificar el secreto sumarial, lo que supone una interpretación restringida del mismo.

-Y en tercer lugar, porque distingue perfectamente los hechos sobre los que versa el sumario de las actuaciones sumariales, siendo únicamente ilícitas la revelación de estas últimas.

Siguiendo en la misma línea ya iniciada en la STC 13/85, el Tribunal volvió a incidir en la misma imprecisión, anteriormente fundamentada, en la **Sentencia 14/85, de 1 de febrero**, afirmando que "una información obtenida antes y al

¹⁹⁸ ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "Secreto sumarial...", p. 143. En el mismo sentido, OLIVA SANTOS, Andrés DE LA, "El derecho a comunicar libremente..." p. 40.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

margen del sumario no puede considerarse atentatoria al secreto sumarial, que sólo limita la libertad de información en cuanto para informar haya previamente que quebrantarlo". En este sentido, el secreto sumarial constituirá un límite indirecto a la libertad de información¹⁹⁹ porque no podrá alegarse el secreto cuando las informaciones se hayan obtenido fuera y al margen del sumario.

Otra sentencia que hace referencia al tema que analizamos, esto es, al secreto sumarial externo, es la **STC 171/1990, de 12 de noviembre**²⁰⁰, en la que el TC dio respuesta a propósito del accidente aéreo ocurrido en el monte Oiz, en el que perdieron la vida varias personas, algunas de ellas muy conocidas.

Como consecuencia del mismo, algunos medios de comunicación hicieron referencia al piloto del avión como posible causante del accidente. Además de la aportación por parte del TC de criterios para solucionar el conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor y a la intimidad, resuelve en sentido contrario al tribunal de instancia y al Tribunal Supremo en lo referente a los límites legales entre el derecho a la libertad de información y expresión y la imparcialidad del Poder Judicial. En efecto, para la sentencia de instancia, la extralimitación del derecho a la información se había producido porque la causación del accidente se encontraba en fase de investigación y *sub iudice*; pronunciarse sobre la misma, suponía realizar de forma ilegítima un "juicio paralelo".

El TC resolvió afirmando que aun cuando el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos haya previsto la posibilidad de establecer límites

¹⁹⁹ FREIXES SANJUÁN, Teresa, "El contenido esencial de los Derechos Fundamentales a través de los límites o en una formulación positiva. Análisis a partir del artículo 20 C.E.", en Introducción a los Derechos Fundamentales, vol. I, Secretaría General Técnica. Servicio de Publicaciones. 1988, p. 520.

²⁰⁰ Cfr., *supra*, el subepígrafe b) Soluciones adoptadas por la jurisprudencia, dentro del epígrafe dedicado a los medios de comunicación y juicios paralelos, donde hacemos referencia a esta sentencia a propósito del conflicto libertad de expresión-derecho al honor y a la intimidad.

Protección penal del secreto sumarial.

legales a los derechos de información para garantizar la autoridad e imparcialidad del Poder Judicial cuando lo exija una necesidad social imperiosa -límite que ha sido interpretado muy restrictivamente por la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos-, en el presente caso, el órgano judicial ha impuesto un límite a la libertad de expresión que no se justifica en interés de la buena tutela de la justicia. Ni siquiera de las circunstancias del caso podría deducirse que la información publicada ha puesto en peligro la imparcialidad y el prestigio de los Tribunales.

En los dos Autos del TS, que reseñamos a continuación, se vuelve a incidir, como ya se inició por este Alto Tribunal en la Sentencia anteriormente mencionada, en la relación entre la publicidad del proceso penal y su posible vulneración del derecho a un juicio justo.

En efecto, en el **Auto 419/1990, de 28 de noviembre**, el Tribunal argumenta del siguiente modo:

"Es cierto que el proceso de instancia fue seguido muy directamente por los medios de información, que dieron amplias noticias sobre el desarrollo del juicio. En la demanda se afirma que el Tribunal no adoptó medida alguna para evitar la presencia de unidades móviles de radio o incluso las cámaras de televisión dentro de la Sala, pese a las protestas de su defensor. Esta denuncia se realiza no para cuestionar la posible presión que sobre el órgano judicial ha podido tener el exceso de información del curso del proceso, y que habría podido permitir una limitación del derecho a la información para garantizar la autoridad y la imparcialidad del Poder Judicial, de acuerdo con el art. 10.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, sino sólo como denegación implícita de prueba testifical porque en algún caso podrían haber conocido los testigos llamados a declarar de las manifestaciones que se iban produciendo (...). El riesgo de esa comunicación, difícilmente evitable en un proceso de tan larga duración y de tanta relevancia pública, no permite afirmar la existencia de indefensión de

relevancia constitucional".

Por su parte, en el **Auto del TC 195/1991, de 26 de junio**, ha vuelto a advertir que una información masiva de los medios de comunicación, puede interferir en el derecho a un juicio justo: "Queda examinar la supuesta vulneración del derecho a un Tribunal independiente a causa de las presiones desatadas por los medios de comunicación. El art. 24 garantiza a todo acusado un conjunto de derechos (...). De este conjunto de derechos parece razonable deducir, como hace el recurrente, que la Constitución brinda un cierto grado de protección frente a los juicios paralelos en los medios de comunicación en la medida en que pueden interferir el curso del proceso penal, y prejuzgar y perjudicar su defensa en el seno del proceso".

No obstante, las circunstancias del proceso y el interés de la información para la opinión pública conducen a la declaración inicial de inadmisibilidad: "Así como los medios de comunicación de masas no deben traspasar los límites trazados en interés de una serena administración de la Justicia, igualmente les corresponde ofrecer información e ideas concernientes a los asuntos llevados ante los Tribunales, lo mismo que en cualquier otro ámbito de interés público. No solamente tienen los 'media' dicha función de diseminar noticias y opiniones: los ciudadanos tienen derecho a recibirlas. Todas estas observaciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados por el art. 24 de la Constitución con las libertades reconocidas por el art 20 de nuestra Carta Magna, máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral (...), en tanto que garantía procesal tendente a salvaguardar el derecho fundamental a un proceso público del art. 24.2, así como instrumento para fortalecer la confianza del pueblo en la independencia e imparcialidad de sus tribunales".

En estos dos últimos pronunciamientos jurisprudenciales se está teniendo en cuenta la limitación de la publicidad del proceso desde la perspectiva del

Protección penal del secreto sumarial.

derecho a un juicio justo y pueden servir de pauta para interpretar el mantenimiento del secreto sumarial que encuentra su apoyo en la Constitución, de forma que se proteja al acusado y al resto de las partes frente a la influencia de los juicios paralelos²⁰¹.

En las sentencias anteriormente estudiadas, el TC ha delimitado el alcance del secreto del sumario en su aspecto externo (conocimiento por terceros del contenido del sumario), por tanto, el secreto sumarial no crea una "materia reservada" frente a la libertad de información.

El tratamiento del sumario en su aspecto interno (en relación a las partes personadas), es abordado por el TC en la **sentencia 176/1988, de 4 de octubre** (de la que fue Ponente el Magistrado D. Eugenio Díaz Eimil), en la que se admite la constitucionalidad de la facultad que el artículo 302 de la LECr atribuye al juez²⁰² de declarar, mediante auto, total o parcialmente, secreto el sumario por tiempo no superior a un mes, debiendo alzar necesariamente tal secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario²⁰³.

²⁰¹ Lo cual sirve para corroborar nuestro argumento. En este sentido, DEL MORAL GARCIA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 39.

²⁰² Asimismo, declara la constitucionalidad del secreto interno, la Providencia de 6 de octubre de 1989 y la de 15 de noviembre de 1991, entre otras.

²⁰³ Dice así la sentencia: "De acuerdo con la doctrina establecida en la Sentencia 62/1982, de 15 de octubre, el alcance y contenido del derecho a un proceso público garantizado por el art. 24. 2 de la Constitución, debe determinarse a partir del art. 10.2 de la propia Constitución, en virtud del cuál los derechos fundamentales y las libertades políticas se insertan en un contexto internacional que impone interpretar sus normas de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por España.

En este sentido debemos nuevamente recordar que el derecho a un proceso público en materia penal se encuentra reconocido en los art. 11 de dicha Declaración Universal, 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, y 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1950. Estos textos, y especialmente el último citado, en la interpretación realizada por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, dictadas en los casos Pretto y otros y Axen el 8 de diciembre de 1983 y Sutter el 22 de febrero de 1984, permiten afirmar que, desde su perspectiva de garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, el principio de publicidad no es aplicable a todas las fases del proceso penal, sino tan sólo al acto oral que lo culmina y al pronunciamiento de la subsiguiente Sentencia, pues así lo abonan los términos en que vienen redactados los citados arts. 14 del Pacto y 6 del Convenio, y así bien
(continúa...)

²⁰³(...continuación)

explícitamente lo declara la última de las mencionadas Sentencias, en la cual, después de constatar la diversidad que presenta dicho principio en los sistemas legislativos y prácticas judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa, hace referencia exclusiva a la celebración de las vistas y el pronunciamiento de los fallos.

La aplicación de estas consideraciones a nuestro proceso penal, en el que se distingue una fase preparatoria de instrucción y una posterior fase plenaria, que finaliza con el acto solemne del juicio oral y el posterior pronunciamiento de la Sentencia, nos conduce a la conclusión de que el derecho al proceso público del art. 24.2 de la Constitución como garantía de los justiciables, sólo es de aplicación, además de a la Sentencia, al proceso en sentido estricto, es decir, al juicio oral en el que se producen o reproducen las pruebas de cargo y descargo y se formulan las alegaciones y peticiones definitivas de la acusación y la defensa, pues únicamente referida a ese acto procesal tiene sentido la publicidad del proceso en su verdadero significado de participación y control de la justicia por la comunidad.

El derecho que tienen las partes personadas a intervenir en las actuaciones judiciales de instrucción no confiere al sumario el carácter de público en el sentido que corresponde al principio de publicidad, sino que es tan sólo manifestación del derecho de defensa del justiciable debiendo, por tanto, mantenerse que el secreto del sumario, mediante el cual se impide a éste conocer e intervenir en la práctica de las pruebas sumariales, pueda entrañar una vulneración del citado derecho de defensa, pero en nada afecta al derecho a un proceso público que al propio justiciable garantiza la Constitución.

