

PUBLICIDAD Y SECRETO SUMARIAL.*

Jesús PECES MORATE

I. EL MANDATO LEGAL DE SECRETO:

El secreto de lo que nosotros denominamos «sumario» desapareció de las legislaciones continentales para el denunciado o imputado desde que aquellas 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 sumariales. Los redactores de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal rechazaron la tendencia de ciertas escuelas «radicales» (en expresión de su Exposición de Motivos), que intentaban extender el 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 analoga a la víctima, precisa alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor.

Las reservas de las tareas de investigación e instrucción quedó recogida en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al decir que «las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley», previniendo seguidamente con sanciones disciplinarias a quienes, sin ser funcionarios públicos, revelaren indebidamente el secreto del sumario, porque si lo hiciese un funcionario incurriría en las responsabilidades que señala el Código Penal en su artículo 367.

Con extremosa interpretación, una Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 1928 decía que «la enorme difusión que la prensa proporciona, hace mayor el 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 procedencias». El abismo que

separa esta concepción de la orientación anglosajona, se evidencia con la regla que el *common law* ha mantenido desde que el juez Eduardo Coke declarase, en 1612, la gran importancia de que todas las causas sean oídas, juzgadas y determinadas abiertamente, informando también la práctica de los Tribunales en los Estados Unidos de América del Norte, de manera que el juez Frankfurter en 1950, con ocasión de la sentencia *Maryland v. Baltimore Radio Show Inc*, llegó a decir que «una de las demandas de la sociedad democrática es que el público sepa lo que ocurre en los tribunales, y lo conozca por medio de la prensa, a fin de que el referido público pueda juzgar si nuestro sistema de justicia penal es justo y ajustado a derecho».

La rigidez de los sistemas normativos dificulta una respuesta general satisfactoria al conflicto entre publicidad y secreto, mientras que el *judge made law* permite una más fácil acomodación a los hechos. De aquí que las soluciones legales y jurisprudenciales en aquéllos hayan sido insuficientes para construir teorías susceptibles de salvar la antinomia.

Ante los «leading case», por el contrario, nos encontramos con una casuística valiosa, que 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 imparcial. Dicey (*An Introduction to the study of the Law of the Constitution*, 1885) marcaba la diferencia histórica entre la libertad de expresión en Inglaterra y en Francia en la menor regulación de que había sido objeto en la primera frente a una mayor interferencia del poder público en la segunda. El monopolio legal, a través del ordenamiento procesal, penal o administrativo, ha dificultado el equilibrio entre publicidad y secreto, ha entorpecido las soluciones, enturbiando una práctica prudente que armonizase derechos e intereses, y ha propiciado una trayectoria vacilante según la interpretación de los preceptos aplicables. Se ha oscilado entre el hermetismo y la locuacidad, motivada ésta, no tanto por un protagonismo publicitario de los jueces, cuanto por la no siempre fácil exégesis de las normas que consagran el derecho fundamental a la libre información y las que imponen restricciones a esta por razón de la instrucción sumarial.

* Este texto es parte de la ponencia presentada por el autor en el Seminario sobre «El poder judicial en el conjunto de los po-

deres del Estado y de la sociedad» Universidad Menéndez Pelayo (Santander) Cursos de Verano, 1989.

II. SISTEMA VIGENTE

El secreto sumarial es una excepción a la regla constitucional de publicidad de las actuaciones judiciales, permitida por el artículo 120.1 de la Constitución. Los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal regulan una fase del proceso penal, preparatoria del juicio, reservada 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.

La legitimidad de esta excepción radica en su rango legal 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 Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de Noviembre de 1950. En la interpretación realizada de este último precepto por las Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos 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 sentencia.

