

El principio constitucional de publicidad procesal y el derecho a la información

The constitutional principle of procedural publicity and the communication rights

LEOPOLDO ABAD ALCALÁ

Catedrático de Derecho Constitucional.
Universidad CEU San Pablo.
abad.fhm@ceu.es

DOI: <https://doi.org/10.7203/cc.2.21527>

Fecha de recepción: 10/09/2021

Fecha de aceptación: 08/11/2021

Resumen

La publicidad procesal posee una doble función en la Constitución española: como garantía para el justiciable (art. 24 CE) y como principio de actuación del Poder Judicial (art. 120 CE). Esta publicidad procesal es desarrollada de forma mediata en las sociedades contemporáneas por los medios de comunicación a través del ejercicio del derecho a la información. Sin embargo, la frecuente instauración del secreto de sumario y otras limitaciones procesales introduce un elemento de conflictividad en las relaciones entre Poder Judicial y medios de comunicación. La declaración sin modulaciones del secreto sumarial implica su reiterado incumplimiento, requiriéndose una nueva normativa que permita matizar dicho secreto en función de diversas circunstancias y reconduzca la relación en el Poder Judicial y los medios de comunicación desde el reconocimiento de la importante y simbiótica labor desarrollada por ambos en los sistemas democráticos.

Palabras clave

Proceso público; derecho a la información; secreto sumarial; Constitución española; Poder Judicial; medios de comunicación.

Abstract

Procedural publicity has a dual function in the Spanish Constitution: as a guarantee for the accused (art. 24 EC) and as a principle of action of the Judiciary (art. 120 EC). This procedural publicity is developed in a mediated way in contemporary societies by the media through the exercise of the right to information. However, the frequent establishment of the secrecy of the judicial investigations and other procedural limitations introduces an element of conflict in the relationship between the Judiciary and the media. The unmodulated establishment of the secrecy of judicial investigations results in its repeated non-compliance, requiring a new regulation that allows to qualify such secrecy according to different circumstances and to redirect the relationship between the Judiciary and the media from the recognition of the important and symbiotic work developed by both in democratic systems.

Keywords

Public process, communication rights, secrecy of judicial investigations, Spanish Constitution, Judiciary, mass media.

Sumario

I. Introducción. Justicia y medios de comunicación. – II. La publicidad del proceso. – III. La publicidad de las actuaciones judiciales en la Constitución española. – IV. La publicidad procesal y sus excepciones en las leyes de procedimiento. – V. La regulación del secreto de sumario. – VI. Principio de publicidad y derecho a la información: a vueltas con el secreto sumarial. – VII. Discusión y conclusiones. *Bibliografía.*

I. Introducción. Justicia y medios de comunicación

Las relaciones entre medios de comunicación y Poder Judicial siempre han sido conflictivas. Los primeros acusan a los integrantes del Poder Judicial de ser opacos, poco transparentes, reacios a suministrar información y demasiado celosos del secreto del proceso, entre otros reproches. Los segundos suelen achacar a la prensa un desmedido interés por los aspectos más espectaculares de la acción judicial, poco respeto por el *iter* procesal o escasa observancia del secreto sumarial, entre otras críticas.

Desde una perspectiva constitucional, nos encontramos que tanto Poder Judicial como medios de comunicación desempeñan una función primordial en el modelo constitucional español fundamentado en su conformación como Estado democrático de Derecho.

El Estado de Derecho se vincula con la defensa de la dignidad y libertad inherente a todo individuo, con la confianza en una limitación del poder a través del Derecho, equilibrada distribución del poder y la primacía de la ley como expresión de la voluntad popular (Garrorena, 1987: 166). Todos estos principios pueden asociarse a la labor desempeñada por el Poder Judicial, quien actúa en defensa de las libertades y derechos de los individuos, opera bajo una serie de principios jurídicos que circunscriben su poder bajo el imperio de la ley, sirve de control y contrapeso al resto de poderes y dota de primacía a la ley al ser el encargado de juzgar su adecuado cumplimiento. La publicidad actúa como eje transversal de todas esas funciones del Poder Judicial, pues sólo desde la transparencia al que se debe dicho Poder -con tasadas excepciones-, puede legitimarse su función emanada del pueblo, tal y como establece simbólicamente el artículo 117 de la Constitución, primero del Título VI dedicado al Poder Judicial. Tal y como nos indica la STC 96/1987, “la publicidad ocupa una posición institucional en el Estado de Derecho que la convierte en una de las condiciones de la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia” (FJ 2º).

Por su parte, el Estado Democrático está ligado a la participación de los ciudadanos en la acción política, expresada en la Constitución de 1978 al reconocer “*el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal*”, así como “*a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes*” (art. 23

CE). Para que dicha participación sea efectiva, las libertades de expresión y de información desempeñan un papel primordial pues como establece el Tribunal Constitucional español “no constituyen sólo un interés legítimo de los particulares, sino que, en un plano social, significan también el reconocimiento y la garantía de una *institución política fundamental*, que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, que es un valor fundamental y un requisito del funcionamiento del Estado democrático”. (STC 6/1981, FJ 3º). Dichas libertades “contribuyen a la formación de una opinión pública libre, lo que reviste una especial trascendencia ya que, al ser una condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento de un sistema democrático, se convierte, a su vez, en uno de los pilares de una sociedad libre y democrática” (STC 159/1986, de 16 de diciembre FJ 6º). Como indica Dahl (1999: 100), una de las instituciones políticas esenciales en una democracia es la existencia de fuentes alternativas de información y considera que estas fuentes alternativas deben estar efectivamente protegidas por la ley.

Por tanto, un Poder Judicial independiente y transparente y unos medios de comunicación que ejerciten de forma legítima y adecuada las libertades de expresión y de información son actores fundamentales en nuestro Estado democrático de Derecho. Su adecuada interrelación es fundamental, pues desempeñan funciones sinalagmáticas que redundan en beneficio de ambas instituciones de forma particular y en la ciudadanía de forma general.

Creemos por tanto necesario volver sobre la necesaria pero siempre compleja, cuando no conflictiva, relación e interdependencia entre los derechos constitucionales a la publicidad procesal y el derecho a la información de los ciudadanos, situándose el secreto sumarial como uno de los principales obstáculos para la deseable fluidez en dicha relación. Como indicaba el juez del Tribunal Supremo norteamericano Black en el caso *Bridges contra California*¹, “la libertad de expresión y un juicio justo son dos de las normas más apreciadas de nuestra civilización y sería arduo en extremo decidir sobre ellas”.

A pesar de que la información judicial (o de Tribunales en su más clásica acepción) es protagonista constante en los medios de comunicación, la doctrina no ha prestado demasiada atención a esta cuestión, especialmente en los últimos tiempos, lo que es sorprendente dada la trascendencia que han tomado las informaciones relacionadas con el ámbito judicial, afectando a personalidades relevantes e incluso vinculadas a las más altas instituciones de nuestro Estado. Máxime, cuando la irrupción de las redes sociales está transformando el panorama social y por ende el mediático, exigiendo una reflexión más profunda sobre la idea de publicidad en las sociedades actuales. A pesar de las recientes polémicas cada vez más constantes sobre los procedimientos procesales que atañen a diversas instituciones democráticas (partidos políticos, Jefatura del Estado, sindicatos, Gobierno, etc.), la reflexión teórica y académica sobre la interrelación entre publicidad procesal y actuación mediática es escasa, quizá porque como veremos a continuación, la rigidez de la actual regulación sobre la publicidad procesal ha provocado una *praxis* aceptada por todos los implicados, y que hace cierta la expresión de cierto catedrático de la Universidad española, que advertía que España era un país de excesiva profusión legislativa, atemperada por el reiterado incumplimiento de las normas.



1 *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1941). Supreme Court.

II. La publicidad del proceso

La trascendencia de la publicidad en las actuaciones judiciales ya fue glosada por Bentham (1835: 109) para quien “la publicidad es el alma de la justicia” y “debe ser extensiva a todas las partes del procedimiento, y a todas las causas”. Para Sánchez Agesta, “este principio está en la misma naturaleza pública de la función judicial y constituye, en parte, un principio ético, vinculado al ejercicio de esa función por el Estado” (Sánchez Agesta; 1989: 383). La publicidad del proceso ocupa, por tanto, una posición institucional en el Estado de Derecho convirtiéndose en condición necesaria en la legitimidad constitucional de la Administración de Justicia. Como nos indica Aragón (1996: 261) dicha publicidad procesal redunda en el control social de la actividad judicial, imprescindible en una sociedad democrática.