Según constantes y reiteradas resoluciones de este Tribunal, cuya abundancia hace innecesarias citas concretas, el derecho a la no indefensión, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, significa que ha de respetarse el principio de contradicción, que garantiza el acceso al proceso en defensa de derechos e intereses legítimos, y, dentro de éste, el ejercicio de las facultades de alegar, probar e intervenir la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla.

Esta última garantía de intervención de la prueba resulta, obviamente, limitada por la declaración del secreto sumarial, en virtud de la cual se suspende temporalmente la misma, impidiendo a la parte conocer e intervenir la prueba que se practique durante el período en que se mantiene el secreto de las actuaciones sumariales.

Tal limitación no supone, sin embargo, violación del derecho de defensa, pues este encuentra su límite en el «interés de la justicia», valor constitucional que en nuestro ordenamiento se concreta en el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, norma que autoriza al Juez a suspender temporalmente el derecho que a las partes concede el propio artículo de tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento.

La constitucionalidad de esta medida de secreto del sumario y su compatibilidad con los derechos fundamentales en que pueda incidir han sido reconocidos en la Sentencia 13/1985, de 31 de enero, la cual, aunque relativa a distinto derecho fundamental que el aquí implicado, contiene una doctrina que nos permite afirmar, en el ámbito de éste, que esa compatibilidad con el derecho a la no indefensión requiere, como condición esencial, que el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario.

En un nivel de mayor concreción el secreto sumarial tiene por objeto impedir que el conocimiento e intervención del acusado en las actuaciones judiciales pueda dar ocasión a interferencias o manipulaciones dirigidas a obstaculizar la investigación en su objetivo de averiguación de la verdad de los hechos y constituye una limitación del derecho de defensa, que no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercerlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad.

(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

En definitiva, el TC en dicha sentencia²⁰⁴, con el fin de justificar la prórroga de la reserva de las actuaciones sumariales para las partes, asimila el contenido de dicho precepto, no al principio de publicidad, sino al derecho de defensa del justiciable²⁰⁵. Esta última garantía resulta limitada por la declaración del secreto sumarial, en virtud de la cual se suspende temporalmente la misma, pero no supone, sin embargo, violación del derecho de defensa, pues éste encuentra su límite en el «interés de la justicia», valor constitucional concretado en el art. 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, lo que requiere, como condición esencial, que el secreto de las actuaciones judiciales venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la

²⁰³(...continuación)

De ello se desprende que, en principio, el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las pruebas que en él hayan sido practicadas.

Por otro lado, resulta inaceptable la interpretación estricta, que impone la exigencia constitucional de aplicar el ordenamiento jurídico en el sentido más favorable a la efectividad de los derechos fundamentales, de modo que conduzca irremisiblemente a la conclusión automática de que la prórroga del plazo máximo de secreto sumarial que en dicho precepto legal se establece ocasione, por sí sola y sin más condicionamiento, un resultado de indefensión.

Frente a esta tesis, que no es excesivo calificar de rígidamente formalista, no puede desconocerse que la Constitución protege los derechos fundamentales considerados, no en sentido teórico e ideal, sino como derechos reales y efectivos, imponiendo el deber de examinar las denuncias de su vulneración mediante la utilización de criterios sustantivos que, atendiendo al contenido y finalidad del derecho que se pretende vulnerado, permitan apreciar si esa vulneración se ha o no materialmente producido, más allá de la pura apariencia nominalista (STC 47/1987, de 22 de abril).

Tales criterios sustantivos nos conducen a establecer que el Juez no debe prolongar el secreto sumarial por más tiempo del que resulte estrictamente necesario a las exigencias de la instrucción, viniendo obligado a emplear la máxima diligencia en practicar, dentro del plazo acordado con sujeción a lo dispuesto en dicho art. 302, las pruebas correspondientes, pero en modo alguno es de admitir, desde la perspectiva del derecho de defensa, que el Juez, por no venir prevista prórroga en ese precepto legal, quede impedido para proteger el valor constitucional que justifica el secreto del sumario, si el plazo ha resultado insuficiente para hacer efectiva plenamente esa protección, pues, en último término, una vez conseguida tal efectividad, el levantamiento del secreto permite a la parte el ejercicio de su derecho de defensa sin restricción de clase alguna, lo cual elimina que la prórroga haya producido un resultado real de indefensión, si las razones justificadoras del secreto han persistido durante el tiempo de la prórroga".

²⁰⁴ Anteriormente, el Auto del TC 860/1987, de 8 de julio, ya admitió la constitucionalidad de la prórroga de este plazo.

²⁰⁵ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 135, lo asimila al principio de publicidad, mientras que MORALES PRATS, Fermín, "Garantías penales y secreto...", p. 1265 opina conforme a la interpretación manifestada por el Tribunal Constitucional.

Límites al principio de publicidad: secreto sumarial.

medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, coordinándolo con el derecho de defensa de las partes de tal forma que, una vez cumplido tal fin, se alce el secreto, dando a las partes, bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de conocer y contradecir las diligencias probatorias. Resalta el TC, por otro lado, que limitar el derecho de defensa no implica indefensión, en cuanto que no impide a la parte ejercerlo plenamente, cuando se deja sin efecto el secreto por haber satisfecho su finalidad. Por tanto, el tiempo de duración del secreto del sumario no es dato relevante en orden a apreciar resultado de indefensión, ya que éste depende no del plazo en que se mantenga el secreto, sino de la ausencia de justificación razonable del mismo y de que no se conceda oportunidad posterior para defenderse frente a las diligencias practicadas.

De lo cual, concluye el máximo intérprete de la C.E., que resulta inaceptable la interpretación estricta, del citado art. 302, después calificada de rígidamente formalista, puesto que siempre hay que atender al contenido y finalidad del derecho que se pretende vulnerado para apreciar si esa vulneración se ha producido materialmente, más allá de la pura apariencia nominalista.

Estamos de acuerdo con el argumento utilizado por el TC consistente en afirmar que el secreto interno no implica indefensión sino limitación del derecho de defensa, pero no en la segunda premisa, a saber, *siempre que se conceda a las partes, bien en fase procesal sumarial posterior o en el juicio plenario, la oportunidad de contradecir la prueba*. A las partes, por el contrario, en nuestra opinión, se les debe conceder, para no afectar al derecho de defensa, la posibilidad de practicar la prueba que no han podido durante el sumario por estar cubierto por el secreto, *antes de que finalice la propia fase instructoria*, como, por otro lado, se ha encargado de recalcar el Tribunal Constitucional en

Protección penal del secreto sumarial.

pronunciamientos posteriores²⁰⁶. En consecuencia, para no vulnerar el derecho de defensa, es irrelevante el tiempo de duración del secreto, siempre que se justifique razonablemente, pero ha de levantarse, en todo caso, antes de finalizar el período instructorio, para que las partes puedan conocer y contradecir la prueba que se haya practicado durante su vigencia, sin su presencia.

Igualmente niega la naturaleza formal del secreto sumarial, la STEDH, de 22 de mayo de 1990 (caso Weber)²⁰⁷, donde se analiza la adecuación al art. 10.2 del Convenio Europeo de la sanción impuesta por los tribunales suizos a un querellante que infringe el secreto del sumario. El Tribunal consideró que la multa impuesta al demandante, si bien no era "necesaria en una sociedad democrática" por razón de las circunstancias del caso, respondía, sin embargo, a un fin legítimo, como es "garantizar la debida dirección de la instrucción y, por consiguiente, la autoridad y la imparcialidad del poder judicial".

En el mismo sentido, la STC 181/1995, de 11 de diciembre, admite la prórroga motivada sin que sea suficiente la remisión a los motivos del auto que acordó su práctica²⁰⁸. Por tanto, la prórroga del secreto sumarial, previsto inicialmente por el plazo de un mes por el art. 302 LECr, no vulnera, si está razonablemente justificada, el derecho de defensa, ni, en ningún caso, el derecho

²⁰⁶ Cfr., al respecto, *supra*, en el epígrafe correspondiente al procedimiento abreviado, las SSTC 186/1990, de 15 de noviembre y 152/1993, de 3 de mayo.

²⁰⁷ Serie A núm. 177, apartado 45. Un amplio comentario de esta sentencia puede verse en DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús, M^a, Publicidad y secreto..., pp. 75 a 77 y 105 a 113.

²⁰⁸ E igualmente, la STC 13/1994, de 17 de enero, referida a la prórroga de la prisión provisional, en la que el TC afirma, basándose en la doctrina del TEDH, que "la valoración de dicho plazo ha de estimarse teniendo en cuenta, de un lado la duración efectiva de la prisión provisional, y de otro, el examen de la complejidad del asunto, la actividad desplegada por el órgano judicial y el comportamiento del recurrente". Es decir, se impone al juez la necesaria justificación del acuerdo, que evidencie las circunstancias excepcionales concurrentes en el caso y que justifican la superación de unos plazos que el legislador había considerado, *prima facie*, razonables y suficientes. Asimismo, la STC 181/1995, de 11 de diciembre, respecto a la prórroga de la autorización de la intervención de las escuchas telefónicas, exige la motivación de las resoluciones judiciales limitativas o restrictivas del ejercicio de algún derecho constitucional.

a un proceso público con todas las garantías.

Sin embargo, el mismo argumento de considerar que el art. 302 de la LECr afecta al derecho de defensa del justiciable fue el empleado por el Fiscal ante el Tribunal Constitucional en un recurso de amparo (número de registro 514/87) precisamente para justificar que el plazo que previene el art. 302 de la LECr es improrrogable, basándose en el art. 120 C.E., en la Sentencia del TC 13/85 y en la Circular 8/78, de 30 de diciembre, que decía: "el secreto sólo podrá mantenerse, como máximo durante un mes y siempre deberá alzarse diez días antes de la conclusión del sumario, sin que en recta interpretación, sea permitido reiterarlo, cualesquiera que sean las circunstancias que sobrevengan".

Por tanto, empleando el mismo apoyo se llega a la conclusión contraria, esto es, que la excepción ha de determinarse normativamente e interpretarse de forma restrictiva.

En cualquier caso, ya se vincule el contenido del artículo 302 de la LECr al derecho de defensa del justiciable o al principio de publicidad del proceso para las partes, lo cierto es que ambos son derechos fundamentales, reconocidos por el artículo 24.2 de la C.E., y, según el artículo 53.1 de la misma, sólo por Ley puede regularse su ejercicio, que en todo caso, deberá respetar su contenido esencial.