El Tribunal Constitucional, en sentencia pronunciada por su Sala Segunda con fecha 31 de enero de 1985 (Ponente Sr. Tomás y Valiente) declaró que «esta genérica conformidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y por lo mismo requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta». Tanto esta sentencia como la ulterior del mismo Tribunal, de fecha 4 de octubre de 1988 (Sala Primera, Ponente Sr. Díaz Emil), exigen que el secreto de las actuaciones sumariales venga objetiva y razonablemente justificada en circunstancias evidenciadoras de que la medida resulta imprescindible para asegurar la protección del valor constitucional de la justicia, porque la regulación legal del secreto sumarial no se interpone como un límite frente a la libertad de información, sino más amplia y genéricamente como un impedimento al conocimiento por cualquiera, incluidas las partes en algún caso, de las actuaciones de esta etapa del proceso en aras de alcanzar una segura represión de delito.

Para restringir la publicidad de las actuaciones sumariales y el derecho de defensa del justiciable se requiere, no sólo su previsión en una norma con rango de Ley, sino la justificación de la limitación en cada caso concreto con base en la protección de otro bien o derecho constitucionalmente relevante, así como la congruencia y proporcionalidad entre la medida aplicable y la consecución de aquellos valores.

Las restricciones legales, y debidamente justificadas, de la publicidad del sumario no pueden alcan-

zar a la comunicación o recepción de información veraz por cualquier medio de difusión, cuando los datos revelados se han obtenido legítimamente y al margen de las actuaciones sumariales. Esta parece la orientación recogida por la conocida sentencia *Sunday Times*, dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos el 26 de abril de 1976, y la doctrina establecida por la citada sentencia del Tribunal Constitucional, de 31 de enero de 1985, al decir ésta que «aquellos datos a los que no se tiene acceso legítimo no podrán ser objeto en difusión, pero sólo en la medida en que aquello que se quiere difundir haya sido obtenido ilegítimamente... Tal secreto implica que no puede transgirse la reserva por medio de revelaciones indebidas o a través de un conocimiento ilícito. Pero no significa que uno o varios elementos de la realidad social (sucesos singulares o hechos colectivos cuyo conocimiento no resulta limitado o velado por otro derecho fundamental) sean arrebatados a la libertad de información».

Ante un ilimitado derecho a informar verazmente sobre datos o noticias obtenidos legítimamente y al margen de las actuaciones judiciales, se ha planteado si tal situación ha de considerarse positiva, en tanto que evita restricciones a la libertad de información o si, por el contrario, tiene un aspecto negativo, en cuanto priva al juez que instruye un sumario de una facultad que puede ser no sólo conveniente sino imprescindible para la recta administración de la justicia. Se ha citado el sistema americano, en el que, en determinados supuestos y con amplias garantías, un juez puede ordenar la no publicación de una información sumarial (Espin Templado. *Revista Jurídica de Cataluña*. 1986. I nº 2, página 146), señalando como garantías imprescindibles la de su estricta necesidad, la concreción de la información prohibida y la limitación temporal. No obstante, en la actualidad, no parece que sea posible, con nuestro vigente sistema jurídico, impedir la publicación de hechos o datos lícitamente obtenidos fuera de las actuaciones procesales.

Especial atención merece la posible declaración judicial de secreto para las partes, permitida por el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras su redacción por Ley de 4 de diciembre de 1978. Según este precepto, las partes personadas pueden conocer las actuaciones sumariales e intervenir en todas las diligencias que se lleven a efecto, si bien el juez de instrucción, mediante Auto, podrá declarar el procedimiento secreto total o parcialmente para aquéllas por tiempo no superior a un mes, debiendo alzarse necesariamente el secreto con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

Con esta regla, a nuestro entender, se viene a regular el principio de publicidad para las partes. Sin embargo, la sentencia, antes referida, del Tribunal Constitucional, de 4 de octubre de 1988, 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 justiciable. Así declara que «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 solo manifestación del derecho de defensa del justiciable»

De tal apreciación deduce la comentada sentencia que, al tener las partes, una vez alzado el secreto, oportunidad bien en fase sumarial posterior o en el juicio plenario, de conocer y contradecir la prueba que se hay practicado durante su vigencia o proponer y practicar la prueba pertinente en contrario, es legítimo prorrogar el secreto para las partes con la finalidad de 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.