La publicidad en el orden judicial supone una aplicación específica -quizá la originaria- en el ámbito procesal de un principio más general de transparencia y rendición de cuentas de los poderes públicos. Estos conceptos, tan en boga en la actualidad, tienen su referente normativo primigenio en la obligación de publicidad en las diversas instancias judiciales y especialmente en el deber de hacer públicas las sentencias, como se ponía ya de manifiesto en el Derecho romano: “Bajo Diocleciano [...] la justicia puede impartirse sosegadamente, sin las algarabías y estridencias de épocas anteriores, pero con la garantía de publicidad del procedimiento” (Agudo, 2013: 160). Resume la trascendencia de la publicidad procesal la famosa sentencia de Honoré Gabriel Riquetti (Conde de Mirabeau), “dadme al juez que queráis; parcial, venal, incluso mi enemigo; poco me importa con tal de que nada pueda hacer si no es cara al público”.

Desde una perspectiva histórica, y remontándonos a nuestro primer texto constitucional, ya la Constitución de Cádiz estableció el *principio de publicidad y brevedad en los procesos*, para que los delitos fueran prontamente castigados (artículo 286), completado por el artículo 302 que establece la publicidad del proceso una vez tomada confesión “*al tratado como reo*” (Tenorio, 2012: 324).

Desde la óptica de los ciudadanos, la publicidad constituye una garantía fundamental del funcionamiento del Poder Judicial en una sociedad democrática, no sólo porque fortalece la confianza pública en la justicia, sino porque fomenta la responsabilidad de los encargados de administrarla al convertir al pueblo en *juez de jueces* (Couture, 1962: 192). La publicidad también posee un componente ejemplarizante y didáctico respecto a la sociedad, pues permite transmitir los aspectos institucionales inherentes a la impartición de justicia, así como posibilita exponer la regulación de los comportamientos sociales y las consecuencias de los comportamientos contrarios a Derecho. Así lo manifiesta la Instrucción 3/2005 de la Fiscalía General del Estado cuando considera que la publicidad “puede generar efectos de prevención general, renovando la vigencia de las normas penales, coadyuvando a la promoción de la fidelidad de los ciudadanos para con las normas, fomentando la confianza en el sistema de justicia penal y visualizando ante la sociedad las conductas que son penalmente reprochables”².

La publicidad en su doble perspectiva, procesal y mediática, es por consiguiente beneficiosa para todos los implicados. Para las partes en el proceso -que evitarán una acción torticera de las instituciones judiciales-, para los órganos de la Administración de Justicia -que permitirán un conocimiento por parte de la

2 https://www.fiscal.es/memorias/estudio2016/PDF/INS/INS_03_2005.pdf. Consultado el 28 de octubre de 2020.

sociedad de su funcionamiento creando las condiciones adecuadas para generar confianza-, y para los medios de comunicación -que cumplirán con su misión y vocación de transmitir información veraz sobre asuntos de relevancia pública-.

III. La publicidad de las actuaciones judiciales en la Constitución española

En la Constitución española de 1978, el principio de publicidad aparece en primer lugar en el artículo 24.2 que establece el derecho a un juicio público entre los contenidos de la tutela judicial efectiva reconocida en dicho precepto. El aspecto preventivo es una de las primeras consecuencias que se deriva de esta publicidad procesal, pues desde la perspectiva del imputado, este principio posee una función garantista del proceso reflejada en el interés en un juicio justo realizado por un tribunal independiente e imparcial. “En este sentido, la publicidad se traduce en la mayor garantía de que la decisión judicial se adopta atendiendo, única y exclusivamente, a criterios jurídicos, desechando cualquier influencia espuria” (Del Moral García y Santos Vijande, 1996: 2). Debe ponerse este artículo en relación con el otro artículo que regula la publicidad procesal, el artículo 120 de la Constitución que en el Título VI dedicado al Poder Judicial que especifica en su punto 1 que “*Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento*”. No obstante, estas dos manifestaciones constitucionales de la publicidad procesal deben entenderse de forma complementaria aunque con caracteres propios que las hacen divergir en su elemento subjetivo así como diferir en su función teleológica.

El contenido del derecho al proceso público reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución se configura como un derecho de carácter personal dentro de la pléyade de garantías procesales incluidas en la tutela judicial efectiva recogida en dicho precepto. Su trascendencia queda de manifiesto en su inserción en la Sección 1ª del Capítulo II del Título Primero, gozando así de la máxima protección constitucional a través del recurso de amparo (art 161.b) CE), del recurso de inconstitucionalidad contra leyes que lo desarrollen sin respetar su contenido esencial (art 161.a) CE), la reserva de ley orgánica (art. 81 CE) o la reforma constitucional agravada (art.168 CE). Dicho derecho ha sido catalogado como derecho y libertad de ámbito personal vinculado a la libertad y seguridad (Sánchez Ferriz, 1995: 196; Alzaga, 1998: 40), o como derecho civil en el marco de las libertades públicas (Pérez Luño, 1988: 197; Carreras, 1996: 33; Escobar de la Serna, 2004: 85). En ambos casos su *ratio essendi* es configurarse como un derecho que garantiza un ámbito de protección a la persona frente a las actuaciones no acordes a Derecho de los Tribunales, asegurando un espacio de seguridad y libertad para todo individuo. Se trata de un derecho complejo y de difícil catalogación como derecho de libertad o como derecho de prestación, pues es posiblemente las dos cosas a la vez (Torres del Moral, 1988: 382).

Podemos por tanto consignarlo como una garantía encaminada a eliminar la indefensión del individuo que derivaría de un proceso secreto, con indiferencia de la cantidad de público que asista, siendo el elemento definitorio la posibilidad de asistir a las vistas. El principal destinatario de esta garantía procedimental del artículo 24 CE español es cualquier persona, con una vocación claramente universalista en cuanto al elemento subjetivo, y su finalidad última es servir de protección de la seguridad y libertad del individuo frente a actuaciones judiciales sin las debidas garantías. Dicho derecho a un juicio público es reconocido también por el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales y Libertades Públicas de 1950 en su artículo 6.1, siendo para Merrills y Robertson (2001: 111)

este requisito de la publicidad “una protección contra la arbitrariedad y está estrechamente vinculado a las exigencia del *fair trial*”.

Esta idea del proceso público como garantía es remarcada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) para quien su finalidad es “asegurar el control del poder judicial por el público para salvaguardar el derecho a un juicio justo”³, convirtiéndose en un principio fundamental de los que integran el proceso con todas las garantías protegiendo al justiciable de una administración de justicia secreta, oscura e incontrolada por parte de la sociedad, “tiene por tanto una función profiláctica” (Esparza y Echevarría, 2004: 208). Reafirma esta postura el Tribunal de Estrasburgo en su sentencia Tierce y otros contra San Marino⁴, cuando explica que “la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales protege a los litigantes frente a una justicia secreta que escapa al control del público; también es uno de los medios para mantener la confianza en los juzgados y tribunales. A través de la transparencia que otorga a la administración de justicia, ayuda a lograr el objetivo del artículo 6.1: un juicio justo, cuya garantía es uno de los principios de cualquier sociedad democrática en el sentido de la Convención” (en un mismo sentido la Sentencia del TEDH Fazliyski v. Bulgaria de 16 de abril de 2013).

Como resume Vidal, “el derecho al proceso público garantiza a los titulares, los justiciables, una determinada *prestación jurídica*: la celebración de una audiencia a la que puedan acceder terceros. Juicio público, como contenido del derecho del artículo 6, significa, pues -así se desprende claramente de la jurisprudencia del TEDH-, juicio oral accesible al público, y no otra forma distinta de publicidad” (Vidal, 2014: 253).

Por su parte, el principio recogido en el artículo 120 está vinculado de forma estrecha al establecimiento de una serie de criterios que debe regir la actuación de los tribunales, sus destinatarios inmediatos son, por tanto, los órganos integrantes del Poder judicial, como queda manifiesto por su inclusión en el Título VI de la Constitución dedicado específicamente al Poder Judicial. De forma mediata, dicha publicidad procesal sirve de salvaguardia y complemento a la garantía judicial del art. 24 pero no es su finalidad inmediata. Ésta es establecer una concepción de la justicia ante la colectividad que permita crear un clima de confianza en su actuación. En palabras del Tribunal Constitucional⁵ “el principio de publicidad, estatuido por el art. 120.1 de la Constitución, tiene una doble finalidad: Por un lado, proteger a las partes de una justicia substraída 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”.