En nuestra opinión, por tanto, el art. 302 de la LECr (secreto interno) tiene como fin asegurar el material probatorio, es decir, en definitiva, el aseguramiento del proceso y en base a ello, no produce indefensión para las partes siempre que se les conceda la posibilidad de contradecir en momentos posteriores pero dentro de la propia fase de instrucción²⁰⁹, según doctrina reiterada del TC iniciada con

²⁰⁹ Recordemos que la sentencia 176/1988, admitía la posibilidad de contradicción por parte del inculpado en fase de juicio oral, afirmación que ha sido cambiada por el propio TC, con buen criterio,
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

la STC 186/1990, de 15 de noviembre y de la que hemos dado cuenta a lo largo de este capítulo, conforme a la cual el derecho de defensa exige que el presunto autor pueda exculparse en fase de instrucción, lo que implica que el secreto debe ser levantado antes de concluir el sumario, lo que no significa que el plazo establecido por la Ley no pueda prorrogarse, con una justificación razonada en derecho. Es decir, consideramos que si es necesario, para asegurar el material probatorio, la prórroga del secreto interno es constitucional, lo que implica la necesidad de su justificación motivada. Lo que, en cambio, debe ser inamovible es que se levante dicho secreto antes de la conclusión del sumario, para que el inculpado pueda practicar las diligencias probatorias relativas a esta fase de instrucción en la propia fase de sumarial y que no realizó durante el mantenimiento del secreto²¹⁰.

Las sentencias estudiadas se han inspirado, en parte, en la interpretación que la jurisprudencia del TEDH, anteriormente mencionada, (caso Axen, caso Sutter y caso Pretto), hizo de los artículos 14 del Pacto Internacional de Nueva York de 19 de diciembre de 1966, y del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950. Si bien, teniendo en cuenta que las mismas contemplan la garantía de los justiciables contra una justicia secreta que escape a la fiscalización del público, pero no aluden al control que las partes (imputado, procesado, querellante, etc) pueden ejercer sobre la actividad jurisdiccional instructora, que viene garantizado por el principio de publicidad para las partes y por el derecho de defensa (contradicción), ambos reconocidos constitucionalmente como fundamentales, y por lo mismo, sólo restringibles por Ley y no por decisión

²⁰⁹(...continuación)

a nuestro juicio, a raíz de la STC 186/1990, que exige que se conceda al inculpado la posibilidad de exculpación en la fase de instrucción, pues, de lo contrario, se vulnera el derecho de defensa.

²¹⁰ En sentido contrario, PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 135, al considerar que deben respetarse los términos estrictos del propio precepto legal.

judicial, aunque ésta sea motivada²¹¹.

Con razón se recuerda que, de conferir tal facultad al juzgador, se daría el absurdo de que, siendo la publicidad un instrumento de control del Poder Judicial, "el controlado devendría controlador".

Si el problema radica más en el abuso que en el uso de la libertad de expresión, la solución se encontrará, fundamentalmente, en la adecuada autorregulación democrática de los medios, lo que no significa la exclusión de otras respuestas jurídicas, incluida la penal²¹², cuando ello sea necesario, como veremos más adelante.

No obstante, cualesquiera que sean las opiniones doctrinales sobre la jurisprudencia del TC, lo cierto es que según el artículo 5.1 de la LOPJ, habrá de servir a los jueces para interpretar y aplicar las disposiciones relativas al secreto sumarial. Las pautas marcadas por el mencionado Tribunal orientan la práctica judicial en virtud de los artículos 229.2 y 232.2 de la L.O.P.J. que fijan claramente el carácter excepcional de la limitación de la publicidad, tanto general como para las partes, exigiendo su previsión legal y la motivación por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, y el art. 234 de la L.O.P.J. como criterio que guíe a los jueces para interpretar el secreto sumarial, pues impone a los funcionarios judiciales la obligación de facilitar a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que hubiesen sido declaradas

²¹¹ Cfr., PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 136. MOLINERO, César, Teoría y fuentes del derecho de la información, Barcelona: P.P.U., 1989, p. 154. HERRERO-TEJEDOR, Fernando, "La crónica de los tribunales...", p. 207. PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", pp. 415 a 417. De opinión contraria se muestra ESPÍN TEMPLADO, Eduardo, "En torno a los llamados juicios paralelos...", p. 130, al considerar, como ya adelantamos anteriormente, que el artículo 302 de la LECr es más acorde con las exigencias constitucionales, precisamente por otorgar al juez la necesaria discrecionalidad para ampliar el secreto a las partes, medida que la propia ley considera excepcional.

²¹² VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 44.

Protección penal del secreto sumarial.

secretas conforme a la Ley. Este precepto no circunscribe el derecho a ser informado a las *partes*, sino que se refiere a los *interesados*. Este concepto, definido en el ordenamiento administrativo, es más amplio que el de parte y abarca a todo aquel que, aún sin tener carácter procesal de parte, tenga un interés directo o indirecto en el proceso. Alegado y acreditado tal interés, no puede serle negada la información que pida, salvo que por disposición legal, o decisión judicial se hubiere declarado el secreto de las actuaciones²¹³. A nuestro juicio, sin embargo, este argumento esgrimido del mencionado art. 234 de la L.O.P.J. no sirve para interpretar el secreto sumarial porque el art. 301 de la LECr se refiere claramente a las partes. Es decir, los interesados sólo pueden ser las partes por expresa regulación del art. 301 de la LECr. No puede haber, en este caso, distinción entre interesado y parte.

En definitiva, el secreto sumarial, tanto externo como interno, ofrece en nuestro derecho más ventajas -instrumento para conseguir un juicio justo e imparcial y para asegurar el material probatorio, respectivamente-, que inconvenientes -limitación excepcional del principio de publicidad de las actuaciones judiciales y de la libertad de información-. En este sentido, resulta significativo el Acuerdo adoptado por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 9 de Octubre de 1996 por el que se impone a un magistrado la sanción de suspensión de un año, prevista en el art. 420. 1. d) de la L.O.P.J. por "revelar datos, hechos o noticias conocidos en el ejercicio de su función jurisdiccional", conducta ésta considerada como falta muy grave con arreglo al art. 417.12, en su relación con el art. 396, todos de la L.O.P.J., lo que corrobora el cambio de mentalidad jurídica que se está produciendo, tendente a

²¹³ PECES MORATE, Jesús Ernesto, "Publicidad y secreto...", p. 136. LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, "El derecho a la publicidad de los terceros...", p. 711, advierte que en la LOPJ no existe distinción alguna -y que, al menos de *lege ferenda* sería deseable, en su opinión- entre un *interesado cualificado*, que serán los que en cada proceso concreto tengan un interés directo, personal y legítimo en él, valorado por el juez, y un *interesado común*, ajeno al proceso y no directamente afectado por él que ejerce el derecho que asiste a todos los miembros de la comunidad de conocer el curso de la Administración de Justicia. Basándose en esta distinción, considera que solamente a los que demuestren un interés cualificado les sería aplicable el art. 234 de la LOPJ.

valorar las garantías del proceso.

3. Restricciones a la publicidad tras la apertura del juicio oral²¹⁴. (Análisis de las sentencias del TC 30/1982, de 1 de junio; 62/1982, de 15 de octubre; 96/1987, de 10 de junio; 30/1986, de 20 de febrero; 71/1990, de 5 de abril, y Sentencia del Tribunal Militar Central, de 10 de julio de 1997).

3.1. Celebración de los debates.

La apertura del juicio oral implica el decaimiento del secreto y el sometimiento del proceso a las reglas generales de publicidad conforme a los artículos 232.1 de la LOPJ y 680 de la LECr. *Publicidad*, en este sentido, significa que "todos los miembros de la sociedad tienen derecho a estar presentes en los debates, y, como esa presencia universal resulta claramente imposible, los no asistentes tienen, complementariamente, el derecho a seguir los debates a través de los profesionales de los medios de comunicación presentes directamente en la Sala"²¹⁵.

Sin embargo, subsisten en estas reglas generales importantes lagunas y contradicciones.

Entre las lagunas, destacamos, precisamente, el acceso a la fuente por parte de los medios de comunicación. Ese acceso se circunscribe en la LOPJ a

²¹⁴ En relación con este epígrafe puede consultarse nuevamente el apartado correspondiente a las *Soluciones adoptadas en el derecho comparado*, al que nos remitimos por su evidente conexión con el tema.

²¹⁵ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., p. 226. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., pp. 26 a 30.

Protección penal del secreto sumarial.

"los interesados"²¹⁶, en cuyo caso, parece difícil incluir a los medios de comunicación dentro de la mencionada categoría. No obstante el TC, a través de sus sentencias más significativas, que reseñamos a continuación, ha interpretado esta *publicidad* de modo análogo a la definición anteriormente expuesta, de tal forma que tienen cabida tales medios de comunicación, en cuanto representantes de los intereses legítimos de todas las personas en aplicación del principio general de publicidad de los actos procesales²¹⁷.

Tampoco se resuelve nítidamente la delimitación subjetiva del que suministra la información. El artículo se refiere a los secretarios y "personal competente" de los juzgados y tribunales, lo que nos lleva a dudar si tal "deber" informativo viene o no impuesto al personal jurisdiccional.

El principio de publicidad del juicio oral no es absoluto. Están previstas excepciones a la publicidad externa, en virtud del art. 120.1 de la C.E., en las leyes de procedimiento. Destacamos al respecto, en la LECr el artículo 680, 2º párrafo, referido a la posibilidad de que el Presidente mande que las sesiones se celebren, "a puerta cerrada" por razones de "moralidad", "orden público" y "respeto debido a la persona ofendida por el delito o su familia"²¹⁸, artículo que hoy carece de sentido al poder subsumirse en la previsión general del artículo

²¹⁶ En los artículos 234 y 235 de la LOPJ, se ordena la información "sobre el estado de las actuaciones", incluyendo la expedición de testimonios. El procedimiento para facilitar a los interesados el acceso a los documentos judiciales se regula en el art. 4 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, del Consejo General del Poder Judicial.

²¹⁷ Es más, algún autor, como RUIZ VADILLO, Enrique, El principio acusatorio..., pp. 146 y 147, opina que los medios de comunicación nunca deben ser excluidos de la publicidad, en cuanto expresión genuina del derecho de los ciudadanos a la información, aunque pueda o deba prescindirse de la identificación de la víctima, no de los acusados, salvo cuando se trate de menores.