Finalmente, la indicada sentencia declara que es inaceptable una interpretación estricta (después calificada de rígidamente formalista) del artículo 302 citado, según la cual la prórroga del plazo máximo de secreto sumarial, que en dicho precepto legal se establece, ocasiona, por sí sola y sin más condicionamiento, un resultado de indefensión.

Ya se vincule el contenido del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal 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 vigente Constitución, y, según el artículo 53.1 de la misma, sólo por Ley pueden regularse, la que habrá de respetar su contenido esencial. En este caso, la propia Ley de Enjuiciamiento Criminal regula, en su artículo 302, tales derechos, lo que, en nuestra opinión obliga a respetar los términos estrictos del propio precepto legal, que fija el límite máximo del secreto para las partes en un mes y habrá de alzarse necesariamente con diez días de antelación a la conclusión del sumario.

La muy autorizada doctrina del Tribunal Constitucional se ha elaborado, en parte, sobre la interpretación que las sentencias aludidas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de diciembre de 1983 y de 22 de febrero de 1984, hacen de los citados artículos 14 del Pacto Internacional de Nueva York, de 19 de diciembre de 1966, y 6 del Convenio de Roma, de 4 de noviembre de 1959. Estas, después de constatar la diversidad que presenta el principio de publicidad en los sistemas legislativos y prácticas judiciales de los Estados miembros del Consejo de Europa, concluyen que aquél hace referencia exclusiva a la celebración de las vistas y al pronunciamiento de los fallos. No puede olvidarse, sin embargo, que dichas sentencias 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 vienen garantizando por el principio de publicidad del proceso 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 judicial, aunque ésta sea motivada.

No obstante, cualesquiera que puedan ser las discrepancias con tal sentencia, la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional es la expuesta y, según el artículo 5.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, ha-

brá de servir a los jueces para interpretar y aplicar las disposiciones relativas al secreto sumarial.

Las pautas marcadas por la jurisprudencia constitucional han de orientar la práctica judicial al hacer uso de las facultades previstas en los artículos 229.2, 232.2 y 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Los dos primeros 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. El último impone a los funcionarios judiciales, que custodian los pleitos y causas, la obligación de facilitar a los interesados cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer, salvo que sean o hubiesen sido declaradas secretas conforme a la Ley. Es destacable que el precepto no circunscribe el derecho a ser informado a las partes, sino que se refiere a los *interesados*. A nuestro entender este concepto, definido en el ordenamiento administrativo, es más amplio que el de parte y abarca a todo aquel que, aún sin tener el 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 hubiese declarado el secreto de las actuaciones. La asociación *Jueces para la Democracia*, en su reciente Congreso Extraordinario sobre el proceso penal (San Sebastián 22, 23 y 24 de junio de 1989), ha expresado que «no debe ser ciceroneo en la facilitación a los interesados, que debidamente acrediten su condición de tal, de información sobre el estado de las actuaciones judiciales».

III. LA PRACTICA

Recientemente el periodista Francisco Gor (Revista *Procuradores*, febrero-marzo 1989) 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, 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 delante su actividad. Esto, que es perceptible en el ámbito del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública en general, también se produce en el área de actividad del Poder Judicial. Ajenos en gran medida al cambio cualitativo que ha supuesto el paso del Estado autoritario al democrático, quienes ejercen la función jurisdiccional en juzgados y tribunales siguen tan cerrados como en el pasado 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 obtiene o no según el humor del juez o del funcionario de turno».

El análisis referido no es rigurosamente exacto.

Ciertamente la práctica judicial es 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 equilibrio entre significados que, en ocasiones, aparecen enfrentados.

El vigente sistema normativo, aun sutil y certeramente interpretado, no impone a los jueces un permanente esfuerzo de ajuste y acomodación, y esto resulta extremadamente árido para un funcionario. Se ha repetido hasta la saciedad, sin apenas encontrar eco, que una parte de los grandes males que aquejan a algunas Administraciones de Justicia, provienen de la estructura orgánica funcional de los jueces. La rutina y el automatismo, la incompetencia y la mediocridad, el corporativismo y la intriga, todos vicios característicos de los sistemas funcionariales, no son el medio más idóneo para hallar la respuesta adecuada en cada momento a esa comprometida, delicada y espinosa tarea de lograr un fiel balanceo entre la reserva exigida para la realización de la Justicia y el derecho a una información libre, objetiva y veraz.