Lo reconoce también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar que “la Corte reconoce que existe un interés general en asegurar la transparencia de los procesos judiciales y así preservar la confianza pública en la justicia”⁶. Para Vidal (2014: 254), “la publicidad del proceso trasciende, en cualquier caso, esa vertiente de garantía procesal individual al hacer posible (como la publicidad parlamentaria y la administrativa en sus ámbitos respectivos), a partir de la fuente original, el control *social* del poder judicial. Lo que está aquí en juego es lo que el TEDH llama la “confianza en los jueces y tribunales”. Podemos por tanto considerar una dimensión subjetiva de la publicidad contenida en el

3 TEDH: Pretto y otros Sentencia contra Italia de 8 de diciembre de 1983, (Apdo. 27).

4 TEDH, Tierce y otros contra San Marino, Sentencia de 25 de julio de 2000, (Apdo. 92).

5 STC 96/1987, de 10 de junio, dice en su FJ 2º

6 TEDH, Z. contra Finlandia, Sentencia de 25 Febrero 1997 (Apdo. 77)

reconocimiento del derecho al proceso público, junto a una segunda dimensión objetiva de la publicidad entendida como *principio*, y que el propio TEDH ha conectado con el derecho a la libertad de información (art. 10 CEDH).

Por tanto, la publicidad de las actuaciones judiciales posee dos vertientes: proceso público como garantía subjetiva del acusado (art. 24.2) y como transparencia de la Administración de Justicia que permite ser controlada/vigilada por la opinión pública (art.120.1).

En relación con este punto conviene señalar la singular posición que acerca de los límites de la libertad que ampara el art. 10 del Convenio de Roma (que reconoce el derecho a la información y la libertad de expresión), ha atribuido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos a quienes ejercen la jurisdicción. Así, insiste en el papel esencial de la prensa en una sociedad democrática que “si no debe rebasar ciertos límites, especialmente en cuanto a la reputación y los derechos de otro, le incumbe comunicar, dentro del respeto a sus deberes y responsabilidades, informaciones e ideas sobre todas las cuestiones de interés general, comprendidas incluso aquéllas que conciernen al funcionamiento del poder judicial” (caso Haes et Gijssels c. Bélgica, Sentencia de 24 de febrero de 1997). Pero afirma también que “la acción de los Tribunales, que son garantes de la justicia y cuya misión es fundamental en un Estado de Derecho, tiene necesidad de la confianza del público y también conviene protegerla contra los ataques carentes de fundamento, sobre todo cuando el deber de reserva impide a los Magistrados reaccionar”. Reafirma así el TEDH la función institucional que desarrolla el proceso público, con otros ejemplos que reafirman cómo una justicia pública sirve como valor esencial al servicio del Estado democrático de Derecho.

La idea de publicidad en el proceso del art.120.1 se completa en el punto 3 fijando que “*Las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública*”. Para Montañés (2018: 690), la exigencia constitucional de motivación de las resoluciones judiciales guarda una relación directa con los principios de un Estado de Derecho (art. 1.1 CE) y con el carácter vinculante que para jueces y magistrados tiene la ley, a cuyo imperio están sometidos en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, como se dispone en el art. 117.1 y 3 CE, constituyendo también una garantía esencial para el justiciable integrada en el derecho a la tutela judicial del art. 24.1 CE⁷.

Dicha obligación de pronunciación de las sentencias en audiencia pública, está incluida en la legislación española desde el artículo 695 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870, significando una manifestación más del principio de publicidad procesal, que permite no sólo a las partes conocer el resultado del proceso sino a la ciudadanía en general, coadyuvando a la función institucional que tiene la publicidad procesal. En esta labor, la función de los medios de comunicación en su función de intermediación entre Poder Judicial y sociedad es crucial.

Dicha publicidad de la sentencia es, no obstante, entendida de forma flexible por el TEDH al decir que “numerosos Estados miembros del Consejo de Europa tienen una larga tradición, aparte de la lectura de las sentencias en audiencia pública, de establecer otros medios para hacer públicas las decisiones judiciales, por ejemplo, su depósito en un registro al cual puede acceder el público [...]”. El Tribunal no cree, pues, que deba optar por una interpretación literal. Estima que la forma de publicidad de las sentencias prevista por el Derecho interno

7 Tribunal Constitucional, Sentencias 24/1990 de 15 de febrero (FJ 4º); 35/2002 de 11 de febrero (FJ 3º); 128/2002 de 3 de junio (FJ 4º); y 119/2003 de 16 de junio (FJ 3º).

del Estado en cuestión debe apreciarse en cada caso concreto a la luz de las particularidades del procedimiento en cuestión y en función de la finalidad y objeto del art. 6, párrafo 1º⁸.

Tras el cumplimiento de la obligación de lectura en audiencia pública la sentencia se convierte en un documento al que es de aplicación tanto el régimen común de publicidad de las actuaciones, documentos y registros judiciales, como los mecanismos singulares de publicidad de las sentencias (Montañés, 2018: 692), (libro de sentencias, publicación oficial, etc.)⁹. No obstante, existe también la posibilidad de excepciones a dicha publicidad como establece el art. 266.1 LOPJ. No obstante, el TC ha establecido la obligatoriedad de ponderar y especificar los diversos intereses a considerar cuando se prevé una restricción a la publicidad integral de la resolución judicial¹⁰.

IV. La publicidad y sus excepciones en las leyes de procedimiento

Una vez planteada la publicidad como elemento consustancial al procedimiento, este principio ha sido abordado desde diferentes perspectivas en función del orden jurisdiccional que abordemos. En el orden civil, la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) establece previsiones específicas para la restricción de la publicidad en el proceso civil, aplicables con carácter supletorio en el resto de procedimientos. Su artículo 138.2º fija que las actuaciones de prueba, las vistas y las comparecencias cuyo objeto sea oír a las partes antes de dictar una resolución podrán celebrarse a puerta cerrada cuando ello sea necesario para la protección del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes y de otros derechos y libertades lo exijan o, en fin, en la medida en la que el tribunal lo considere estrictamente necesario, cuando por la concurrencia de circunstancias especiales la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia.

El artículo 139 insta, por su parte, el secreto de las deliberaciones de los tribunales colegiados, reiterando el artículo 197.1 que *“en los tribunales colegiados, la discusión y votación de las resoluciones será dirigida por el Presidente y se verificará siempre a puerta cerrada”*, en la misma línea del artículo 233 LOPJ que excepciona la publicación de los votos particulares. Ello al margen de que la necesidad de motivación de las sentencias implicará que parte de la deliberación quede reflejada en la sentencia para cumplir con el art. 120.3 CE y el artículo 218 LEC.

Al margen del secreto sumarial que se abordará en el epígrafe siguiente, en la fase oral del procedimiento penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr) regula la publicidad en esta fase del proceso en el artículo 649.2º, al establecer que *“cuando se mande abrir el juicio oral, el Secretario judicial comunicará la causa al Fiscal, o al acusador privado si versa sobre delito que no pueda ser perseguido de oficio, para que en el término de cinco días califiquen por escrito los hechos. Dictada que sea esta resolución, serán públicos todos los actos del proceso”*. Se completa este artículo con lo que establece el artículo 680.1 del mismo texto legal: *“Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente”* que es similar a lo

8 TEDH, Pretto c. Italia, Sentencia de 8 de diciembre de 1983.

9 Vid. artículo 266.1 de la LOPJ y artículo 212 de la LEC. Específicamente sobre las sentencias del Tribunal Constitucional desarrollado en artículo 164.1 CE y en el art. 86.2 LOTC.

10 Tribunal Constitucional, Sentencia 114/2006 de 5 de abril.

establecido en el artículo 232.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Para Gimeno Sendra *et al.* (2000: 302) “la publicidad está estrechamente vinculada a la oralidad, que la facilita y garantiza. Por ello, aun cuando el art. 649.2º dispone que desde que se mande abrir el juicio oral *serán públicos todos los actos del proceso*, hasta el inicio de los debates del juicio, que es cuando el proceso se rige por el principio de oralidad, la forma escrita de los trámites previos condiciona inevitablemente los medios en que se hace efectiva la publicidad”.