²¹⁸ En Italia, la exclusión de la publicidad en los debates se ha justificado tradicionalmente en similares motivos, así, la seguridad del Estado, el orden público, la moralidad y la tutela de los menores. Vid., al respecto, CONCAS, Luigi, La garanzia penale..., pp. 107 y 108. TOSCHI, Andrea, "Segreto (diritto processuale penale)"..., pp. 1119 y 1120.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

232.2 de la LOPJ²¹⁹, ya que fija unos criterios más amplios que los que la LECr prevé²²⁰. La remisión genérica a la protección de los derechos y libertades permite englobar parte de las causas previstas en el art. 6.1 del Convenio Europeo²²¹, como el respeto a la intimidad o el derecho a un juicio justo²²². Por otro lado, contamos con el art. 682, que establece que "el secreto de los debates podrá ser acordado antes de comenzar el juicio o en cualquier estado del mismo". En relación con ello, el art. 704 de la LECr pretende garantizar la espontaneidad del testigo, mediante la incomunicación de los que van a declarar con los que ya hubiesen declarado²²³. Por último, el art. 15.5 de la ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual, se refiere a la posibilidad de celebración a puerta cerrada del juicio oral para proteger la intimidad de la víctima.

La LECr utiliza dos expresiones diferentes: "puerta cerrada" y "secreto de los debates". Entendemos que son equivalentes en su significación²²⁴ en este

²¹⁹ Art. 232.2 LOPJ: "Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y tribunales, mediante resolución motivada podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones".

²²⁰ Esta amplitud del art. 232.2 de la LOPJ permite excluir de la publicidad, por ejemplo, las conversaciones grabadas en el curso de una intervención telefónica que no guardan relación con los hechos objeto de la investigación ni tienen relevancia para el enjuiciamiento. En la misma línea, el art. 587 de la LECr prevé que la correspondencia que no se relacione con la causa será entregada en el acto al procesado o a su representante, o el art. 552 de la LECr pues establece que al practicar los registros deberán respetarse los secretos del particular si no interesan a la instrucción. Cfr., al respecto, DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 155 y 156.

²²¹ Art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: "El acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el tribunal cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia".

²²² DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 137.

²²³ Para una interpretación de este precepto, vid., DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 157 y 158.

²²⁴ En este sentido PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 411.

Protección penal del secreto sumarial.

caso concreto, en la medida en que el "secreto" a que alude el art. 682 está haciendo referencia a las sesiones "a puerta cerrada" del art. 680. Por otra parte, salvo el criterio previsto en el art. 232 de la LOPJ de decretar el carácter secreto de "todas o parte de las actuaciones", parece que nuestra legislación admite o bien la publicidad absoluta en el juicio oral o bien el secreto externo absoluto, cuando lo lógico es que sea posible la limitación parcial de la publicidad, justificada en un motivo razonable; así, cabría, por ejemplo, decretar la celebración a puerta cerrada con la excepción de los familiares de la víctima, o admitir la presencia de prensa escrita, pero no la grabación en juicio²²⁵.

El legislador sólo ha tenido en cuenta los efectos de la publicidad en relación con el ofendido por el delito o con su familia. Así se deduce no sólo del tenor literal del art. 680, 2º, sino también desde el momento en que sólo se reconocen legitimados los acusadores para formular la petición (art. 680, 3º).

Las razones de *moralidad* o de *orden público* pueden trascender del interés de las propias partes. En razones de "moralidad" suelen incluirse los delitos contra la libertad sexual, e igualmente delitos relativos a la prostitución. Es regla general que si los ofendidos son menores siempre se acuerde la celebración a puerta cerrada²²⁶.

En cualquier caso, esta restricción también conlleva una serie de límites cuales son: a) el acusado ni las personas a las que se refiere el párrafo 2º del art. 681 de la LECr nunca se encontrarían entre las personas excluibles de la sesión, b) no es extensible a otras justificaciones, como el miedo o el pudor y c) en cualquier caso, la eventual limitación se condiciona a la decisión del Tribunal en auto motivado, motivación que habrá de estar presidida por las notas de

²²⁵ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús Mª, Publicidad y secreto..., p. 138.

²²⁶ PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 412.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

excepcionalidad y proporcionalidad²²⁷.

La decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada podrá ser revisada por el TS a través del cauce casacional previsto en el art. 5.4 de la LOPJ y por el TC mediante el recurso de amparo (art. 24 C.E.). Esta decisión no puede ser atacada de forma autónoma, esto es, contra ella no cabe recurso alguno (art. 680,3º LECr), sino que deberá ser impugnada a través del recurso que se entable contra la sentencia que recaiga²²⁸.

El acuerdo de celebración a puerta cerrada se limita a la publicidad externa, tal como se deduce del art. 681 de la LECr: "Después de la lectura de esta decisión todos los recurrentes despejarán el local.

Se exceptúan las personas lesionadas por el delito, los procesados, el acusador privado, el actor civil y los respectivos defensores".

Por tanto, en nuestro ordenamiento no se admite ninguna restricción a la publicidad interna en la fase de juicio oral, por la exigencia ineludible del derecho de defensa (salvo la previsión del art. 687 de la LECr, que admite la posibilidad de acordar el Tribunal su expulsión cuando el acusado altere el orden con una conducta inconveniente persistiendo en ella a pesar de las advertencias del Presidente). En otros ordenamientos, en cambio, está prevista la posibilidad de que determinada prueba se practique sin la presencia del acusado, aunque

²²⁷ La sentencia del TC 37/1991, de 14 de febrero, ha extendido las restricciones a la publicidad de las actuaciones, en razones tendentes a preservar al menor de los efectos adversos que pudieran derivar de la misma. El TC llega a esta conclusión, basándose en la regla 8 de las llamadas "Reglas de Beijing", y, en los artículos 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 6 de la Convención Europea para la Protección de los Derechos del Hombre, y, por último, en el art. 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro ordenamiento, tras su publicación en el BOE, el 31 de diciembre de 1990. Cfr., al respecto, VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 42.

²²⁸ Cfr., DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús Mª, Publicidad y secreto..., pp. 125 y 126.

Protección penal del secreto sumarial.

permanezca presente su abogado, cuando sea absolutamente necesario, por ejemplo, cuando fuera previsible que un testigo o un coacusado se vea intimidado en su interrogatorio con la presencia del acusado temiendo que, en este caso, no diga la verdad²²⁹. No obstante, la LO 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, incide en esta cuestión de forma directa, al adoptarse las siguientes medidas -en caso de que se aprecie por la autoridad judicial un peligro grave para la persona del testigo o perito, su libertad o bienes, o para su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos-: omisión en las diligencias de cualquier dato que pueda servir para la identificación del testigo y la posibilidad de comparecer mediante la utilización de cualquier procedimiento que impida su identificación visual, así como la prohibición de captar su imagen física a través de fotografías o por cualquier otro procedimiento. Medidas todas que han sido moduladas por la jurisprudencia del TEDH, que exige que sean compatibles con el derecho de defensa. Con la citada Ley se cierra así todo un debate doctrinal y jurisprudencial sobre el tema²³⁰.

3.1.1. Doctrina constitucional.

Tratándose de actos procesales realizados en audiencia pública, la regla es, pues, la publicidad externa, tanto mediata como inmediata, incluidos los medios de comunicación, si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TC al respecto.

Así, en la **STC 30/82 de 1 de junio**, el tribunal otorgó el amparo a la empresa editora de "Diario 16", a uno de cuyos periodistas -Pedro J. Ramírez-, el Presidente del Tribunal Militar, que juzgaba a los encausados en el asunto del

²²⁹ Así ocurre con el parágrafo 247 de la Ley Procesal Alemana.

²³⁰ De todo ello, dan cuenta ampliamente DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 142 a 154.

23-F, retiró la acreditación y expulsó de las sesiones del juicio.

En efecto, esta sentencia, emitida por el TC tras un largo contencioso sostenido por la empresa editora de Diario 16 contra el Consejo Supremo de Justicia Militar, no sólo puede considerarse como innovadora, sino que, en cierto modo, es histórica por ser la primera que falla el Alto Tribunal en lo que se refiere a la libertad de información y su relación con la publicidad de los juicios en la nueva democracia española²³¹.

La sentencia, en conexión con el derecho de información, mantiene que "los juicios deben ser conocidos más allá del círculo de los presentes en los mismos, pudiendo tener una proyección general. Esta proyección no puede hacerse efectiva más que con la asistencia de los medios de comunicación social, en cuanto tal asistencia les permita adquirir la información en su misma fuente y transmitirla a cuantos, por una serie de imperativos de espacio, de tiempo, de distancia, de quehacer, etc, están en la imposibilidad de hacerlo(...). Este papel de intermediario natural desempeñado por los medios de comunicación social, entre la noticia y cuantos no están en condiciones de obtenerla directamente, se acrecienta con respecto a acontecimientos que por su identidad puedan afectar a todos(...)".

Ampara, pues, al periodista, pues su expulsión de la Sala fue contrario a la publicidad de los juicios y a la libertad de información. Es decir, se le amparó, no porque los periodistas gocen de un privilegio *gracioso* y *discrecional* sino que lo que se ha calificado como tal es un derecho *preferente* atribuido en virtud de la función que cumplen, en aras del deber de información constitucionalmente garantizado.

Se trata de un gran progreso por la interpretación sociológica apartándose

²³¹ ONETO, José, "El acceso de los medios de comunicación...", pp. 29 y 30.

Protección penal del secreto sumarial.

de la literalidad de la ley a la hora de interpretar el principio de igualdad, gozando los periodistas de una posición preferente siempre establecida con arreglo a criterios de *racionalidad* y no de *discrecionalidad*, es decir, cuando haya de establecerse una selección en orden a la asistencia a la vista, se atenderá a criterios objetivos, fundamentalmente, al derecho preferente anteriormente aludido.

El argumento puede compararse a otras sentencias de EE.UU., al dejar claro, de forma rotunda, un aspecto fundamental en relación con los medios de comunicación, esto es, que la Constitución garantiza el mantenimiento de una comunicación pública.

De otro lado, se reconoce la naturaleza jurídica de los órganos de comunicación social como mediadores entre la noticia y todos los ciudadanos que no están en el lugar donde se produce la noticia²³².