Hechos acaecidos en los últimos años en nuestro país son suficiente demostración de la necesidad de contar con una información sobre actuaciones de empresarios, jueces, políticos, policías u otros funcionarios. Basta recordar sumarios como los del síndrome tóxico, la desaparición de Santiago Corella, la corrupción de jueces, los GAL, la «mafia policial», para rendirse ante la evidencia del valor de la información como medio de desenmascarar conductas.

La publicidad durante el sumario ha servido para mantener el temple de la actuación judicial. ¿Cabe albergar alguna duda sobre la importancia de que los ciudadanos sepan si se investiga o no, si se hace de una u otra manera y quiénes se oponen o favorecen la instrucción? A raíz de la decisión judicial de no investigar el empleo de los fondos reservados al Ministerio del Interior, se ha suscitado uno de los más interesantes debates públicos sobre el significado de las razones de Estado.

En otros casos, las informaciones han sido causa de confusión y tergiversación, no tanto por su objeto cuanto por el modo de publicar, y esta responsabilidad atañe primordialmente a sus autores. La búsqueda de la noticia para conseguir la primacía informativa se ha hecho con olvido del contraste de veracidad. A veces, por un llamativo reclamo se han pretendido el rigor y la objetividad. 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, la partes o la policía. Es posible que si los propios jueces ofreciesen la publicidad conveniente sobre hechos y actuaciones, no estricta y necesariamente reservados, la información fuese fidedigna y carente de aquellos vicios.

En general, los jueces son más proclives a facilitar información acerca de los aspectos formales de la instrucción que de sus contenidos. No parece, sin embargo, que deba existir diferencia alguna de tal naturaleza, sino que, la instrucción como un todo será o no objeto de reserva según los principios que quedaron expuestos en el capítulo precedente. Decíamos que no son infrecuentes las informaciones

de hechos o actuaciones del sumario facilitadas por funcionarios, abogados, partes o policías, a pesar de lo cual éstas, salvo excepciones, no provocan decisión judicial alguna para evitarlas, prohibirlas o sancionarlas. Tal permisividad es consecuencia, en unos casos, de su inevitabilidad debido al acceso que unos y otros, por razón de su oficio o del ejercicio de sus derechos, tienen a la investigación, y en otros porque la mejor garantía del buen hacer de todos, empezando por el juez, es el conocimiento público de su actividad. El Ministerio Fiscal ha de afrontar también la responsabilidad, no siempre ejemplarmente asumida, de informar sobre las pretensiones que ejercite o no durante el proceso, con expresión de las razones de sus decisiones, y lo mismo cabe decir que las demás partes que intervengan. En cualquier caso, los principios aludidos son de vigencia general durante toda la instrucción, y es el juez quien ha de velar por su cumplimiento para la mejor realización de la Justicia.

Las continuas informaciones de prensa (otro tanto sucede en cualquier medio de comunicación) sobre hechos y datos de los sumarios que se instruyen son prueba del interés por conocer lo que se hace por los jueces y por el Ministerio Fiscal. Quienes mejor pueden satisfacer la demanda informativa son los protagonistas de la investigación o instrucción, siempre que con sus revelaciones no quede en entredicho su imparcialidad y se preserve la limpieza del proceso. Si en un momento determinado la publicidad puede ser nociva al fin de la instrucción, creemos acertado declarar el secreto total o parcial para las partes personadas en la forma establecida por nuestro ordenamiento, o bien ser cuidadosos para evitar la publicidad general, no dando facilidades indebidas, que prohibir, secuestrar o sancionar la publicación.

De aquí que no nos pareciese totalmente justificada la alarma que llevó al Consejo General del Poder Judicial al acuerdo que, en sesión plenaria, adoptó el día 5 de noviembre de 1986, en el que se decía: «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 delicada tarea de administrar justicia, el órgano de Gobierno del Poder Judicial, sin perjuicio del derecho a la información, de la libertad de expresión garantizada respecto a todos y del conocimiento del estado que se encuentren 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 aun siendo minoritarias, pueden comprometer la independencia jurisdiccional, núcleo esencial de la función de jueces y magistrados.

Segundo: Recordar a todos los jueces y magistrados, a través de los señores presidentes de las Au-

diencias Territoriales, el deber que les impone su estado jurídico de abstenerse de formular declaraciones públicas en relación con materias o asuntos sometidos a su decisión jurisdiccional.

Tercero: Atendiendo a la demanda social de información en problemas de 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.

Este acuerdo fue ampliamente contestado por los medios de comunicación, que los calificaron de «Ley del silencio». La Junta de Jueces de Primera Instancia e Instrucción de Madrid replicó con otro acuerdo, en el que afirmaba la competencia exclusiva de los jueces para informar, bajo su personal responsabilidad, de los asuntos sometidos a su conocimiento. En definitiva, el Servicio u Oficina de Información anunciados sólo podría recibir datos o noticias de los propios jueces encargados de la instrucción de las causas, con lo que no sería sino un intermediario, cuya singularidad podría estar en seleccionar o filtrar la información a los medios de comunicación, lo que no parece acorde con el valor de una información objetiva y veraz.

No me parece que fuese oportuna aquella admonición del Consejo General del Poder Judicial 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 Tribunal Supremo de 1928. No estábamos aquí sobrados de planteamientos como los expuestos por Bentham cuando afirmaba que: «Donde no hay publicidad no hay justicia porque la publicidad es el alma misma de la justicia», ni de actitudes judiciales como las que formularon el *leading case* según el que «con reconocimiento del principio de una justicia abierta se asegura que la administración pública de la justicia estará sujeta al escrutinio público. La justicia se hace públicamente para que pueda ser discutida y criticada en público» (Borrie and Lowe's *Law of Contempts*. 1983, pág. 184).

Cuando los jueces estaban abriendo las puertas y ventanas de los Palacios de Justicia a la sociedad, el que alguno se excediese con escándalo de muchos, nos justificaba una advertencia general a todos, pues habría sido suficiente advertir a los charlatanes, siempre con suma prudencia porque se ensayaba un mecanismo hasta entonces desconocido. Habitados nuestros jueces a valerse de las muletas de la Ley escrita y de una jurisprudencia inalterable, quedaron perplejos y confusos ante una situación nueva, constituida por un principio fundamental de publicidad de las actuaciones judiciales y una invertida práctica secretista. El resultado fueron las minoritarias actitudes y manifestaciones denunciadas por el Consejo General del Poder Judicial, con el tiempo derivadas en otras que, sin comprometer la independencia e imparcialidad de la jurisdicción, ofrecen a los ciudadanos la información que demandan sobre la administración de justicia.

Tuvo, sin embargo, el mentado acuerdo del Con-

sejo General del Poder Judicial un claro y firme acierto, al advertir a los jueces acerca del riesgo de comprometer su imparcialidad, y la limpieza del proceso, con una publicidad innecesaria o desmedida y con una información precipitada. El Consejo, con certera visión, no previno de los peligros de la publicidad para evitar la impunidad de un posible hecho delictivo (razón última y principal del secreto del sumario según nuestra doctrina tradicional), sino que señaló un valor muy superior, cual es el de la imparcialidad del juzgador, necesario para obtener la tutela judicial efectiva. Tal llamada de atención pudo provocar, juntamente con otros factores, la reflexión del colectivo judicial hasta llegar a la situación actual, en que la publicidad e información sobre las actuaciones judiciales de instrucción son generalmente prudentes, atendiendo a los bienes en conflicto para proteger el superior de la consecución de la justicia del caso concreto.

IV. UN DIFÍCIL EQUILIBRIO:

La justificación de la instrucción secreta está fundamentalmente en el logro de la represión de los delitos y en evitar la impunidad. La armonización del principio básico de publicidad de las actuaciones judiciales con el sigilo propio de la instrucción se manifiesta compleja, singularmente desde que son los jueces los encargados de esta. Con sagacidad, Julio B. J. Mayer ha dicho que «el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor» (*Doctrina Penal* n.º 1. Ediciones Depalma. Buenos Aires. 1987, pag. 660).

Podemos observar cómo en los sistemas en los que el juez no tiene encomendadas las tareas de la investigación material, sino meramente la de recibir las pruebas o datos, aportados por las partes, para decidir las pruebas o datos, aportados por las partes, para decidir si se abre el juicio contra el acusado o imputado, o bien para, a la vista de aquellos elementos probatorios, resolver sobre la privación de libertad o de cualquier otro derecho, la publicidad de tales actuaciones no tiene más límite que el de las garantías de imparcialidad y neutralidad del juicio, mientras que, cuando el juez posee la iniciativa y dirige las pesquisas, el sigilo de estas 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 finalidad de averiguación de la verdad de los hechos. Así lo reconocieron expresamente las dos citadas sentencias del Tribunal Constitucional de fechas de 31 de enero de 1985 y 4 de octubre de 1988.

Es difícil en nuestro sistema procesal la aplicación de los principios establecidos por el *common law*, donde la jurisprudencia y la doctrina han asumido como inexcusable el valor de la publicidad para que exista auténtica justicia, de manera que las libertades de expresión, publicación e información no puedan suprimirse, o reducirse gratuitamente, salvo que pueda causarse un perjuicio real en los administradores de la justicia. El perjuicio de jueces y jurados es el riesgo fundamental que justifica, en este siste-

ma, las limitaciones a la publicidad y al derecho a la información. En el nuestro, al igual que en los demás que atribuyen la investigación material al juez, existe otro factor, valorado como fundamental por doctrina y jurisprudencia, que es el del éxito de la instrucción a los fines fijados por el artículo 299 de nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal (constatación de la perpetración del delito y sus circunstancias, averiguación y aprehensión de los delincuentes).

Aún siendo imposible desentenderse de este objetivo, tendente a evitar la impunidad, opino que la práctica judicial va abriendo camino a la orientación de limitar la publicidad en tanto en cuanto perjudique la imparcialidad del juez y la limpieza del proceso. Las excepciones al principio de publicidad de las actuaciones judiciales vienen determinadas, más que por un secreto establecido legalmente, por la protección de los derechos fundamentales, constitucionalmente amparados (artículo 24 de la vigente Constitución), de obtener la tutela judicial efectiva y ser sometido a un juicio justo e imparcial. De aquí el acierto, al que antes nos referíamos, del Consejo General del Poder Judicial, al aludir en su acuerdo como valores superiores, a los que debe supeditarse la publicidad de las actuaciones judiciales, los de la imparcialidad del juzgador y la neutralidad del juicio.

En la sentencia, tantas veces citada, del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1985, si bien se señala, como causa fundamental del secreto sumarial, la segura represión del delito, hay un atisbo de esta otra orientación más acorde con la esencia de la jurisdicción como instancia neutral y arbitral, amparadora de libertades y derechos, al decir que no pueden ser arrebatados a la libertad de información uno o varios elementos de la realidad social salvo que su conocimiento esté vedado por otro derecho fundamental. Aunque la sentencia no hizo más precisiones, debe entenderse que si el conocimiento de algún hecho o suceso perjudica a los derechos fundamentales indicados de un juicio justo e imparcial o a una efectiva tutela judicial, su publicación puede y debe ser prohibida por el juez encargado de velar por tales derechos. Este mismo criterio parece deducirse de la otra sentencia referida del mismo Tribunal Constitucional, de fecha 4 de octubre de 1988, al destacar como valor protegido, a través del secreto del sumario, el de la justicia. Valor éste que obtiene su plena efectividad con un proceso limpio y un juicio justo.

El rigor en las informaciones, en evitación de prejuicios en el juzgador, se olvida con harta frecuencia, de manera que, en ocasiones, pelagra seriamente la imparcialidad de la decisión judicial. No es imprescindible citar casos concretos, pero todos conservamos en la memoria situaciones en las que el juez se ha visto obligado a realizar un esfuerzo sobrehumano para resolver con libertad de criterio y sobreponerse al cúmulo de datos, informaciones u opiniones difundidas, unas veces a favor y otras en contra del denunciado, querrellado, procesado o acusado. Si estos hechos no se remedian, una vez establecido el jurado, cuya reinstauración confiamos

que sea en breve, empeorara la situación al crear prejuicios en los miembros de aquél.

A pesar de que con la «contempt of court act» británica de 1981, aprobada como consecuencia de la sentencia ya citada «Sunday Times» del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de fecha 26 de abril de 1976, se pretendió, tal como manifestaba la comisión Phillimore, que la balanza se inclinase un poco más en favor del derecho a la libertad de expresión, aun prevaleciendo el interés de la Administración de Justicia sobre este, sin embargo se incurre en «contempt» en el caso de publicaciones que hagan comentarios sobre el carácter del acusado, que revelen sus antecedentes penales, que manifiesten que el acusado ha confesado la realización del delito, cuando se lleve a cabo un juicio paralelo, se publiquen entrevistas con testigos o la fotografía del acusado si hay problemas de identificación, o se hagan comentarios sobre testimonios bien para infra o supervalorarlos. (Borrie and Lowe's: *Law of contempt*. 1983, págs. 95 a 99).

El sistema de valores constitucionalmente consagrado y las escuetas, pero, en nuestra opinión, expresivas declaraciones del Tribunal Constitucional, creemos que son fundamento para entender que el juez de la causa tiene potestad, que habrá de emplear, para limitar el derecho a informar verazmente sobre datos o noticias obtenidas legítimamente y al margen de las actuaciones judiciales, cuando las informaciones puedan lesionar los derechos a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo e imparcial, no así cuando aquellas informaciones, obtenidas lícitamente y fuera del proceso, comprometan simplemente la segura represión del delito.

No creo aventurado afirmar que el sustraer la investigación, indagación o pesquisa de los delitos, de las competencias del juez, para atribuírselas al Ministerio Fiscal, facilitará en gran medida la solución de la antinomia que supone el principio general de publicidad de las actuaciones judiciales y la existencia de una excepción, tan general que de hecho se ha convertido en otro principio práctico, cual es el secreto de esas actuaciones judiciales encaminadas a la averiguación de los delitos y de sus responsables. Sin entrar en esta candente polémica, sobre la que hace tiempo tuve ocasión de pronunciarme (Jornadas de Derecho Procesal, organizadas por el Consejo General del Poder Judicial y celebradas en Madrid los días 26, 27 y 28 de enero de 1984), considero válido sostener, como brillantemente lo ha hecho el magistrado Varela Castro en el reciente Congreso extraordinario de Jueces para la Democracia, celebrado en San Sebastian, los días 22, 23 y 24 de junio de 1989, que la investigación no constituye actividad jurisdiccional y sólo en cuanto tenga una fase contradictoria ha de ser atribuida al juez. Esta instrucción contradictoria tendrá las características propias del juicio: igualdad de partes, oralidad y publicidad, de manera que la actuación judicial no vendrá mediatizada en ningún caso por un fin espurio, como es la segura represión del delito, sino que estará presidida por el principio que configura la esencia misma de la jurisdicción, que es la decisión de un conflicto entre partes iguales.

El valor real del llamado *juez natural* se ha igno-

rado y sustituido por el del «juez predeterminado por la Ley», como si esta tuviese virtualidad taumatúrgica para, por sí misma, convertir al juez impuesto en *juez natural*. El significado de éste repele toda beligerancia, y quiérase o no, el inquisidor siempre es beligerante, y de aquí que tienda al sigilo para que su tarea pueda llevarse a cabo con más facilidad. Mientras la investigación siga encomendada a los jueces, éstos se debatirán entre dos polos, cediendo al que más fuerza represente según las circunstancias y condiciones objetivas y personales. Por un lado estará su obligación de investigar celosamente en evitación de la impunidad de los delitos, empleando los medios que la Ley pone a su alcance, por otro, intervendrá su conciencia de que la jurisdicción se asienta, entre otros pilares, sobre la publicidad y la paladina realización. En definitiva, el dilema exigirá un permanente y difícil equilibrio, que sólo su buen sentido, prudencia y experiencia le permitirán lograr.

BIBLIOGRAFIA

- Borrie and Lowe's. *Law of Contempt*. Butterworths. Londres, 1983.
- Cordoba Roda, J.: «Libertad de expresión y secreto sumarial» *Actualidad Jurídica*, IV, Barcelona, 1981
- Chichilla Marin, C.: «Derecho de información, libertad de empresa informativa y opinión pública libre». *Poder Judicial* nº 3 Septiembre, 1986.
- Díez-Picazo, Luis María.: «Parlamento, proceso y opinión pública» (en torno a ciertos límites del principio de publicidad de los poderes públicos). *R. Española de Derecho Constitucional*. Año 6, nº 18 Septiembre-Diciembre, 1986.
- Espin Templado, E.: «Secreto sumarial y libertad de información» *R. Jurídica de Cataluña*, 1986. I, nº 2.
- Fairen Guillen, V.: «Notas sobre el principio de publicidad del proceso» en *Temas de Ordenamiento procesal*. Tomo I. Madrid. Editorial Tecnos, S.A., 1969.
- «Los principios procesales de oralidad y de publicidad general y su carácter técnico o político» *R. De Derecho Procesal Iberoamericana*. Nº II-III abril-septiembre, 1975
- Fayos Gardo, A.: «La *Contempt of Court Act* británica de 1981 El desacato al tribunal cometido por los medios de comunicación social». *La Ley* Año VIII Nº 1793. 8 de septiembre de 1987
- Gor, Francisco.: «Jueces y periodistas». *Procuradores*. Febrero-Marzo, 1989.
- Jimenez Aguirre, J.M.: «Libertad de información y secreto sumarial» (comentario a la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Constitucional de 31 de enero de 1985, recurso de amparo 358/1984) *Revista General de Derecho* nº 507. Diciembre, 1986.
- Jueces para la Democracia*. Congreso Extraordinario sobre el Proceso Penal San Sebastian, 22, 23 y 24 de junio de 1989 Edita Jueces para la Democracia Singulamente la Ponencia del Magistrado Varela Castro, paginas 17 a 25, y las Ponencias de la Seccion Territorial de Valencia sobre preparacion del juicio, paginas 43 a 51, y de Andalucia y Cataluña sobre la publicidad en el proceso penal, paginas 37 a 39 y 62-64.
- Muñoz Machado, S.: *Libertad de prensa y proceso por difamación*. Cap. II. La información sobre procesos judiciales. paginas 123 a 130; Cap. III: IF) anotación marginal sobre las difamaciones vinculadas a procesos judiciales. paginas 163 a 169, II 4) Información sobre juicios y difamación sobre juicios y difamación, paginas 182 a 186 E Ariel Barcelona, 1988
- Peces Morate, J. E.: «Derecho a la comunicación social y deber de información: Difusión de noticias y publicidad de los procesos judiciales» en *O Ministerio Público numa Sociedade Democrática* Sindicato dos magistrados do Ministerio Publico LIVROS HORIZONTE. LISBOA, 1984.
- Pulitanó, Domenico. «Potere d'informazione e Giustizia: per un controllo democratico sulle istituzioni». *Giustizia informazione* a cura de N. LIPARI, Laterza, Bari 1975; pag. 137 a 173.
- Rodríguez Ramos, Luis; Alvarez Pérez, Terenciano, Rodríguez, Pedro. «La publicidad del sumario» en *LIBERTAD DE EXPRESION Y DERECHO PENAL* EDESA, Madrid, 1985 Paginas 157 a 202
- Romero Coloma, A. M.: *Derecho a la intimidad, a la información y proceso penal*. Editorial Colex. Madrid, 1987.
- Sentis Melendo, S.: «Comentario a *Il segreto istruttorio*» de G Domenico Pisapia». *Revista de Derecho Procesal Iberoamericana*. Año 1965. nº 1, paginas 171-178