Este modelo claramente aperturista respecto al conocimiento público de las actuaciones judiciales quiebra desde dos perspectivas. La primera en el ámbito penal respecto a la instrucción del sumario, como veremos posteriormente. El segundo grupo de limitaciones lo encontramos respecto al propio juicio oral, pues la Ley de Enjuiciamiento criminal (en la línea del art. 138.2 de la LEC) establece en su artículo 681.1 una serie de supuestos que pueden conllevar la celebración a puerta cerrada del juicio oral al establecer que *“El Juez o Tribunal podrá acordar, de oficio o a instancia de cualquiera de las partes, previa audiencia a las mismas, que todos o alguno de los actos o las sesiones del juicio se celebren a puerta cerrada, cuando así lo exijan razones de seguridad u orden público, o la adecuada protección de los derechos fundamentales de los intervinientes, en particular, el derecho a la intimidad de la víctima, el respeto debido a la misma o a su familia, o resulte necesario para evitar a las víctimas perjuicios relevantes que, de otro modo, podrían derivar del desarrollo ordinario del proceso”*. No obstante, el Juez o Presidente del Tribunal sí autorizará la presencia de personas que acrediten un especial interés y no podrá aplicarse las restricciones anteriores al Ministerio Fiscal, a las personas lesionadas por el delito, a los procesados, al acusador privado, al actor civil y a los respectivos defensores.

La aplicación de esta cláusula de orden público debe estar en consonancia con los valores jurídicos propios de una sociedad democrática y, en este sentido, el concepto de orden público debe entroncarse con los valores constitucionales. De igual modo, la protección de los derechos y libertades, y muy especialmente la intimidad de quienes se ven afectados por la publicación de las actuaciones judiciales, justifican la imposición de restricciones a la regla general de publicidad (López Ortega, 2007: 118).

Estas limitaciones se completan en el punto 2 del citado artículo estableciendo una serie de limitaciones con la finalidad de proteger la intimidad de las víctimas y sus familiares. Termina esta regulación restrictiva del artículo 681 con un punto tercero que instaura una protección especial de las víctimas menores de edad.

El Tribunal Constitucional se ha manifestado en diversos pronunciamientos sobre algunas limitaciones a la publicidad en la fase oral del proceso, a veces de forma contradictoria. Desde la paradigmática sentencia 30/1982, la jurisprudencia constitucional ha sido oscilante. Dicha sentencia resolvía un recurso de amparo de dos periodistas a los que el Presidente del Tribunal había prohibido asistir al juicio oral por el golpe de Estado del 23-F. Para el Tribunal Constitucional, la publicidad mediata que brindan los medios de comunicación es sustitutiva de la publicidad inmediata que implica la posibilidad de asistir a las vistas. Por otro lado, la STC 30/1986, de 20 de febrero, aceptó una restricción basada en criterios de seguridad, implicando la limitación del acceso a los juicios en razón de las condiciones o capacidad de la Sala, esgrimiendo que el art. 120.1 CE “permite que las leyes de procedimiento establezcan excepciones a la publicidad de las actuaciones judiciales, y que ésta es perfectamente compatible con 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” (FJ 5º). Por otro lado, *contrario sensu*, en la STC 96/1987, de 10 de junio, se valoró como dañosa para el principio de publicidad la celebración del juicio oral en un establecimiento carcelario con un público limitado, señalando que dicha restricción de la publicidad para terceros “no queda compensada [...] por la presencia en el acto de periodistas que informaron en diversos medios del desarrollo de aquél” (FJ 3º). Específicamente sobre la celebración de juicio a puerta cerrada, la STC 65/1992 lo legitima al establecer que “la decisión de celebrar el juicio a puerta cerrada, lejos de reducir en este caso las garantías del proceso, tenía como finalidad justamente facilitar el correcto y ordenado desarrollo del mismo, evitando cualquier intimidación dirigida a los procesados, sus defensores y los testigos.” (FJ 2º). Estas limitaciones al carácter público del juicio oral se consideran excepcionales y deberán no obstante motivarse tal y como establece el artículo 232.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹.

Toda esta regulación gravita, como toda la normativa que pone en juego conceptos jurídicos con un alto grado de interpretabilidad, sobre la valoración que el juez o Tribunal realiza sobre las circunstancias y condiciones en que se desarrolla el juicio, y que puedan producir atentados contra la intimidad, otros derechos fundamentales como el honor o la propia imagen de las partes, o inseguridad o problemas de orden público. La cuestión que se plantea es si esta idea restrictiva de la publicidad en la fase oral del juicio se compagina adecuadamente con el derecho a la información de los ciudadanos¹². Si parece, no obstante, imprescindible que las decisiones de los jueces o tribunales restringiendo dicha publicidad se encuentre suficientemente motivada y no se trata sólo de un recurso para hacer más fácil o llevadera la acción judicial, máxime en juicios de alta carga mediática.

Por otro lado, la división entre secreto y publicidad en la fase de instrucción y la fase oral respectivamente, carece de sentido desde una perspectiva informativa. El interés de la sociedad en un proceso no podemos datarlo ni en el juicio oral, ni siquiera en la investigación y en la instrucción del sumario. Muchas veces, surge desde el mismo momento en que salen a la luz los hechos que dan lugar al procedimiento judicial, bien sea por sus criterios subjetivos (los implicados en dichos hechos) u objetivos (la trascendencia de dichos hechos sometidos a investigación y posible enjuiciamiento). Distinción que como veremos coincide con la idea de relevancia pública de la información que justifica su difusión, por criterios *rationae personae* o *rationae materiae*. O en palabras del Tribunal Constitucional “que la información tenga por objeto hechos que, ya sea por la relevancia pública de la persona implicada en los mismos, ya sea por la trascendencia social de los hechos en sí mismos considerados, puedan considerarse noticiables o susceptibles de difusión” (STC 154/1999, FJ 4º).

11 En la misma línea se pronuncia el artículo 22 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito.

12 El propio Poder Judicial ha sido consciente de ello, y tras las sentencias del Tribunal Constitucional 56 y 57 de 2004 han fijado el principio de libre acceso como la regla general, mientras que cualquier restricción tendrá un carácter excepcional, siendo precisa una resolución expresa al respecto. Esta doctrina ha tenido reflejo tanto en Reglamento 1/2005 del CGPJ como en la Instrucción 1/2005 de la FGE (Orenes, 2008: 201)

V. La regulación del secreto de sumario

Sin embargo, el ámbito donde se ha producido una mayor polémica y las fricciones entre medios de comunicación y órganos jurisdiccionales han sido constantes es la instauración del secreto en la fase de instrucción del sumario en el procedimiento penal (el más mediático de los órdenes jurisdiccionales).

En el Ordenamiento jurídico español el secreto sumarial se encuentra recogido en el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECr), que establece que *“Las diligencias del sumario serán reservadas y no tendrán carácter público hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley.”* La Exposición de Motivos de la citada LECr considera que es necesario el secreto de sumario *“en cuanto 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 utilizarse y depurarse en el crisol de la contradicción durante los solemnes debates del juicio oral y público”*.

Podemos encontrar como en el propio artículo 301 se establece un mecanismo de protección de dicho secreto sumarial estableciendo una prohibición de carácter subjetivo específicamente destinada por un lado a los abogados y procuradores, y a los funcionarios públicos por otro, instituyendo sanciones para el caso de revelación indebida del contenido del sumario. Considera Valera Castro (1990: 41) que debe sobreentenderse que se hace referencia a aquellos que intervengan en las diligencias, *“y finalmente, de manera difícilmente inteligible, a cualquier persona”*. Respecto al contenido objetivo de la prohibición del secreto sumarial, el citado autor considera que sólo alcanzan a las *“diligencias”* del sumario, pero no a la revelación de informaciones sobre los *“hechos”* objeto de las diligencias; como tampoco implica el precepto ninguna limitación a la publicabilidad, no sólo ya de los hechos objeto del proceso, sino incluso de los contenidos de las diligencias sumariales por parte de aquellos que no intervengan en éstas, aunque hayan accedido al conocimiento a través de los sujetos objeto de la prohibición. Cuestión no resuelta aún es si podría postularse el amparo por quiebra del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24 CE) bajo la justificación de que la publicación de aspectos del sumario influyó en el desarrollo del proceso o en la sentencia¹³.

Por su parte, el artículo 301 bis, incorporado por la disposición final 1.9 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, establece que *“El Juez podrá acordar, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o de la víctima, la adopción de cualquiera de las medidas a que se refiere el apartado 2 del artículo 681 cuando resulte necesario para proteger la intimidad de la víctima o el respeto debido a la misma o a su familia”*.