En consecuencia, la sentencia confirma el principio de publicidad de los juicios que garantiza el art. 24.2 y 120.1 de la C.E., constituyéndose así, el acceso al proceso en una manifestación más del derecho a obtener información que proclama el art. 20.1.d)²³³.

De esta forma, el TC no encontró justificación constitucional para el cierre del proceso a un periodista en concreto, de manera que le otorgó el amparo

²³² ONETO, José, "El acceso de los medios...", pp. 30 y 31. VEGA RUIZ, José Augusto DE, "El acceso de los medios...", p. 24. BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., p. 229. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo, El 23-F..., pp. 82 a 92. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia penal", en Jueces para la Democracia, nº 20, 3/1993, p. 26.

²³³ MUÑOZ MACHADO, Santiago, La libertad de prensa y procesos por difamación, Barcelona: Ariel, 1988, p. 164. CARMONA SALGADO, Concepción, Libertad de expresión e información..., p. 47. ONETO, José, "El acceso de los medios...", p. 31. Un amplio comentario de esta sentencia, puede verse, asimismo, en BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido..., pp. 497 a 509.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

solicitado y anuló la resolución judicial que le impedía el acceso a la sala del juicio.

En el mismo sentido se manifestó nuestro TC, en su **sentencia 96/1987, de 10 de junio**, al resolver un recurso de amparo contra la decisión del juzgado de instrucción de Manzanares, de celebrar un juicio de faltas en el centro penitenciario de Herrera de la Mancha.

Se recuerda que el principio de publicidad tiene un carácter eminentemente formal, pues de otro modo, no podría satisfacer las finalidades que se derivan de sus elementos esenciales: el control público de la justicia y la confianza en los tribunales.

El tribunal entendió, en relación con el contexto ambiental del proceso, teniendo en cuenta que en el Centro Penitenciario de Herrera de la Mancha se habían producido los hechos imputados a guardianes del mismo y que compañeros de éstos constituyeron el público asistente, que se habían limitado las garantías de publicidad del juicio. Admitió el amparo porque la limitación fáctica de la publicidad no quedaba compensada, ni con la intervención del Ministerio Fiscal, ni con la presencia de los periodistas que informaron del desarrollo del juicio²³⁴. En otros términos, esa forma de celebración no

²³⁴ STS 96/87: "Como establece el art. 120.1 C.E., la publicidad del proceso puede conocer excepciones, que en todo caso deberán estar autorizadas por una ley. Una primera excepción se encuentra en el art. 232 L.O.P.J., que en su párr. 2º establece que "excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los Jueces y Tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Otra es la del art. 680 L.E.Cr., según el cual las sesiones podrán tener lugar "a puerta cerrada cuando así lo exijan razones de moralidad o de orden público, o el respeto debido a la persona ofendida por el delito o a su familia", y el presidente, previa consulta con el Tribunal, adoptará la decisión correspondiente, "consignado el acuerdo en Auto motivado". De lo dicho resulta que la publicidad del proceso no puede restringirse sino por los motivos expresos que la ley autorice, y en consecuencia, las facultades que las leyes procesales otorgan a los Tribunales no pueden desconocer el principio de publicidad, razón por la cual deben ser interpretadas de tal manera que dejen a salvo su vigencia. Por lo tanto, debe señalarse, como también lo ha hecho la sentencia recurrida, que el art. 268 L.O.P.J. -a cuyo tenor, como se dijo, se autoriza la constitución del órgano judicial fuera de su sede-, contiene una norma encaminada a dotar de eficacia el
(continúa...)

Protección penal del secreto sumarial.

garantizaba la imparcialidad del juez ante la presencia de un público tan limitado, con base al criterio mantenido por el TEDH en casos similares, ordenando, en consecuencia, al Juzgado que fijara de nuevo la fecha y el lugar de celebración de la vista al haberse violado el principio de publicidad.

En definitiva, las consecuencias que derivan de la publicidad de los juicios, como señala José Augusto DE VEGA RUIZ²³⁵, son delicadas y controvertidas toda vez que están en juego dos libertades básicas constitucionalmente consagradas: la libertad de expresión -art. 20 C.E.- y la protección judicial de los derechos -art. 24 C.E.- por lo que es preciso un recíproco reconocimiento entre juzgadores y periodistas acerca de sus funciones y límites. Añade, asimismo, que, el derecho a informar, además de tener una base constitucional, goza de un fundamento sociológico y de garantía penal, porque si de un lado se reconoce el derecho de la sociedad afectada, en general, por el delito a ser informada convenientemente, de otro, hay también una exigencia, derivada del requisito de garantía jurídica, para defender la publicidad del proceso penal. No obstante, reconoce que el correcto ejercicio de ese derecho de comunicación tiene un claro límite en tres planos diferentes: temporal -secreto sumarial y deliberación-, material -honor, intimidad, moral y orden público- y formal -estricta veracidad de

²³⁴(...continuación)

procedimiento, cuya aplicación debe hacerse sin merma de las garantías constitucionales del proceso. El TC estima que el juicio celebrado en la misma prisión donde se cometieron por funcionarios de la misma los malos tratos enjuiciados, no respeta el derecho a un proceso con las debidas garantías que garantiza el art. 24.2 C.E. A mayor abundamiento, en lo tocante a la indefensión, alegada también por el recurrente, corresponde asimismo poner de manifiesto que la constitución del órgano judicial en el establecimiento carcelario en el que tuvieron lugar los hechos que se juzgaban, no sólo ha vulnerado el principio de publicidad, sino que además ha podido afectar a otros derechos del recurrente. En efecto, tratándose de enjuiciar hechos punibles imputados por un recluso a personal del establecimiento penitenciario en el que se celebró el juicio, es evidente que éste tuvo lugar en condiciones que, objetivamente consideradas, no son de suyo idóneas para garantizar debidamente la imparcialidad del Tribunal, que debió juzgar en la presencia de un público limitado y acaso predispuesto en favor de una de las partes, y para permitir, por consecuencia, un ejercicio sin perturbaciones del derecho de defensa. Comentan la sentencia, PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 419. DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., pp. 126 y 127, entre otros.

²³⁵ VEGA RUIZ, José Augusto DE, "El acceso de los medios de comunicación a las vistas de los juicios", en Libertad de expresión y derecho penal..., pp. 21 y 25. En el mismo sentido, CARMONA SALGADO, Concepción, Libertad de expresión e información..., pp. 48 y 49.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

la noticia-, y dependiendo, en todo caso, de la clase de difusión utilizada.

Sin embargo, la postura del TC en esta materia no siempre ha sido la misma. Las restricciones de acceso a los procesos, han sido aceptadas en ocasiones por ser ajustadas a las previsiones del artículo 120.1 C.E.²³⁶.

Así, en la **STC 30/86 de 20 de febrero**²³⁷ (asunto Casa de Juntas de Guernica), los recurrentes (procesados y condenados por injurias al Jefe del Estado por haber obstaculizado la alocución del Rey en la Casa de Juntas mencionada) invocaron el derecho Constitucional a la publicidad del juicio, restringida por las medidas policiales que habían sido adoptadas dentro y fuera de la sala donde se celebró. El TC estimó, no obstante, que el artículo 120.1 C.E. permite que se establezcan restricciones a la publicidad de las actuaciones judiciales, "y que ésta es perfectamente compatible con las medidas parciales de seguridad que pueden conducir a limitar el acceso a los juicios, debidas a la capacidad de la sala o a exigencias de orden en la misma. Pero lo más importante aquí es que no ha habido vista a puerta cerrada, sino tan sólo medidas de seguridad que aun aceptando que trajeran consigo la prohibición de acceso a la sala de determinadas personas, no desvirtúan el carácter público del acto del juicio".

Por otro lado, sobre la libertad de expresión, la mencionada sentencia, rechaza que las partes tengan siempre derecho a expresarse en la lengua que tengan por conveniente: "Aun admitiendo a efectos dialécticos que se hubiera producido lesión de algún derecho constitucional al no permitirse a los recurrentes expresarse en lengua vasca en las declaraciones efectuadas en las

²³⁶ MUÑOZ MACHADO, Santiago, La libertad de prensa..., p.183.

²³⁷ En relación al tema, véase al respecto, MUÑOZ LORENTE, José, "La libertad de expresión y las injurias al Jefe del Estado: la STS (SALA 2ª) de 28 de septiembre de 1993. Los incidentes de la Casa de Juntas de Guernica", en Derechos y Libertades, Revista del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, nº3, 1994, pp. 433 a 465.

Protección penal del secreto sumarial.

provincias en que la lengua vasca es oficial, lo cierto es que, efectuadas fuera de las mismas, los demandantes no tienen derecho a exigir que sus manifestaciones ante los órganos del poder se hagan en una lengua que no sea la castellana, que, por mandato de la misma Constitución, tiene el deber de conocer".

Sobre las razones que permiten la celebración de las vistas a puerta cerrada, la **STC 62/1982, de 15 de octubre** establece que: "para determinar si las medidas aplicables eran necesarias para el fin perseguido, han de examinarse si se han ajustado o si han infringido el principio de proporcionalidad, principio general del Derecho que, dada su formulación como concepto jurídico indeterminado, permite un margen de apreciación".

En el caso concreto, se adoptó el acuerdo de celebrar el juicio a puerta cerrada porque el debate iba referido a la obra titulada "A ver" destinada a la educación sexual de los niños, y en consecuencia era una materia relativa a "razones de moralidad"²³⁸, decisión que no prejuzga, según mantuvo el Tribunal, que el inculpado sea o no inocente, ni vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva.

Por otro lado, el TC, a través de la Sentencia **71/1990, de 5 de abril**, considera conveniente preservar los intereses del menor y del entorno familiar, por ser esferas pertenecientes a la intimidad personal y familiar, reconociendo para ello, la aplicación de un régimen limitativo de la publicidad²³⁹.

Por su parte, el TS, también se ha pronunciado en ocasiones sobre esta cuestión, alegando como principal motivo para justificar la celebración a puerta

²³⁸ Sobre la moralidad como límite impreciso al derecho de acceso a las salas de justicia, a propósito de este juicio, véase, BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, José Manuel, Derecho fundamental al proceso debido..., pp. 509 a 514.

²³⁹ Cfr., PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 419.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

cerrada, la intimidad de la víctima²⁴⁰. Asimismo, para que la decisión de la celebración del juicio a puerta cerrada conlleve la anulación de la sentencia en casación, se exige²⁴¹ que el recurrente alegue en qué sentido tal acuerdo fue causa de indefensión²⁴².