Se completan estas previsiones con lo que establece la L.O. 5/2015, de 27 de abril, que ha modificado el art. 302 LECr señalando que *“Las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento. No obstante, 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 cuando resulte necesario para: a) evitar un riesgo grave para la vida, libertad o integridad física de otra persona; o b) prevenir una situación que pueda comprometer de forma grave el resultado de la investigación o del proceso. El secreto del sumario deberá alzarse necesariamente con al menos diez días de antelación a la conclusión del*

¹³ Favorable a esta posibilidad BELLOCH (1990: 240).

sumario. Lo dispuesto en este artículo se entenderá sin perjuicio de lo previsto en el párrafo segundo del apartado 3 del artículo 505". Sin embargo, la declaración del secreto, en cuanto constituye la limitación de un derecho fundamental, ha de tener carácter excepcional y en virtud del principio de proporcionalidad ha de ser adecuado para conseguir el fin propuesto, es decir, el interés de la justicia penal y de su necesaria eficacia en la represión del delito como expresión irrenunciable de la seguridad, individual y colectiva, que la Constitución reclama (López Ortega, 2007: 106).

Se trata de la exclusión de la publicidad absoluta en el primer caso (art. 301) y de la publicidad relativa (media, interna o para las partes) en el art. 302 (Sánchez de Diego, 2015: 464). Se establecen tres criterios para la restricción de la publicidad sumarial. Formal (se requiere adoptarse por resolución motivada: auto), Material (no es necesario que se extienda a la totalidad del sumario, pues puede ser parcial) y Temporal (se establece como plazo un mes), aunque el TC ha parecido posibilitar la prórroga de ese plazo en la STC 176/1988 al 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 artículo 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". Sin embargo, si esta suspensión temporal se convierte en una imposibilidad absoluta de conocimiento de lo actuado hasta el momento del juicio oral, puede impedir que el investigado esté "en disposición de preparar su defensa de manera adecuada" (STEDH de 18 de marzo de 1997, asunto *Foucher c. Francia*). Por tanto, la decisión judicial de decretar secretas las actuaciones sumariales podrá incidir sobre el derecho de defensa del imputado cuando carezca de justificación razonable, no se dé al mismo posibilidad posterior de defenderse frente a las diligencias de prueba obtenidas en esta fase o, por último, se retrase hasta el acto del juicio oral la puesta en conocimiento del imputado de lo actuado (SSTC 100/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 174/2001, de 26 de julio, FJ 3)"¹⁴.

La diferenciación entre el secreto interno y externo no está justificado para algún autor (Del Moral, 2021: 154), que considera que "secreto externo sin secreto interno (aunque no siempre) es casi por principio signo de que aquel no es necesario a los efectos de la investigación". Especialmente porque cuando se produce dicha divergencia, la pretensión perseguida por los tribunales con este régimen legal quiebra frecuentemente, publicándose de forma casi inmediata en los medios de comunicación gran parte de las diligencias que deberían ser secretas.

El establecimiento del secreto de sumario no es medida suficiente, no obstante, para que revelaciones indebidas puedan afectar al adecuado desarrollo del proceso, y así lo manifiesta Valero Castro (1990: 41) respecto al momento procesal en que se declara el secreto de sumario pues "al establecer el *dies a quo* en el del inicio de momento de la actividad jurisdiccional, hasta cuyo momento no existen *diligencias sumariales*, deja fuera de veto la revelación del descubrimiento de los actos policiales presumariales, siendo precisamente ese segmento cronológico el de mayor potencialidad dañosa para el éxito de la investigación que luego ha de ser pilotada judicialmente, con criterios de

14 Tribunal Constitucional, Sentencia 95/2019, de 15 de julio (FJ 3º).

eventual discrepancia respecto del entendimiento y voluntad policial” (un específico deber de secreto para los integrantes de dichas Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad establece en su artículo 5.5.). Del Moral García y Santos Vijande (1996) consideran que la regulación actual bajo los principios de publicidad interna y secreto externo busca conciliar la eficacia y la eficiencia en la investigación respetando los derechos de defensa, aunque sacrificando los intereses relativos a la libertad de información. Este sistema tan inflexible tiene como consecuencia su habitual incumplimiento. Porque el establecimiento del secreto sumarial para todo proceso, en todos sus detalles y durante toda la instrucción, sin posibilidad de graduación y sin discriminación alguna resulta totalmente desproporcionado.

El máximo intérprete constitucional ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre el secreto de sumario y ya en la STC 13/1985 de 31 de enero considera que la regla que dispone el secreto de sumario es, sobre todo, una excepción a la garantía institucional inscrita en el artículo 120.1 al establecer que “puede decirse que el proceso penal, institución con la que se trata de hacer efectiva la protección del ordenamiento a derechos reconocidos en este Título, puede tener una fase sumaria amparada por el secreto y en cuanto tal limitativa de la publicidad y de la libertad. Pero esta genérica publicidad constitucional del secreto sumarial no está, sin embargo, impuesta o exigida directamente por ningún precepto constitucional y, por lo mismo, se requiere, en su aplicación concreta, una interpretación estricta, no siendo su mera alegación fundamento bastante para limitar más derechos -ni en mayor medida de los necesarios- que los estrictamente afectados por la norma entronizada del secreto” (FJ 3º).

No obstante, la restricción a la publicidad de las actuaciones para las partes personadas está sometida a una serie de límites, establecidas por el Tribunal Constitucional en la sentencia 176/1988 que establece que “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 del Tribunal Constitucional 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” (FJ 3º). Plantea así el TC la necesidad de realizar la complicada ponderación entre secreto para el adecuado desarrollo de las diligencias investigadoras y transparencia en pos del derecho a la defensa del justiciable, al abordar el denominado secreto sumarial interno.

VI. Principio de publicidad y derecho a la información: a vueltas con el secreto sumarial

La idea de publicidad que estamos barajando se consume mediante la presencia de los ciudadanos en las diversas dependencias donde se desarrolla la impartición de justicia. Esta publicidad denominada inmediata está, no obstante, limitada a

un número determinado de personas en función del aforo de la sala de vistas. A ello debe añadirse que en las sociedades actuales, el posible interés por la acción de la justicia no tiene como consecuencia un desmedido afán por asistir a los procesos. Será a través de la publicidad mediata, el acceso por parte de los ciudadanos a las decisiones judiciales a través de los medios de comunicación como pueda lograrse un conocimiento de éstas y así alcanzar la función social de la publicidad procesal. La publicidad procesal y la publicidad mediática poseen una connaturalidad entre ellas, “La información sobre un procedimiento judicial en curso viene a constituirse en una extensión de la publicidad de la administración de justicia”, aunque matiza que “continuidad que en ningún caso significa identificación” (Azurmendi, 2005: 142).

Es a través de los grandes medios de comunicación de masas y especialmente ahora a través de Internet y sus múltiples posibilidades comunicativas, como se articula la conexión entre la justicia y la opinión pública y, como resultado, la publicidad procesal ha dejado de ser una instancia crítica, ha perdido su antigua función como mecanismo de control de la aplicación de la ley y se ha convertido en un mero instrumento de prevención general, en un medio de educación de los ciudadanos en la fidelidad de las normas, en un mecanismo utilizado para mantener la paz y la seguridad públicas (López Ortega, 2007: 100).

Así lo entiende el TC al establecer que “no resulta adecuado entender que los representantes de los medios de comunicación social, al asistir a las sesiones de un juicio público, gozan 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”¹⁵.

Para Azurmendi (2005: 145), los medios de comunicación irrumpen en la escena procesal en el momento en el que la asistencia personal y directa a los juicios disminuye, pero es dudoso que cumplan un papel de «control» sobre la actuación del juez y la aplicación de la ley, puesto que, en primer lugar, la tecnificación del derecho ha alejado los procesos judiciales del conocimiento común de los ciudadanos —y sin un conocimiento técnico mínimo es imposible valorar la actuación del juez, de los abogados de las partes, etc.—, y en segundo lugar, los medios autojustifican su trabajo en las salas de los tribunales desde el derecho a la información, no desde el derecho a la publicidad de los juicios en el sentido liberal. La divulgación mediática no es sino una extensión del principio de publicidad de la Administración de Justicia, produciéndose cierta transferencia y permeabilidad entre ambas formas de publicidad.

Sin embargo, “la actividad libre de la prensa ofrece, a un número indeterminado de personas, una particular visión de lo que ocurre en el juicio. Ella no puede sustituir la publicidad inmediata porque no es neutral, está determinada por cierta selección de las percepciones fundadas en razones psicológicas, técnicas, comerciales, estéticas, ideológicas, etc. por cierto, ello no implica negarle su especial aptitud para el desarrollo de las libertades fundamentales y el control de los actos de gobierno” (García, 1995: 31). La importancia de los medios de comunicación en el objetivo publicitario del proceso queda de manifiesto cuando el propio Estatuto orgánico del Ministerio Fiscal establece en su artículo 4.4 entre sus funciones “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 y, en general, a los deberes de reserva y sigilo inherentes al cargo y a los derechos de los afectados”. En un mismo sentido, el artículo 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece la obligación de

15 Tribunal Constitucional, Sentencia 30/1982 de 1 de junio (FJ 4º)

los funcionarios judiciales de suministrar información a los “interesados” sobre las actuaciones judiciales. Sobre este artículo muestra sus dudas Valera Castro (1990: 42), pues este precepto circunscribe el acceso a la información a los interesados, “en cuyo censo no cabe insertar a los medios de comunicación, pues dada la finalidad de éstos, supondría la confusión del interesado con el absoluto e indeterminado concepto de público”. Tampoco queda claro el aspecto subjetivo del administrador de la información, puesto que no se especifica si jueces y magistrados quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la norma.

No obstante, uno de los ámbitos donde el conflicto entre medios de comunicación y órganos jurisdiccionales se reproduce más a menudo es en la declaración del secreto de sumario y su incumplimiento por los medios de comunicación. El mismo Tribunal Constitucional ha debido pronunciarse en varias ocasiones al respecto, pero es sin duda la STC 13/1985 la que ha marcado el camino a seguir al establecer que “tal secreto implica, por consiguiente, que no puede transgredirse la reserva sobre su contenido por medio de «revelaciones indebidas» (art. 301.2 de la LECr.) o a través de un 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 resulte limitado o vedado por otro derecho fundamental según lo expuesto por el art. 20.4 de la 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 aquellos elementos están en curso unas determinadas diligencias sumariales. De ese 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 (art. 299 de la LECr.)” (FJ 3º).

Para Marc Carrillo (1999: 188), esta sentencia tuvo como mérito “erradicar una concepción expansiva del secreto sumarial, muy en boga entonces, por la que se consideraba que todos los hechos sobre los que versa el sumario judicial quedaban sustraídos al derecho a comunicar información. La relevancia de esta resolución residió en que el secreto sumarial queda circunscrito a las diligencias judiciales que lo integran, y ello no es obstáculo para que la información pueda versar sobre los hechos objeto del sumario, conocidos legalmente a través de otras fuentes o medios, sin que tal circunstancia pueda ser calificada como un descubrimiento sumarial”.

Barrero Ortega (2000: 250) considera por su parte que “el Tribunal Constitucional contradice su propia doctrina sobre el secreto sumarial, ya que, en la práctica, lo deja reducido casi a la nada, convirtiendo en inoperante, en un recipiente vacío de contenido, la institución. Si cualquier persona que tenga un conocimiento mediato o inmediato de los hechos puede confiar a un periodista cualquier extremo relacionado con la investigación judicial, lo haya o no revelado ante el juez en el curso de las diligencias sumariales, es evidente que las garantías de que no desaparezcan las huellas del delito, no se condicione el juicio de los testigos, o no se manipulen los elementos que han de utilizarse durante los debates del juicio público, quedan en jaque. Y lo mismo ocurre con las garantías del derecho al honor del imputado, indefensión ante una información de tribunales errónea o, sencillamente, poco rigurosa”. Por su parte, Luís M^a. Díez Picazo establece que en principio “al no existir en nuestro derecho una prohibición absoluta de manifestarse sobre los procesos en curso, hay que entender que el secreto sumarial vincula, únicamente, a aquellas personas que tienen conocimiento directo del sumario por su relación con el instructor” (Díez Picazo, 1986: 101).

De todo ello podemos deducir que nada impide al periodista en el cumplimiento de su función pública el investigar determinado caso, pero es evidente que si bien desde un punto de vista legal se encuentra en alguna medida legitimado, desde una perspectiva deontológica la cuestión implica ciertas connotaciones a considerar. Por un lado, el informador debe valorar si la noticia que va a ofrecer aportará mayores beneficios o inconvenientes, teniendo en cuenta si la trascendencia de la información justifica el atentado contra el secreto impuesto por el juez. Así deberá sacar sus propias conclusiones sobre la publicación, debiendo discernir entre la información verdaderamente trascendente y la simplemente vendible. Desde una perspectiva periodística, para Cerdán (2010: 291), “los periodistas especializados en materia judicial tienen la obligación de salvaguardar dos aspectos: 1) interferir en la investigación judicial, hasta el punto de poner en peligro las diligencias del juez; 2) o vulnerar el derecho a la intimidad y privacidad de los investigados, siempre que no sean personajes públicos”.

El Tribunal Constitucional en su sentencia 195/1991 ha establecido las posibles causas que limitan la información sobre el proceso al fijar que “todas estas observaciones son directamente trasladables al espacio en el que se cruzan los derechos enunciados por el art. 24 Constitución con las libertades reconocidas por el art. 20 de nuestra Carta Magna, máxime cuando se ha decretado la apertura del juicio oral, pues, si bien en la fase instructora la vigencia de la presunción de inocencia y del derecho al honor del imputado, así como las exigencias del secreto instructorio en orden a obtener el éxito de la investigación, constituyen, todos ellos, límites constitucionales más estrictos al ejercicio del derecho a transmitir información veraz, una vez decretada la apertura del juicio oral, rige el principio de publicidad absoluta e inmediata”.

En referencia a la presunción de inocencia, suponer que dar publicidad a aspectos de un proceso puede incidir en esta carece de sentido (Del Moral, 2021: 159), pues dicha presunción de inocencia solo se predica respecto de los órganos judiciales, pudiendo la revelación de datos o expresión de opiniones afectar al derecho al honor del protagonista, pero no a dicha presunción de inocencia (en contra Campo, 2019: 6). Así lo manifiesta el TC en su sentencia 166/1995 al decir que “esta dimensión extraprocesal de la presunción de inocencia, no constituye por sí misma un derecho fundamental distinto o autónomo del que emana de los arts. 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. Porque, para decirlo en pocas palabras, la presunción de inocencia que garantiza el art. 24.2 C.E., alcanza el valor de derecho fundamental susceptible del amparo constitucional, cuando el imputado en un proceso penal, que ha de considerarse inocente en tanto no se pruebe su culpabilidad, resulte condenado sin que las pruebas, obtenidas y practicadas con todas las garantías legal y constitucionalmente exigibles, permitan destruir dicha presunción. En los demás casos relativos al honor y a la dignidad de la persona, que no son una presunción sino una cualidad consustancial inherente a la misma, serán los derechos consagrados en el art. 18 C.E. los que, por la vía del recurso de amparo, habrán de ser preservados o restablecidos (FJ 3º)”.

Hay que añadir que el caso de la publicación de datos o novedades sobre un proceso judicial que se lleva a cabo, todas las posibles conclusiones que se infieren de esta publicación deben ser puestas en tela de juicio por su provisionalidad. Pero estas informaciones tienen una mayor trascendencia en el caso de juicios que se desarrollarán ante un jurado popular, puesto que en gran medida se hallaran condicionados por las informaciones publicadas, así como los testigos, que tendrán ciertas dudas cuando deban declarar en contra de una información, en principio, perfectamente documentada.

También debe considerarse la idea de victimización secundaria, entendida como la afectación a los familiares y allegados de la víctima por la divulgación por los medios de comunicación de diversos aspectos del proceso o de los hechos que lo han suscitado. La Directiva 2021/29 del Parlamento Europeo y del Consejo¹⁶ sobre la protección de las víctimas de delitos incide en ello al decir que “por consiguiente, esos familiares, que son víctimas indirectas del delito, también deben disfrutar de protección en el marco de la presente Directiva”.

Por su parte, la posible indagación sobre las fuentes que han suministrado cualquier información a los medios de comunicación sobre materia sometida a secreto de sumario se encuentra con la dificultad añadida de la posibilidad de los profesionales de la información de acogerse al secreto profesional reconocido en el art. 20.1.d) CE. Ante la imposibilidad de perseguir a los periodistas por revelación de datos vinculados al sumario hay propuestas que abogan por reformar la normativa sobre el secreto de sumario y exigir una ampliación de las penas sobre posibles responsabilidades de los periodistas, opción que consideramos claramente opuesta a la regulación constitucional de dicho secreto profesional, pues supondría vaciarlo de contenido.