Por último, merece la pena destacar la **Sentencia del Tribunal Militar Central de 10 de julio de 1997**, por el que se le impone al Coronel Juan Alberto Perote, ex jefe de la Agrupación Operativa del servicio secreto, entre 1983 y 1991, una pena de siete años de prisión²⁴³ por un delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad y defensa nacional, previsto en el art. 53, párrafo primero del Código Penal Militar, en relación al art. 54. 1 del citado texto legal, por ser el sujeto activo depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino, en concreto, por procurarse deliberadamente microfichas que contenían los llamados *papeles del Cesid*.

En el concreto tema que nos interesa resaltar ahora, el Tribunal Central Militar explica en la sentencia su polémica decisión de celebrar a puerta cerrada el juicio contra el coronel Perote que, en opinión de la defensa, habría vulnerado el derecho constitucional del acusado a un juicio público, invocando al respecto el art. 120 de la C.E. En efecto, el Tribunal expone que el letrado no cita al completo el precepto que invoca. Porque, si bien, en el mismo se dice que "las actuaciones judiciales serán públicas", lo cierto es que prosigue "con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento". Al amparo del art. 295 de

²⁴⁰ Así, en sentencias 1597/1993, de 28 de junio; 2410/1993, de 30 de octubre y 1646/1994, de 16 de septiembre, entre otras.

²⁴¹ Así, en sentencia 168/1995, de 14 de febrero.

²⁴² Lo que, a juicio de DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 141, supone una relación discutible entre la nulidad del art. 680.1 LECr y la causa de nulidad recogida en el art. 238.3º LOPJ.

²⁴³ Condena que ha sido confirmada por el Tribunal Supremo (Sala Quinta, de lo militar), por Sentencia de 31 de marzo de 1998.

Protección penal del secreto sumarial.

la LO 2/1989, de 13 de abril, que regula el procedimiento en la Jurisdicción Militar -redactado prácticamente en idénticos términos que su homónimo art. 680 de la LECr- y especialmente, del art. 232 de la L.O.P.J. que explícitamente prevé esta excepción con el fin de proteger los derechos y libertades de las personas, el Tribunal decidió hacer uso de esta excepción (..) con expresa motivación en la que se exponía que "...concurren en el presente caso razones de orden público que exigen esta decisión para preservar la posible divulgación de datos secretos o reservados e impedir la publicidad de informaciones que pudieran afectar al ámbito protegido por la Ley de Secretos Oficiales (...) teniendo en cuenta que existen relevantes motivos de seguridad nacional en una sociedad democrática para apreciar las excepciones previstas en las leyes de procedimiento". Por tanto, cuando el Tribunal adoptó tan excepcional prevención, "no tuvo su causa en el capricho o la arbitrariedad y mucho menos en el ocultismo". "En el debate procesal -argumenta- figuraban asuntos y materias de muy relevante trascendencia, tanto para España como para otros Estados con los que nuestro país mantiene determinadas alianzas. La eventualidad de que pudiera desvelarse por los testigos o el procesado alguna de aquellas materias en el marco de alguna confrontación a veces acalorada y tensa, con las muy negativas consecuencias que ello acarrearía a altos intereses del Estado, obligaron al Tribunal a extremar su prudencia y a adoptar medidas que preservaran aquello que, por su naturaleza, está excluido del conocimiento público. Cabe decir, además que al aplicar la excepción legal, el tribunal pretendió proteger la integridad física y la vida de ciertas personas que pudieran desarrollar sus actividades al servicio de la Inteligencia del Estado en circunstancias y condiciones hostiles (...)" . Agrega, además el tribunal, que muchos testigos que inicialmente se acogían a su dispensa de declarar, se decidieron a contestar las preguntas cuando se explicó que la vista se celebraba a puerta cerrada para facilitar su testimonio, "lo cual permitió proveerse de importantes y valiosos elementos de juicio".

En este caso, por tanto, se celebró el juicio a puerta cerrada porque las materias que se trataron en el debate procesal afectan a la seguridad y defensa

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

del Estado. Esta motivación puede incardinarse, en nuestra opinión, en la razón de *orden público*²⁴⁴ a que alude el art. 680, 2º párrafo de la LECr.

3.1.2. Especial referencia a la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales.

Un tema al que no se ha hallado una solución concreta en el derecho español ni tampoco en el ámbito del derecho comparado es el de la admisibilidad de la radio y de la televisión en las audiencias procesales, que se plantea especialmente en aquellos juicios que versan sobre temas que impactan a la opinión pública -terrorismo, agresiones sexuales, grandes delitos socioeconómicos, etc.-.

A. España.

En principio, parece que no existe ningún impedimento para admitir la radio y la televisión como medios para dar a conocer las sesiones al mayor número de personas, si tenemos en cuenta que la LECr en su art. 680 establece con carácter general que los debates del juicio oral serán públicos. Aunque también es cierto que esta interpretación va más allá del propio espíritu de la LECr puesto que hablamos de una ley decimonónica que era incapaz de prever las consecuencias de tales retransmisiones.

Tomando como referencia una legislación más actual, los límites de la intervención de los medios de comunicación audiovisuales vendrán encuadrados, en primer lugar, por el art. 20.4 de la C.E. -respeto al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia- y,

²⁴⁴ Cfr., al respecto, dentro del capítulo II de la segunda parte de este trabajo: Exclusión de la antijuridicidad, el subepígrafe dedicado al ámbito concreto del secreto de Estado delimitado en base al bien jurídico protegido, donde nos referimos al *orden público constitucional*, como criterio delimitador del bien jurídico *seguridad interior del Estado*.

Protección penal del secreto sumarial.

en segundo término, por la LO 1/1982, de 5 de mayo sobre "Protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen" que determina lo que son "intromisiones ilegítimas" que nunca lo serán las actuaciones autorizadas o acordadas por la autoridad competente aun cuando predomine un interés histórico, científico o cultural.

Tales límites pueden traspasarse con más facilidad con la intervención de medios de comunicación cinematográficos o de televisión, aunque a falta de disposiciones legales, siempre habrá que someterse a la decisión del tribunal, el cual deberá oír antes a las partes, lo que ocasiona que en la práctica existan serios impedimentos para el acceso a los juicios de tales medios²⁴⁵. Si el Presidente autoriza la grabación, hay que distinguir: si el procesado o algún testigo se ha opuesto a que sea captada su imagen, lo lógico es que se respete esa oposición; así parece deducirse del art. 8.2.c) de la LO 1/1982, aunque el tema es discutible y en mayor medida si se trata de los letrados. La cuestión es más controvertida aún en el caso de que sea el fiscal el que se opone a que sea captada su imagen, desde el momento en que el art. 8.2.a) de la mencionada Ley permite la captación de imágenes de personas que ejerzan un cargo público cuando se trate de un acto público. No obstante, puede pedir motivadamente que se respete su deseo, pues, de todos modos, la libertad de información ya está salvaguardada con la presencia de los periodistas en la Sala²⁴⁶.

En lo que concierne a las declaraciones públicas de las personas que intervienen en los juicios penales, es preciso distinguir que, si bien no parece razonable impedir al imputado su libertad de expresión, haciendo declaraciones

²⁴⁵ VEGA RUIZ, José Augusto DE, "El acceso de los medios...", pp. 26 y 27. CARMONA SALGADO, Concepción, Libertad de expresión e información..., pp. 52 y 53. VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 228 y 229. De opinión contraria se muestra LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 26, quien considera que la situación en España al respecto es extraordinariamente permisiva.

²⁴⁶ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 165 y 166. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., p. 149.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

a los medios de comunicación, en cambio, en el caso de los abogados y procuradores, las normas deontológicas de sus Colegios deberían matizar el alcance y límite de las declaraciones públicas²⁴⁷.

Con mayor concreción se ha planteado el tema por la **Sala de Gobierno del Tribunal Supremo**, quien ha aprobado, el **12 de septiembre de 1995**, una *Normas sobre acceso al palacio sede del Tribunal Supremo*, declarando al respecto: "no se permitirá el acceso de los indicados medios con cámaras fotográficas o de televisión a juicios o vistas en ninguna de las Salas". Tras recibir quejas de la Asociación de Escritores y Periodistas Independientes y de un grupo de "periodistas que habitualmente cubrimos la información de tribunales", la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, con fecha **25 de septiembre de 1995**, sustituyó la norma anteriormente transcrita por la siguiente: "No se permitirá el acceso con cámaras fotográficas, de video o televisión al Palacio del Tribunal Supremo, salvo a los actos de apertura del año oficial, tomas de posesión y otros actos gubernativos solemnes".

Ante una nueva queja de la Asociación de la Prensa de Madrid, la **Sala de Gobierno del Tribunal Supremo**, el **5 de octubre de 1995**, mantiene y ratifica el Acuerdo anterior con el siguiente nuevo Acuerdo: "la exclusión de los medios audiovisuales, en línea con el criterio seguido en países de nuestro entorno cultural, con la quizá única excepción de Italia, además de constituir un tema de afectación general a todas las Salas del Tribunal y no una cuestión particular de cada una de ellas, obedece a principios de dignidad y garantía, exigentes de que juicios y vistas se celebren en un marco de seriedad, con respeto al Tribunal y a quienes intervienen ante él, eliminando toda connotación de espectáculo y sin tensiones o presiones que puedan alterar la serenidad y reposo convenientes de quienes declaran o informan, poniendo en riesgo su libertad de expresión o derecho de intimidad e imagen".

²⁴⁷ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 229.

Protección penal del secreto sumarial.

Por último, el Pleno del CGPJ, el 7 de febrero de 1996, desestima dos recursos interpuestos por la Federación de Asociaciones de la Prensa de España y un grupo de periodistas de tribunales, contra los indicados Acuerdos de la Sala de Gobierno del Tribunal Supremo; no obstante, respecto al Acuerdo aprobado por la Sala de Gobierno, de 25 de septiembre de 1995, referente al acceso con cámaras fotográficas, de video o televisión, estima parcialmente los recursos interpuestos, argumentando lo siguiente: como las normas generales de utilización del edificio dictadas por la Sala de Gobierno, están subordinadas a las que en el ejercicio de su función jurisdiccional puedan adoptar las Salas de Justicia en garantía del principio de publicidad de los juicios, se estiman parcialmente estos recursos respecto al mencionado contenido "en la medida que tal cláusula no respeta las facultades jurisdiccionales de las Salas para autorizar en cada caso el acceso a medios audiovisuales a las vistas".

El acuerdo en este aspecto es compartible en la medida en que las decisiones de un órgano gubernativo no pueden sustituir las facultades atribuidas a los órganos jurisdiccionales. Sólo a éstos corresponde decidir la forma en que se desenvolverá la publicidad en la fase de juicio oral y las limitaciones a la misma. Lo desafortunado, pues, de los acuerdos anteriores de la Sala de gobierno, había consistido en pretender que prevalezca esta decisión gubernativa sobre la de los órganos jurisdiccionales, suponiendo, en consecuencia, una invasión de atribuciones²⁴⁸.

Asimismo, en cuanto al fondo de la cuestión, nos adherimos plenamente a la resolución del Consejo cuando niega que las limitaciones expresadas vulneren los derechos fundamentales reconocidos en el art. 20.1.d) C.E., en la medida en que "la finalidad pretendida no es otra que la de establecer una restricción al empleo de unos medios tecnológicos que encuentra cobertura en

²⁴⁸ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 170 y 171.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

el texto constitucional, en cuanto que con el empleo de tales medios puede ponerse en peligro otros derechos fundamentales", esto es, la intimidad, la propia imagen, la seguridad, que sus cometidos puedan desarrollarse serenamente, sin presión alguna.

B. Derecho comparado.

La legislación comparada al respecto ofrece diferentes posturas.

Así, ni **Alemania** ni **Francia** autorizan de forma general a los medios audiovisuales a acceder a las vistas, sin duda por considerar que la búsqueda de la verdad quede perturbada por la presencia de estos medios²⁴⁹.

En concreto, **Alemania** fue el primer país en donde se planteó, el problema de la fotografía o de la utilización de micrófonos o bandas magnetofónicas durante la celebración de los juicios, grabación que excepcionalmente podría ser autorizado por el Presidente de la Sala, para su transmisión posterior, aunque siempre respetando el derecho del inculpado o de los testigos que tienen la última palabra²⁵⁰. De hecho, en este país, en la actualidad se combina la absoluta libertad de acceso a la prensa escrita con la prohibición de grabaciones magnetofónicas, televisivas o radiofónicas, así como grabaciones de sonido y filmicas, con el fin de su difusión²⁵¹.

²⁴⁹ Si se desea, puede consultarse las referencias de legislación, jurisprudencia y doctrina que aporta sobre el tema LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Libertad de información y proceso penal...", p. 137.

²⁵⁰ VEGA RUIZ DE, José Augusto, "El acceso de los medios...", p. 26. Como prueba de este planteamiento, el autor añade que por "no reconocerse tal derecho a un abogado que se negó a hablar ante el micrófono, la Corte Suprema de Justicia de Alemania, en decisión de 8 de febrero de 1957, anuló la sentencia que en tal proceso se había dictado". Si se desea profundizar en el sistema alemán, véase GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., pp. 51 a 73.

²⁵¹ Así lo establece el parágrafo 169 de la Ley Orgánica de los Tribunales.

Protección penal del secreto sumarial.

Por su parte, en **Francia**, la Ley de 11 de julio de 1985²⁵², ordenó la creación de un archivo audiovisual de la Justicia, con la grabación de los debates judiciales públicos, estableciendo la no autorización de la difusión como regla general. Sin embargo, una Ley de 13 de julio de 1990 excepciona esta prohibición general respecto a los juicios sobre crímenes contra la humanidad, para permitir la divulgación del proceso seguido en 1987, ante la Cour d'Assis de Lyon, contra Klaus Barbie²⁵³. A mayor abundamiento, el nuevo Código de Procedimiento Penal francés (artículos 308 y 403) prohíbe, desde la apertura de los debates, el empleo de toda clase de aparatos de registro o transmisión, cámaras de televisión o de cine, o aparatos fotográficos, bajo pena de multa de 300 a 9.000 francos²⁵⁴, incriminándose esta conducta, asimismo, en el nuevo CP francés de 1994. Se pretende con esta medida amparar la serenidad del juzgador y proteger a los testigos. Sin embargo, últimamente los fotógrafos acceden al juicio con el previo consentimiento verbal del juez, otorgado incluso minutos antes de iniciarse la sesión²⁵⁵.

En **Estados Unidos**²⁵⁶, tras el caso *Chandler v. Florida*²⁵⁷, que sostuvo que los Estados miembros podían autorizar la cobertura electrónica y fotográfica de los procesos penales, incluso en contra de la voluntad del acusado, afirmando que no hay datos para demostrar que la mera presencia de los medios de

²⁵² Sobre esta Ley, vid., con mayor extensión VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 211 y 212.

²⁵³ Cfr., DEL MORAL GARCIA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º; Publicidad y secreto..., p. 159. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 27.

²⁵⁴ VEGA RUIZ, José Augusto DE, "El acceso de los medios...", p. 26. VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 211.

²⁵⁵ ONETO, José, "El acceso de los medios...", p. 34.

²⁵⁶ Vid., *in extenso, supra*, dentro del capítulo 4.1.3 Soluciones adoptadas en derecho comparado, el subepígrafe B Estados Unidos. Igualmente, GARCIA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., pp. 73 a 83.

²⁵⁷ *Chandler v. Florida* 449 US. 560. 101. S. Ct. 802. L. Ed. 2d. 740 (1981). Sobre esta sentencia cfr., ampliamente, VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 213 y 214.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

comunicación comporte necesariamente efectos negativos en el juicio, se pasó por una situación intermedia consistente en emitir solamente aquellas grabaciones que hayan sido permitidas por todas y cada una de las partes. Solución que si bien en principio no ha sido muy agradable a la prensa, de hecho en treinta Estados están presentes las cámaras de televisión sin que haya existido una oposición firme al respecto. En todo caso, la defensa del derecho a un juicio justo ante un tribunal imparcial se tiene siempre presente para delimitar el ámbito de la discusión. Al amparo de esta doctrina, desde el 1 de julio de 1991, una cadena de TV, Court TV, retransmite en directo juicios filmados desde el interior de las salas de audiencias, abarcando todo el territorio nacional. No es un directo absoluto, sino que media un intervalo de diez segundos entre la filmación y la retransmisión, lo que permite, en caso de necesidad, ocultar alguna escena demasiado cruda. Se filma desde puntos de anclaje fijos colocados en la sala. El propósito es dar una información completa del funcionamiento de la justicia, así como estimular a los profesionales del derecho que, viéndose filmados en un programa de gran audiencia, darán lo mejor de sí mismos. Aunque este programa intenta ser neutral, hay que tener en cuenta los posibles efectos secundarios que ocasiona: exponer la identidad de jurados y testigos al conocimiento del público, la explotación del dolor y la angustia de los justiciables y de las víctimas, la presión de los medios sobre el juez y el jurado, con el riesgo derivado de vulnerar los derechos a un juicio justo y a la presunción de inocencia, y la imparcialidad del jurado²⁵⁸.

En Italia también se permite la entrada de la radio y la televisión en las Salas de Justicia, previa autorización judicial, la cual se encuentra sujeta a una doble condición: que la presencia de los medios no perjudique el sereno y regular desarrollo de los debates, y que el juez obtenga la conformidad de las partes, si bien, excepcionalmente, puede otorgarse la autorización, a pesar de la oposición

²⁵⁸ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 215.

Protección penal del secreto sumarial.

de los interesados, si el juez aprecia un interés social relevante de la información²⁵⁹. El problema añadido que se plantea en este país es la excesiva presencia de medios en cuanto hay más de cinco mil radios privadas y unos trescientos canales de televisión. Para evitar conflictos derivados de esta proliferación, en el caso "Moro" (1985) el presidente del Tribunal, Severino Santiapicchi, permitió que la televisión pública italiana (R.A.I.) grabara en vídeo las sesiones pero con la obligación de proporcionar a las cadenas privadas el material que requiriesen²⁶⁰.

En Portugal, 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. Sin embargo, 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 posibilidad de excepción jurisdiccionalmente acordada. Tampoco se permite la publicación de la identidad de las víctimas de crímenes sexuales, contra el honor, contra la reserva de la vida privada, antes de la audiencia, y, en todo caso, si es menor de dieciséis años²⁶¹.

En el Reino Unido los tribunales son, asimismo, poco proclives a permitir el acceso de la televisión a los juicios. En todo caso, los medios de comunicación se hallan mediatizados por la *Contempt of Court Act* de 27 de julio de 1981²⁶².

²⁵⁹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 28.

²⁶⁰ ONETO, José, "El acceso de los medios...", pp. 33 y 34.

²⁶¹ Según los artículos 86 a 88 del Código de Procedimiento Penal. Cfr., VARELA CASTRO, Luciano, "Proceso penal y publicidad"..., p. 40. DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 160 y 161.

²⁶² Al respecto, tuvo repercusión el caso Channel Four Television (1981) mencionado en el subepígrafe e') La Contempt of Court Act de 27 de julio de 1981, dentro del epígrafe 1.3 Soluciones adoptadas en el derecho comparado, al cual nos remitimos.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

La breve referencia al derecho comparado, demuestra la dificultad de encontrar soluciones ponderadas que puedan equilibrar los intereses contrapuestos pero dignos todos de protección.

C. Conclusión.

El problema, de nuevo, se plantea en la necesidad de conciliar el derecho del ciudadano a una información completa y el derecho de los acusados a un proceso equitativo.

En definitiva, si bien, en el juicio oral la regla es la publicidad, ello no impide reconocer los riesgos que puede conllevar esa presencia física de los medios de comunicación en las vistas. Así se pueden señalar al respecto, las siguientes conclusiones:

Un primera afirmación es clara: en los supuestos en los que la LECr permite la exclusión de la publicidad externa, evidentemente y con mayor motivo, se puede prohibir la captación y difusión de imágenes y sonido del juicio oral.

Segunda: las fotografías y la televisión pueden llevar a cabo una divulgación de la imagen de los acusados que haga más profunda la lesión del honor del condenado o representar un inconveniente para su integración social, entrando de este modo, en crisis la prevención especial²⁶³, sin que se sepa, por el contrario, en qué medida la divulgación de su imagen contribuiría a la prevención general. Asimismo, la difusión televisiva constituye una intrusión más grave en la intimidad y en la propia imagen del imputado, con el uso frecuente de la técnica del primer plano tendente a encuadrar el rostro del protagonista con

²⁶³ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., pp. 226 y 227. GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., p. 43.