En la relación entre secreto sumarial y derecho al honor, la sentencia TC 24/2009 aborda determinados recursos de amparo en los que se esgrimía que las informaciones publicadas procedían de procesos penales secretos, lo que, a juicio de los recurrentes, que demandaban la tutela de su derecho al honor, impedía que dichas informaciones quedaran amparadas por la libertad de información. El Tribunal rechazó la relevancia de este planteamiento relativo al supuesto origen ilícito de la información, por no afectar al conflicto suscitado ni haberse probado en el proceso judicial la revelación del secreto de sumario.

La afectación del honor, y por añadidura la intimidad y la propia imagen, por la revelación de aspectos relacionados con el procedimiento judicial (sea en la fase de investigación, sea en el juicio oral cuando ha sido declarado secreto) creemos que debe subsumirse, con algunas matizaciones, en la aplicación del “test de publicación” establecido por el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia. Será la veracidad y la relevancia pública de la información la que legitimará su divulgación. Entendiendo la primera como la actuación diligente del comunicador en la obtención y comprobación de la información y la relevancia pública como aquellas informaciones que afectan a la colectividad, o en palabras del TC “una información posee relevancia pública porque sirve al interés general en la información, y lo hace por referirse a un asunto público, es decir, a unos hechos o a un acontecimiento que afecta al conjunto de los ciudadanos...” (STC 134/1999, de 15 de julio, -FJ 8º-). Ciertamente es que la veracidad actúa de forma divergente respecto del honor y de la intimidad, puesto que “el requisito de la veracidad merece distinto tratamiento según se trate del derecho al honor o del derecho a la intimidad, ya que mientras que la veracidad funciona, en principio, como causa legitimadora de las intromisiones en el honor, si se trata del derecho a la intimidad esa veracidad es presupuesto necesario para que la intromisión se produzca” (STC 197/1991, FJ 2º).

Este tratamiento divergente de la veracidad queda de manifiesto en distintas sentencias del TC, pero podemos citar la 13/1985 como paradigmática. En esta y otras sentencias, el Constitucional no entra a valorar la ilicitud por

quebrantamiento del secreto de sumario en la información publicada, porque considera que desde la perspectiva de la ponderación entre los derechos a la información y al honor, la clave es la veracidad, que implica que se haya obtenido rectamente. Y aquí es donde realiza un giro argumental cuando considera que la rectitud en la obtención de la información está vinculada al contraste de la información y la diligencia en su comprobación, y qué hay más fidedigno que datos obtenidos directamente del sumario. Contrasta este punto de vista con el ATC 129/2009 donde la ilicitud en la obtención de la información impide protegerla desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional sobre el derecho a la información, o la más reciente sentencia sobre la prohibición de las cámaras ocultas en los reportajes televisivos (STC 25/2019), donde la veracidad queda fuera de toda duda, sin embargo, es la ilicitud en la obtención de la información la que se censura por el Alto Tribunal. Vemos así, que la veracidad justifica el atentado como en honor¹⁷, pero es presupuesto de la violación del derecho a la intimidad.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en múltiples ocasiones sobre la relación entre secreto de sumario y derecho a la información. En el caso Worm¹⁸, se considera que los periodistas no pueden comentar procesos penales en curso que puedan perjudicar de forma intencionada o no, las posibilidades de que una persona reciba un juicio justo o socavar la confianza de la ciudadanía en el papel de los Tribunales. Por su parte, el asunto Du Roy y Malaurie¹⁹ limita el carácter absoluto del secreto de sumario al fijar que una prohibición absoluta de publicar cualquier noticia sobre un asunto que está bajo secreto de sumario supone una restricción injustificable a la libertad de información.

Por su parte, en la Sentencia Tourancheau y July²⁰ el Tribunal opina que “la prohibición de publicar procedimientos judiciales en curso bajo pena de castigo tiene como objetivo proteger a las partes en el proceso penal y evitar cualquier riesgo de perjuicio, ya sea por parte de la prensa. Esto es para evitar “el show de pseudo-juicio en los medios de comunicación”, así como la posibilidad de que los periodistas entreguen sus propias conclusiones al público mientras la investigación no se completa y que el juez de instrucción no ha tomado ninguna decisión con respecto a un posible regreso a juicio de los acusados. En el caso Dupis²¹ considera el Tribunal de Estrasburgo que es legítimo querer otorgar protección especial al secreto de la investigación dada la importancia de los procedimientos penales, tanto para la administración de justicia como para el derecho a respetar la presunción de inocencia de las personas arrestadas bajo examen.

El Caso Pinto Coelho²² aborda el supuesto de la exhibición en televisión de documentos pertenecientes a un sumario en un caso de interés general y cuya publicación no perjudica el curso de la investigación. Por tanto la sanción penal a la periodista no suponía una necesidad social imperiosa a juicio de la Corte²³.

17 Como indica la STC 50/1983 “el daño que el honor de quien sigue tal conducta pueda sufrir no se origina en esos procedimientos, sino en la propia conducta y ni la Constitución ni la Ley pueden garantizar al individuo contra el deshonor que nazca de sus propios actos” (FJ 3º)

18 TEDH, Worm c. Austria, Sentencia 29 agosto 1997.

19 TEDH, Du Roy y Malaurie, Sentencia de 3 de octubre de 2000.

20 TEDH, Tourancheau y July c. Francia, Sentencia de 24 de noviembre de 2005.

21 TEDH, Dupis et autres, Sentencia de 7 de junio de 2007 (ap.44).

22 TEDH, Pinto Coelho c. Portugal, Sentencia de 28 de junio de 2011.

23 Vid. también TEDH, Dédat c. Suiza, Sentencia de 29 de marzo de 2016.

En el asunto Giesbert²⁴ el Tribunal Europeo de Derechos Humanos considera que no hay violación de la libertad informativa del art. 10 porque se viola el secreto de sumario al publicar documentos protegidos por el secreto de sumario, pues afecta a la independencia judicial, afecta al desarrollo del proceso y afecta a la reputación del autor, máxime cuando los periodistas conocían la prohibición legal de publicación.

VII. Discusión y conclusiones

Hemos podido comprobar como la regulación constitucional de la publicidad procesal y del derecho a la información sitúa a ambos como instituciones claves en el Estado democrático de Derecho. Su adecuada interrelación entre ambos es fundamental, sobre todo en las sociedades actuales donde los medios de comunicación desempeñan un papel de correa de transmisión del Poder Judicial a la ciudadanía.

No obstante, las leyes procesales que han establecido razonables limitaciones a dicha publicidad del proceso, tanto en la fase de investigación (principalmente a través de la instauración del secreto de sumario), como en las vistas públicas (por razones de orden público y protección de la intimidad y otros derechos fundamentales), combinan un importante grado de imprecisión con una rigidez en su aplicación, lo que deriva en permanentes conflictos entre los medios de comunicación y los integrantes del Poder Judicial. Sobre todo porque se deja en manos de los Tribunales la valoración de las circunstancias que justifican las restricciones a la publicidad procesal. Circunstancias todas ellas caracterizadas por un alto grado de interpretabilidad.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha optado por una interpretación restrictiva del secreto sumarial, posibilitando la transmisión de informaciones sobre diversos aspectos del proceso sometidos a secreto de sumario. Favorece así el derecho a la información de los ciudadanos frente a una posible minoración del derecho a la tutela judicial efectiva del justiciable, aspecto criticado por parte de la doctrina procesalista. La jurisprudencia del TEDH aboga por una defensa del derecho a la información reconocido en el artículo 10 del CEDH siempre que la divulgación de datos o informaciones sometidas al secreto de sumario no perjudiquen, por un lado a la obtención de un juicio justo por parte del acusado; y por otro lado, siempre que la difusión no pueda entorpecer en modo alguno el adecuado desarrollo del proceso ni la correcta impartición de justicia.

Pero la rigidez de la regulación limitadora de la publicidad procesal (en especial del secreto de sumario) trae como consecuencia inmediata su constante violación, conllevando distorsiones en la finalidad de la publicidad del proceso. Si como hemos visto, uno de los propósitos del art. 120 CE es fomentar la confianza en la acción de la Justicia, las constantes revelaciones sobre aspectos de un proceso bajo secreto de sumario, constata ante la opinión pública la ineficacia de dicho instrumento procesal, pero también introduce dudas sobre el cumplimiento de las normas. Sobre todo, porque la mayoría de la veces, se desconoce el origen de la información (desconocimiento asegurado por el derecho al secreto profesional del art. 20 CE) sembrándose la duda sobre todos los implicados en el proceso (órganos del Poder Judicial incluidos).