Protección penal del secreto sumarial.

sus muestras de ira, dolor o desesperación²⁶⁴. No obstante, no hay que olvidar que en el caso de personajes públicos y notorios el derecho a la intimidad cede por virtud del interés general²⁶⁵. Sin perjuicio de esto, la protección de la intimidad deberá ser igual que la que merecen las personas privadas cuando el presunto delito haya sido cometido, por ejemplo, fuera de la esfera funcional del funcionario o relacionado con la vida íntima del personaje notorio. Ahora bien, este interés público que justifica la publicación de una imagen sin el consentimiento del interesado, es diferente a la curiosidad pública²⁶⁶.

Tercera: la introducción en la Sala de los aparatos necesarios para la retransmisión de los debates por la televisión o por la radio, también puede plantear problemas de seguridad²⁶⁷. Por otro lado, la seguridad puede verse amenazada en el caso de crímenes organizados, cuando se juzga a integrantes de bandas armadas, en el caso de tráfico de estupefacientes. En estos casos, la limitación debe provenir, en nuestra opinión, no sólo de las medidas que impone la ley de protección de testigos (que no abarca al imputado), sino de la prohibición de difundir su imagen por la televisión. Al propio tiempo, estos medios técnicos que registran la voz y el sonido son ciertamente aparatosos, lo que puede afectar la percepción y atención del Tribunal, las partes y el público, poniendo en peligro el principio de inmediación²⁶⁸.

²⁶⁴ GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., pp. 46 y 47. Sobre el derecho a la propia imagen se suelen distinguir varias facetas: como derecho autónomo, independiente del ámbito estricto de los derechos a la intimidad y al honor, por ejemplo, cuando la imagen se ha tomado con su consentimiento pero se reproduce sin su autorización; como derivación del derecho al honor, por ejemplo, la difusión de la imagen que hiera el sentimiento; por último, en general, se considera que toda difusión de la imagen contra la voluntad de la persona comporta un ataque contra su intimidad, al reconocerse que el anonimato forma parte del derecho a la intimidad. Cfr., *ibidem*, pp. 97 a 99.

²⁶⁵ Cfr., al respecto, *supra*, el subepígrafe B. Soluciones adoptadas por la jurisprudencia.

²⁶⁶ GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., pp. 147 a 149.

²⁶⁷ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., pp. 226 y 227.

²⁶⁸ GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., pp. 44 y 130.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

Cuarta: la abundancia de periodistas y fotógrafos presentes en la Sala puede dificultar el desarrollo normal de los debates, así como la espontaneidad con la que se realicen las diversas intervenciones²⁶⁹, lo que afecta a la finalidad de la búsqueda de la verdad al incidir negativamente en la fiabilidad de los testigos. En efecto, la presencia de las cámaras puede desatar en los testigos sentimientos de miedo, nerviosismo o intranquilidad que puede afectar a su testimonio²⁷⁰.

Quinta: en los juicios de mayor notoriedad, la manipulación de las declaraciones puede provocar en los medios de comunicación la celebración de juicios paralelos, especialmente las crónicas televisadas, pues parecen tomar el lugar de verdaderos juicios, con el posible riesgo de constituir una violación del principio de presunción de inocencia²⁷¹ (art. 24 de la C.E.) y un obstáculo para la independencia judicial (art. 117.1 de la C.E.)²⁷².

Sexta: aunque las retransmisiones pretendan ser neutrales, ocasionan una serie de efectos secundarios, al margen de los inconvenientes expuestos anteriormente: así, la explotación con fines comerciales del dolor de los acusados y de las víctimas, propiciar artículos de opinión sobre el acusado, publicación de pruebas inadmisibles en el juicio, crear un estado de opinión en la sociedad, etc.²⁷³.

Para paliar estos inconvenientes, se proponen las siguientes pautas:

²⁶⁹ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., pp. 226 y 227. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., pp. 43 y 44.

²⁷⁰ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., p. 47.

²⁷¹ BUENO ARÚS, Francisco, "Libertad de expresión y Administración de Justicia"..., pp. 226 y 227. En el mismo sentido, GARCÍA, Luis M., Juicio oral y medios de prensa..., pp. 31 y 42.

²⁷² Sobre los medios de comunicación y juicios paralelos, cfr., *supra*, el epígrafe 1.

²⁷³ VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 216.

Protección penal del secreto sumarial.

1ª La presencia de periodistas en los juicios respeta el contenido esencial de la libertad de información, por lo que acordar la no presencia de cámaras de televisión en el juicio oral, en general no menoscaba esa libertad informativa, siendo una medida prudente en la mayoría de los casos²⁷⁴. En otros términos, el juicio no deja de ser público porque se prohíban las filmaciones o registros sonoros.

2ª Es posible, pues, poner restricciones al registro de sonido o imagen y, por tanto, límites al derecho a acceder a la información, sin agravio del derecho a la propia libertad de prensa en la medida en que estas restricciones estén destinadas a proteger otros intereses *en concreto* prevalecientes²⁷⁵, para lo cual es indispensable la técnica de la ponderación²⁷⁶. En todo caso, podrán restringir las grabaciones cuando pongan en peligro la finalidad del proceso, afectando a la imparcialidad del mismo, la seguridad del imputado, de los testigos o de sus familias.

Es posible pensar, por esta vía, que existiendo un juicio oral público como regla general, sea necesario, sin embargo, que la grabación del sonido o de la imagen esté sujeta a autorización previa. O bien, que se establezcan medidas especiales de protección para determinados testigos, como los niños, o para ciertos acusados, como los enajenados²⁷⁷.

²⁷⁴ DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^º, Publicidad y secreto..., p. 165.

²⁷⁵ GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., pp. 127, 162 y 163. En el mismo sentido, VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", p. 216, partiendo de la doctrina del Tribunal Supremo norteamericano en *Nebraska Press Association v. Simants* 427 US. 539, 96. SCT, 2791, 49 L., ed. 2d, 683/1976.

²⁷⁶ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 28, destaca como ejemplo de cómo debe tratarse el conflicto entre el interés informativo y los derechos del acusado, desde la óptica de la ponderación, la decisión del Tribunal Supremo Federal Alemán en el caso *Lebach* (BverfG 35, 202), por la que se prohibió la emisión de un programa documental sobre el asesinato de cuatro soldados, que se pretendía televisar dos años después de producida la condena, destacando el Tribunal la relevancia del principio de rehabilitación de las personas condenadas, al que se recurre para limitar la difusión de noticias judiciales, máxime tratándose de la repetición de una información.

²⁷⁷ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 28.

Límites al principio de publicidad tras la apertura del juicio oral.

3ª Cuando esté en juego el derecho al honor, intimidad y propia imagen del imputado, deberá contarse con su consentimiento para la grabación televisiva²⁷⁸, ponderando de nuevo estos intereses en relación al derecho a la información. Incluso puede excluirse el acceso a la televisión en los procesos por determinados delitos que afectan intensamente a la vida privada de la víctima, como los crímenes sexuales²⁷⁹.

4ª Los tribunales pueden dictar providencias para garantizar la concurrencia de todos los medios de comunicación en igualdad de condiciones, para no otorgar privilegios o ventajas competitivas²⁸⁰ y, al mismo tiempo, como garantía del orden.

5ª Las restricciones a la publicidad también pueden centrarse en prohibir que los abogados, las partes y los testigos efectúen declaraciones públicas, tras las retransmisiones televisadas o radiadas de los juicios.

6ª En el resto de los supuestos, el Tribunal, para favorecer el desarrollo del juicio, puede limitar el número de cámaras televisivas, imponer su ubicación en lugares fijos y relativamente distanciada, de forma que no entorpezcan la atención y percepción del tribunal y del resto de las partes, prohibir el destello de los flashes y reflectores, regular el comportamiento de los propios periodistas en la sala, o incluso imponer, en determinados supuestos, que la retransmisión se haga en diferido. Es decir, no se trata de prohibir de modo absoluto su uso sino limitar su número, características y ubicación²⁸¹.

²⁷⁸ GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., p. 163.

²⁷⁹ LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 28.

²⁸⁰ GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., pp. 155, 156 y 165.

²⁸¹ En este sentido, GARCÍA, Luis M., Juicio oral..., pp. 130 a 132. LÓPEZ ORTEGA, Juan José, "Televisión y audiencia...", p. 28. Sobre las restricciones a esta publicidad partiendo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano, vid., VERGER GRAU, Joan, "Los juicios paralelos...", pp. 216 a 219.

3.2. Discusión y votación de las sentencias.

Tras la celebración del juicio oral, se verifica la discusión y votación de las sentencias²⁸² que se efectuará *a puerta cerrada*, por mandato del art. 150 de la LECr y, por tanto, en *secreto* (término empleado en el art. 233 de la L.O.P.J. y equivalente en este caso al de *puerta cerrada*), aunque se permite la publicación de los votos particulares, en virtud del art. 260 de la LOPJ. Cabe imaginar si es o no aconsejable que la regla de la deliberación secreta fuese facultativa para el tribunal colegiado, en analogía a lo que sucede en los órganos unipersonales.

En opinión de Palacios Luque²⁸³, no es aconsejable que el tribunal colegiado pudiera hacer uso de esta facultad, por dos razones: 1. Se puede violentar el estado de ánimo de los magistrados ante la visible reacción del perdedor, creándose artificialmente una alteración en la Sala de Justicia. 2. Habría una disminución de la libertad y de la espontaneidad en la decisión.

²⁸² Como es sabido, la lectura de las sentencias se efectúa en audiencia pública, por mandato del art. 120.3 de la C.E., mandato que sólo se cumple en casos muy particulares, pues la simple posibilidad de acceso a la resolución judicial se considera que satisface la previsión del citado precepto. No nos extendemos en esta cuestión porque en este trabajo estudiamos únicamente las restricciones a la publicidad, y más en concreto, en la fase de instrucción. Una interpretación amplia sobre la expresión «sentencias se pronunciarán en audiencia pública» a la luz del TEDH, es realizada por DEL MORAL GARCÍA, Antonio; SANTOS VIJANDE, Jesús M^a, Publicidad y secreto..., pp. 129 a 135.

²⁸³ PALACIOS LUQUE, Diego, "Publicidad del proceso penal...", p. 412.