Las posibilidades en manos de los Tribunales para obligar al respecto de dicho secreto son escasas. Por un lado porque aunque tanto el artículo 301 de la LECr

24 TEDH, Giesbert y otros c. Francia, Sentencia de 1 de junio de 2017.

como el art. 417 del Código Penal sancionan a abogados y los procuradores de las defensas y las acusaciones particular y popular; y a jueces, fiscales, secretarios judiciales y funcionarios judiciales, respectivamente, por filtración de información, es prácticamente imposible descubrir de donde surge dicha filtración. Los intentos por obligar al periodista a revelar su fuente chocan con su derecho al secreto profesional, como en innumerables ocasiones -algunas recientes- hemos comprobado. Dicha persecución de la filtración en las sociedades digitalizadas en las que vivimos, puede convertirse además en una quimera.

Esta "hipócrita normativa", como ha sido denominada por algún autor (Del Moral, 2021: 183), que hunde sus raíces en principios procesales decimonónicos, requiere de una actualización acorde con la realidad social, utilizando como inspiración la que ha sido su *praxis* habitual. Las propuestas de *lege ferenda* deben partir de la flexibilidad y de la posibilidad de establecer gradaciones en dicha reserva, tanto de los actos procesales declarados secretos, como respecto de los diferentes sujetos intervinientes. La rígida regulación del secreto sumarial en vigor ha demostrado su ineficiencia, pues ni asegura la adecuada función investigadora de los jueces y Tribunales, ni ofrece alternativas a los medios de comunicación que no sea la violación de dicho secreto. El secreto de sumario es tan fácil de decretar como difícil de hacerse cumplir. Compaginar ambos derechos (derecho a un juicio justo y derecho a la información) es el gran reto al que se enfrenta la revisión de esta institución procesal.

Este difícil equilibrio es glosado por el profesor Desantes (1976: 29), quien aboga porque toda información que pueda influir negativamente en la consecución de la justicia por parte de los jueces, ha de ceder, como derecho, ante las exigencias de la justicia que con el procedimiento procesal se persigue. Aunque matiza que aquellas informaciones que pueden contribuir a reunir elementos fácticos y evitan interferencias deben ser fomentadas. Concluye que en caso de duda, la excepción del silencio debe ceder ante la regla general informativa que afecta al objeto (tal y como concluyó la jurisprudencia constitucional años después).

Toda esta reflexión está asimismo condicionada por las transformaciones del espacio público. Esta publicidad mediata desempeñada por los medios de comunicación clásicos quiebra con la irrupción de las redes sociales como elementos sustitutivos de dicha labor de intermediación. Ello requerirá de una nueva reflexión sobre los modelos comunicativos en las sociedades actuales y como afecta a la función del Poder Judicial en las democracias contemporáneas.

Bibliografía

- Agudo Ruiz, A. (2013). *Las costas en el proceso civil romano*. Madrid: Universidad de la Rioja-Dykinson.
- Alzaga Villaamil, O. et al. (1998). *Derecho Político Español según la Constitución de 1978 II. Derechos Fundamentales y órganos del Estado*. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces.
- Aragón Reyes, M. (1996). Independencia judicial y libertad de expresión. *Derecho privado y Constitución*, 10, 259-267.
- Azurmendi Adárraga, A. (2005). Derecho a la información y administración de justicia. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 75, 135-178.
- Barrero Ortega, A. (2000). Notas jurídico-constitucionales en torno a los juicios paralelos". *Derecho y Opinión*, 8, 247-259.

- Belloch Julvé, J. A. (1990). Los jueces y la libertad de información. *Poder Judicial* nº extra 11, 221-248.
- Bentham, J. (1835). *Tratado de las pruebas judiciales. Tomo I*, (traducción de José Gómez de Castro). Madrid: Imprenta de D. Tomás Jordan.
- Campaner Muñoz, J. (2019). *Publicidad y secreto en el proceso penal en la sociedad de la información*. Madrid: Dykinson.
- Campo Moreno, J.C. (2019). Derecho de la información, secreto sumarial y juicios paralelos, *Diario La Ley*, 7293, 1-8.
- Carreras i Serra, Ll. de (1996). *Régimen Jurídico de la información: periodistas y medios de comunicación*. Barcelona: Ariel.
- Carrillo López, M. (1999). Los tribunales de justicia y sus obligaciones informativas", *Revista del Poder Judicial (Número Extraordinario 17 "Justicia, Información y opinión pública")*, 183-197.
- Couture, E. (1962). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Depalma Editor.
- Dahl, R.A. (1999). *La democracia. Una guía para ciudadanos*. Madrid: Taurus.
- Del Moral García, A. y Santos Vijande, J.M. (1996). *Publicidad y secreto en el proceso penal*. Granada: Comares.
- Del Moral García, A. (2021). El secreto de sumario (una reflexión desde la libertad de información). En C. Álvarez Alonso y A. González Alonso, A. (coords.), *Libertad de prensa, democracia* (pp. 149-186). Madrid: Congreso de los Diputados.
- Desantes Guanter, J. M. (1976). *La función de informar*. Pamplona: Universidad de Navarra.
- Díez Picazo, L. M. (1986). Parlamento, Proceso y Opinión Pública, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 18 (Septiembre-Diciembre), 83-106.
- Escobar de la Serna, L (2004). *Derecho de la Información*. Madrid: Dykinson.
- Esparza Leibar, I. y Etxeberria Guridi, J. F. (2004). Derecho a un proceso equitativo. En I. Lasagabaster Herrares (dir), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático* (pp. 146-226). Madrid: Thomson-Cívitas.
- García, L. M. (1995). *Juicio oral y medios de prensa*. Buenos Aires: Ed. Ad Hoc.
- Garrorena Morales, A. (1987). *El Estado español como Estado Social y Democrático de Derecho*. Madrid: Tecnos.
- Gimeno Sendra, V., Conde-Pumpido Tourón, C., y Garberí Llobregat, J. (2000). *Los procedimientos penales. Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, con formularios y jurisprudencia*. Barcelona: Editorial Bosch.
- López Ortega, J.J. (2007). La dimensión constitucional del principio de publicidad judicial y sus limitaciones. En VV.AA., *Justicia y medios de comunicación. Cuadernos de Derecho Judicial* (pp. 93-136). Madrid: Consejo General de Poder Judicial.
- Merrills, J. G., y Robertson, A. H. (2001). *Human rights in Europe. A study of the European Convention on Human Rights 4th*. Manchester: Manchester University Press.
- Montañés Pardo, M. A. (2018). Artículo 120. En M. Rodríguez-Piñero y Bravo Ferrer y M. E. Casas Baamonde (dirs.), *Comentarios a la Constitución Española. XL Aniversario* (pp. 685-694). Madrid: BOE-Wolters Kluwer.
- Orenes Ruiz, J. C. (2008). El acceso de los medios audiovisuales a las salas de vistas en los procesos penales. *Revista de Derecho UNED*, 3, 201-232.
- Pérez Luño, A.E. (1998). *Los Derechos Fundamentales*, 3ª edición. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Agesta, L. (1989). *Sistema político de la Constitución española de 1978 (5ª ed.)*. Madrid: EDERSA.
- Sánchez de Diego, M. (2015). Derecho a la información e información de tribunales. Los secretos judiciales. En L. Corredoira y Alfonso y J. I. Bel Mallén

(dirs.), *Derecho de la Información. El ejercicio del derecho a la información y su jurisprudencia* (pp. 451-486). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sánchez Ferriz, R. (1995). *Estudio sobre las libertades* (2ª edición). Valencia: Tirant Lo Blanch.

Tenorio Sánchez, P. J. (2012). Título V de la Constitución de Cádiz: poder judicial, origen del Tribunal Supremo, y unidad de códigos. *Revista de Derecho Político*, 83, 310-333.

Torres del Moral, A. (1998). *Derecho Constitucional Español 1*. Madrid: Átomo.

Valero Castro, L. (1990). Proceso penal y publicidad. *Jueces para la Democracia*, 11, 37-44.

Vidal Zapatero, J. M. (2014). El derecho a un proceso público: una garantía relativizada por el Tribunal de Estrasburgo (art.6.1.). En J. García Roca y P. Santolaya (coords.), *La Europa de los Derechos. El Convenio Europeo de Derechos Humanos* (pp. 251-285). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales