

Proceso penal: ¿qué clase de publicidad y para qué?

por Perfecto Andrés Ibáñez*

I. Secreto y Estado

EL ROTO, un conocido humorista gráfico español, en una viñeta publicada en el diario “El País”, hacía decir al protagonista: “La mentira es la lengua oficial del Estado... Lo demás son dialectos”.

La apreciación podrá parecer demasiado tajante y no faltará quien piense que siendo, tal vez, adecuada a un recurso comunicativo como el utilizado en este caso, el *comic*, capaz de justificar cierto desenfado en la expresión, resultaría excesiva e impropia en otro contexto, por su radicalismo simplificador. Pero sucede que el aserto es veraz, incluso en términos absolutos, en el caso de los Estados (más o menos) autoritarios; y la experiencia enseña que puede también ser apto para ilustrar con realismo sobre el discurso estatal relativo a algunas de las propias prácticas, en el marco de la *normalidad* de nuestros estados constitucionales.

La terminante afirmación de EL ROTO debería completarse con otra de parecido grado de rotundidad relativa al secreto como necesario caldo de cultivo de la verdad/mentira oficial; ambiente al que ésta tiende de manera *natural*. Especie de atmósfera que el poder busca para una parte significativa de sus actuaciones, precisamente, las más idóneas para poner en riesgo la identidad del Estado como realmente *de derecho*. Y es que, en efecto, la huida de la luz es parte de la experiencia estatal, protagonizada de forma regular por algunos de sus más relevantes centros de decisión. La inclinación de éstos a crear zonas opacas, francas de control para refugiarse en ellas, es una constante histórica y actual. La que explica y ha hecho necesario el constitucionalismo como esfuerzo a favor del derecho y contra las inmunidades del poder. La lucha por la efectividad de la transparencia, “materia prima del poder democrático”, al expresivo decir de FLORES D’ARCAIS¹.

Esto, predicable sobre todo del poder político *sensu stricto*, lo es también de las restantes formas de poder, y, por tanto, de la que se expresa en el proceso y en las prácticas asociadas a él. Si bien es cierto que aquí el imperativo de transparencia y la consiguiente garantía operan de un modo particular. Pues, como escribiera Eberhard SCHMIDT, “el interés en la aclaración de los hechos y en la defensa del acusado (...) preceden al interés en la información pública”². Ésta, como ha señalado BINDER³, debe jugar su papel para que la jurisdicción cumpla el que socialmente le corresponde, impensable al margen de una ciuda-

* Magistrado del Tribunal Supremo, España.

¹ FLORES D’ARCAIS, Paolo, *Il sovrano e il dissidente. La democrazia pressa sul serio*, Ed. Garzanti, Milano, 2004, p. 35.

² SCHMIDT, Eberhard, *Los fundamentos teóricos y constitucionales del derecho procesal penal*, trad. de J. M. NÚÑEZ, Ed. Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1957, p. 243.

³ BINDER, Alberto. M., *Introducción al derecho procesal*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993, ps. 102 y siguientes.

danía instruida y consciente con capacidad política para formular las necesarias demandas al respecto. No obstante, como se verá, el tratamiento inadecuado de tal *segunda* vertiente del principio puede hacerle entrar en contradicción con la *primera*. Algo que debe necesariamente evitarse.

II. Secreto y proceso

Hoy parece universalmente reconocido que, dicho con BENTHAM, “la publicidad es el alma de la justicia”⁴. Por eso, si se acepta que el secreto de la investigación de conductas dotadas *prima facie* de relevancia criminal es un modo de actuación susceptible de justificarse en el plano de los principios que informan el proceso acusatorio, es a sabiendas de que éstos pagan por ello un precio, del que nunca llegan después a resarcirse del todo. No salen totalmente indemnes del asunto.

En esta observación se expresa un momento de tensión inmanente al proceso penal de nuestros Estados constitucionales, que se concreta en la fuerte afirmación normativa de aquellos principios, configuradores de todo un régimen de garantías y, al tiempo, en su inmediata relativización en algún grado.

También, y por razón de principios, se ha relativizado la verdad que actualmente se persigue en y mediante el proceso penal. Se trata ahora de una verdad más modesta, reflexivamente asumida como tal, que se mueve en el ámbito del conocimiento probable y que sólo puede ser conseguida si, además de los derechos, en particular los de la parte débil de la relación, se asegura cierta calidad de método en orden a la obtención de conocimiento.

Es algo bien distinto de lo sucedido en anteriores momentos históricos de la experiencia procesal, cuando la colocación de la justicia penal al servicio de fines tan consistentes como la búsqueda de una verdad *material y objetiva*, tendencialmente absoluta, en uno de los contextos de la lucha contra el mal, privaba de razón de ser a cualquier idea de límite.

En esa concepción del proceso, que es, en su origen, la inquisitorial, el secreto despliega toda su eficacia frente al imputado, “depositario de una verdad a exprimir”⁵. Y para cubrir los excesos, cerrando el círculo de la justificación, está cierta ética del sacrificio asociada a un concepto catártico y terapéutico, e incluso religiosamente optimista, del castigo.

Esta experiencia acontece en un marco estatal en el que la jurisdicción todavía no ha llegado a ser una instancia suficientemente diferenciada, pues permanece cierto modo judicial de gobernar⁶. En él, el proceso ocupa el centro de las vicisitudes del poder, y, con aparente paradoja, siendo secreto en sus prácticas, está, como fenómeno global, dotado de una oscura agobiante omnipresencia en la percepción social. Así, termina por aparecer como la cara más odiosa del poder, la encarnación de lo peor que hay en él. Tanto que el esfuerzo por su reforma representa una parte sustancial de la historia constitucional, recorrida, significativamente, por una intensa lucha en favor de la publicidad y contra el “*secreto*, escudo el más fuerte de la tiranía”, para decirlo con BECCARIA⁷. Esto no sólo a los ojos del jurista y del *philosophe* de la Ilustración, sino también a los del hombre de la calle de esa

⁴ BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*, vol. I, trad. de M. OSSORIO FLORIT, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 140.

⁵ CORDERO, Franco, *Procedura penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1982, p. 19. Sobre el secreto sumarial pueden consultarse, entre muchos, PISAPIA, G. Domenico, *Il segreto istruttorio nel proceso penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1960; NUVOLONE, Pietro, *L'istruttoria penale*, en AA.VV., *Criteri direttivi per una riforma del proceso penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1965, ps. 82 y ss.; y TOSCHI, Andrea, *Il segreto nell'istruzione penale*, Ed. Giuffrè, Milano, 1988.

⁶ Cf. SILVESTRI, Gaetano, *La separazione dei poteri*, vol. I, Ed. Giuffrè, Milano, 1979, p. 125.

⁷ BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas*, trad. de J. A. DE LAS CASAS, Ed. Alianza, Madrid, 1988, p. 51.

época. Como lo demuestra la intensidad y la expresividad de las quejas sobre el secreto de las prácticas judiciales, y la importancia que se concede a este asunto en la opinión crítica sobre la justicia del antiguo régimen expresada en los *Cahiers de doléances* suscriptos por la ciudadanía de la Francia pre-revolucionaria⁸.

El afianzamiento de la garantía de la publicidad en el proceso es un capítulo de la peregrinación histórica más general de la formación de una *esfera pública* como *humus* de la democracia representativa⁹. Referida a la jurisdicción, la publicidad tiene un primero y nuclear sentido de garantía del imputado, que debe presidir su tratamiento normativo y su proyección práctica. Desde este punto de vista, la publicidad se opone al secreto de las actuaciones judiciales y busca dar a éstas un grado de transparencia que haga posible su control por quienes son parte o están directamente interesados en la causa (publicidad *interna*); y por quienes, simplemente como ciudadanos, tienen un genérico y objetivo interés en que el desarrollo del trámite de aplicación del derecho penal no sea arbitrario y discurre por cauces legales (publicidad *externa*).

En esta doble perspectiva, la publicidad del proceso que, como dice FERRAJOLI, “no tiene nada que ver con su resonancia o espectacularidad”¹⁰, es “una garantía de segundo grado”, debido a que con ella se busca asegurar la prestación de las propiamente “estructurales y constitutivas del proceso acusatorio”; calificadas por el mismo autor de “garantías primarias” o “epistemológicas”¹¹. Claro es que no se agota en esto la incidencia de la publicidad. Pues, al estimular un recto hacer, profesional y honesto, de todos los operadores implicados, contribuirá a generar confianza¹² y consenso en torno a tales prácticas y servirá también para promover una buena cultura constitucional de la jurisdicción.

En todo caso, es patente que, de ambas vertientes del principio, la segunda debe ser rigurosamente funcional a la realización de la primera —nuclear, como se ha dicho—, y en modo alguno podría entrar en colisión con ella o representar alguna limitación o atenuación significativa de su eficacia.

III. Proceso y medios (tradicionales) de comunicación

La preocupación por la incidencia de los medios de comunicación en el proceso no es reciente. GIOSTRA¹³, en el caso de Italia, registra expresiones de ella que se remontan a los primeros momentos del siglo XX y que guardan relación con la posibilidad de que datos cubiertos por el secreto pudieran proyectarse al exterior con perjuicio, sobre todo, para el imputado. Y el propio CARNELUTTI, ya a mediados del pasado siglo, dejó escrito: “Desgraciadamente, hoy, con la difusión organizada de la crónica, discursiva y figurativa

⁸ Bien significativamente, según ESMEIN, es la publicidad de los procesos lo primero que se reclama. Cf. ESMEIN, Adhémar, *Procédure criminelle en France* (París, 1882), edición facsímil de Topos Verlag AG y Librairie E. Duchemin, Liechtenstein-París, 1978, p. 404.

⁹ Sobre la formación de la esfera pública, cf. HABERMAS, Jürgen, *Storia e critica dell'opinione pubblica*, trad. de A. ILLUMINATTI, F. MASINI y W. PERRETTA, 2ª ed., Ed. Laterza, Roma-Bari, 1974, ps. 26 y ss. (en castellano, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. de A. DOMENECH, Ed. Gustavo Gili, Barcelona, 1994).

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, 6ª ed., trad. de P. ANDRÉS IBÁÑEZ y otros, Ed. Trotta, Madrid, 2004, p. 618.

¹¹ *Ibidem*, p. 616.

¹² Cf. ROXIN, Claus, *Derecho procesal penal*, trad. de la 25ª ed. de Gabriela E. CÓRDOBA y Daniel R. PASTOR, revisada por Julio B. J. MAIER, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2000, p. 407.

¹³ GIOSTRA, Glauco, *Processo penale e informazione*, 2ª ed., Ed. Giuffrè, Milano, 1989, p. 8.

(fotográfica), la publicidad ha asumido dimensiones alarmantes. El imputado y los testigos se convierten en el centro de un halo publicitario que se extiende cada vez más¹⁴.

En este punto conviene recordar que el modo de intervención de los *media* origen de tal recelo tiene muy poco que ver con el que hoy conocemos. En efecto, pues se encuentra prácticamente limitado a la prensa escrita que en ese momento mantiene una relación *unidireccional* con el ámbito del proceso, como receptora más bien pasiva de algo —el hecho judicial noticioso— configurado de manera autónoma en su propia sede, la procesal. Es una época en que la justicia se ocupa esencialmente de la delincuencia común convencional, en buena parte, la de subsistencia, lo que hace, además, que la materia judicial quede confinada en la crónica de los tribunales y en la crónica negra.

IV. Cambio de significación en el fenómeno informativo

Si históricamente la información ha encarnado un principio de oposición a la tendencia del poder político a actuar en la opacidad, hoy la realidad social registra la existencia de todo un *poder de información y formación de la opinión pública*, también con su propia lógica, dotado de cierta autonomía relativa. Esta nueva dimensión del fenómeno informativo ha convertido al ciudadano en mero *consumidor* final de noticias, recibidas como una suerte de *producto* en sí mismo cerrado o acabado. Ha hecho de él sujeto pasivo de un ejercicio de poder de dimensiones extraordinarias, por su capacidad de penetración en las esferas privadas, de condicionamiento de las actitudes y de orientación de las preferencias.

Sobre este poder, básicamente informal, existen limitadísimas posibilidades de control por parte de la ciudadanía, puesto que está muy concentrado y comparece con frecuencia en formas casi monopolísticas, en mano de potentísimos grupos económicos con fuerte proyección política.

De aquí, una suerte de preocupante paradoja: la libertad de expresión y el libre flujo de las informaciones, ideal precondition de la existencia de una esfera pública democrática, ha derivado hacia la emergencia y consolidación de un nuevo poder de difícil fiscalización a través de los procedimientos de la democracia representativa y frente al que el ciudadano común está esencialmente inerme.

Lo que este nuevo poder macro-empresarial produce de forma masiva no suele ser *información* dirigida a estimular el desarrollo cultural y el crecimiento democrático, apta para contribuir a la construcción de esa esfera pública, sino un flujo de datos de consumo inmediato, con la mayor frecuencia ajenos a esa perspectiva, que conforman un público, al expresivo decir de SCARPELLI, “lleno de noticias y pobre de conocimiento, adicto y cansado, olvidadizo y distraído”¹⁵. Así, el resultado es que la noticia puede llegar a cumplir, incluso, y de nuevo paradójicamente, una función de encubrimiento muy parecida a la del secreto: impedir el análisis instruido de aquello que es su objeto, como bien señala el propio GIOSTRA¹⁶.

En consecuencia, apurando la paradoja, cabe decir que se dan usos de la información y de la publicidad frente a los que apenas existen garantías. Y, en concreto, es claro que hay modalidades de ejercicio de ambas tanto o más lesivas que el secreto mismo, en la perspec-

¹⁴ CARNELUTTI, FRANCESCO, *Principios del proceso penal*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971, p. 160. La edición original es de 1960. El autor ya se había ocupado del asunto en *La pubblicità del processo penale*, en “Rivista di Diritto Processuale”, 1955, trabajo del que hay traducción al español, de S. SENTÍS MELENDO, en *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ed. Librería del Foro, Buenos Aires, 1994, ps. 119 y siguientes.

¹⁵ SCARPELLI, UBERTO, *La democrazia e il segreto*, en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, 1983, p. 631, cit. por GIOSTRA, GLAUCO, *Processo penale e informazione*, Ed. Giuffrè, Milano, 2ª ed., 1989, p. 31.

¹⁶ GIOSTRA, *Processo penale e informazione*, cit., p. 30.

tiva del ciudadano individual sometido a proceso; que, además, inducen en el propio curso procesal gravísimas distorsiones. Es el caso de la publicidad masiva, que, como escribiera HABERMAS —en un momento en que no se sabía de sus resultados todo lo que hoy se sabe—, “pierde su función crítica por una función demostrativa”; y “más que para el control de las sentencias por parte de los ciudadanos, sirve para la confección de procedimientos jurídicos de uso y consumo de la cultura de masas”¹⁷.

La incidencia mediática en el espacio judicial se ha acentuado más todavía en ocasión de procesos seguidos contra sujetos públicos, tan frecuentes en estos años. Se trata de causas de notable trascendencia por su manera de proyectarse sobre la política en acto, en particular, por la fuerte carga de deslegitimación que arrojan sobre los afectados. Lo que puede determinar que una parte sensible de las vicisitudes de aquella se desplace ocasionalmente a la arena judicial.

En presencia de este tipo de circunstancias, la relación medios/justicia ya no es unidireccional sino fuertemente interactiva y con altas dosis de desequilibrio en perjuicio de la segunda, sumamente vulnerable frente a tales nuevos sujetos y fenómenos, por razón de la peculiaridad de su estructura y de su dinámica.

De otra parte, la densidad política de los aludidos procesos judiciales modifica también la naturaleza del interés mediático que suscitan. El *medio* pasa, de ser un sujeto externo interesado en la captación de la noticia para difundirla, a convertirse en atípica parte procesal e incluso juez virtual, según los casos. Y los planteamientos estratégicos de las partes propiamente dichas —y en ocasiones de los jueces y fiscales— tienen que ver, tanto o más que con las exigencias de la causa, con la previsible proyección informativa de ésta. El *medio* y la lógica aplastante de sus intereses, en esta clase de supuestos, adquieren algo de *fin*. De este modo, lo preocupante no es sólo que sobre el proceso judicial *sensu stricto* pueda pesar otro paralelo seguido en los *media*, sino el desbordamiento mediático del proceso mismo¹⁸.

Pero esto, que sería explicable tratándose de causas de relevante interés político, ha comenzado a formar parte de cierta *normalidad* judicial en relación con otro tipo de asuntos, de indudable menor interés objetivo. En función de preferencias que los conductores de determinados programas administran con desenvoltura y una peculiar discrecionalidad, toda una variedad de temas con estatuto judicial invaden la pequeña pantalla, y abordados, por lo general, en clave sensacionalista, se convierten en objeto de consumo de masas, en una suerte de subproducto *de usar y tirar*. Con el frecuente lamentable resultado de que pequeñas miserias, transformadas en sórdido espectáculo, dan origen a pingües beneficios, con demoleedores efectos en el plano cultural y de la estética y la sensibilidad colectivas.

A veces, lamentablemente, es el perfil de los propios operadores judiciales el que provoca ese desbordamiento desestabilizador de las causas que gestionan. Pues junto a jueces y fiscales que alcanzan notoriedad (a su pesar, en muchos casos) debido exclusivamente a la especial naturaleza de algún asunto, los hay que optan decididamente por el espacio mediático como terreno propio de los que tramitan y, así, adquieren la calidad *estelar* no *ratione materiae*, sino por razón del narcisismo exhibicionista, es decir, del *pathos* de quien los conduce¹⁹.

¹⁷ HABERMAS, *Storia e critica*, cit., p. 246.

¹⁸ Al respecto, es de señalar que la voracidad de los *media* en este punto parece no conocer límites, y desde luego no los representados por el fin institucional del proceso penal. Así, el grupo de informadores de tribunales que recurrió las “Normas sobre acceso al Palacio sede del Tribunal Supremo” de los medios de comunicación, en su impugnación ante el Tribunal Constitucional cuestionaba, incluso, la prohibición de presencia de periodistas en los actos propios de la instrucción (declaraciones testificales, reconocimientos, careos, etc.), con el argumento de que estarían dotados de interés informativo.

¹⁹ Una actitud con bastante de instrumental, que tiene poco que ver con la templanza, la tendencia a la autorrestricción y la prudencia en el uso del propio poder que, según ATIENZA, deberían presidir las actuaciones de los

Luigi FERRAJOLI ha discurrido con su habitual lucidez sobre el que llama “poder de disposición del juez”²⁰ (del penal, especialmente), para referirse a esa cierta “auto-nomía” con que la semántica del lenguaje legal le permite, o le obliga, a moverse al calificar determinadas situaciones fácticas como realización de previsiones típicas. Pues bien, en la actual relación con los *media*, dada la flexibilidad del marco, aquél puede optar por una determinada forma de presencia y administrarla, administrando así, también, el grado de visibilidad y difusión del caso o de algunos de sus aspectos y la mayor o menor exposición pública del imputado o imputados y, en general, de los afectados. Con ello, se abre un importante espacio al ejercicio de un *poder*, análogo y de incluso mayor grado de discrecionalidad que el que con toda razón preocupa a FERRAJOLI. Por las razones que se han venido desgranando y otras a las que aludiré, ese atípico *poder judicial* de dosificar la intensidad y la calidad de la presencia *en la opinión* de un determinado caso y, así, también, el grado de incidencia de esta última en su gestión procesal, está esencialmente abierto a la instrumentalización y al abuso.

Ya, en fin, no es inusual que la utilización de los medios, en particular de los públicos y, sobre todo, el televisivo, por parte de ciertos imputados excelentes, pueda producirse en decidida clave “de ruptura”²¹, con objeto de condicionar y hasta de hacer saltar un determinado proceso²², en el marco de alguna estrategia política²³.

V. A vueltas con el secreto de sumario

En un contexto como el que resulta de lo que acaba de exponerse, traer a colación el viejo tema del secreto sumarial pudiera tener algo de *naïf*; cuando, además, hace ya mucho tiempo que se ha hablado de él como el “secreto de Polichinela”, para hacer referencia al hecho cierto de que siempre fue administrado con tanta discrecionalidad como generosidad, en particular por la policía.

jueces (cf. ATIENZA, Manuel, *Virtudes judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de derecho*, ahora en *Cuestiones judiciales*, Ed. Fontamara, México, 2002, ps. 140-141).

²⁰ FERRAJOLI, *Derecho y razón*, cit., p. 171.

²¹ Tomo el término de VERGÈS, Jacques M., *Estrategia judicial en los procesos políticos*, trad. de M. T. LÓPEZ PARDINA, Ed. Anagrama, Barcelona, 1970.

²² Me parece paradigmático al respecto lo sucedido durante la instrucción del conocido en España como caso “Marey”, seguido por el secuestro de un ciudadano francés de este nombre organizado –en el marco de la guerra sucia contra ETA– por agentes de policía con la connivencia de los altos cargos de Interior. Estando en curso la instrucción, Televisión Española –dentro del telediario de mayor audiencia– difundió una entrevista al imputado San Cristóbal, ex director general de la policía, que, ante las cámaras y en el despacho del director de la prisión en la que se hallaba, hizo un durísimo e insidioso alegato contra el juez instructor. Semejante modo de proceder fue defendido por Belloch JULBE, a la sazón ministro de Justicia e Interior socialista y ex magistrado, con el peculiar argumento de que en él y en su autorización sólo debía verse una expresión de reconocimiento y respeto de los derechos del imputado. Acuñando así un inédito *derecho* de éste al uso de la televisión y en hora pico (!).

²³ Cualquiera de los ejemplos que pudieran invocarse en la materia resultaría empujado de ser puesto en relación con la experiencia protagonizada por BERLUSCONI y su partido-empresa en Italia, de control virtualmente absoluto de la información masiva en el país. Instrumento éste puesto con total desvergüenza al servicio de los propios intereses políticos y, de manera muy especial, de los intereses táctico-procesales del propio *Cavaliere*, en/contra las múltiples causas en que se halla implicado. Para una sintética aproximación global a esta experiencia, puede verse TRANFAGLIA, Nicola, *Informazione*, en TUCCARI, Francesco, *Il governo Berlusconi, le parole, i fatti, i rischi*, Ed. Laterza, Roma-Bari, ps. 183 y ss. En este contexto y en la perspectiva del jurista, son reveladoras las palabras de Franco CORDERO sobre la actuación de BERLUSCONI: “Reinstalado en las estancias del poder, combina maniobras nunca vistas: se absuelve abrogando las normas penales violadas; trata de excluir las pruebas que le acusan, haciéndolas inadmisibles mediante retoques del código; repesca la inmunidad parlamentaria que había sido sepultada con vergüenza hace diez años; asalta a los jueces desde los *media*; de vez en cuando los recusa; escenifica una fuga espectacular y, como el art. 45 del Código Procesal Penal le molesta, sus honorables abogados lo reescriben” (*Le strane regole del signor B.*, Ed. Garzanti, Milano, 2003, p. 5).

Como secreto, a la vez *interno y externo*, es decir, no sólo hacia fuera sino también para el imputado y las partes privadas, se le ha hallado justificación en exigencias de eficacia de la investigación. Como secreto sólo *externo* podría encontrarse amparado por una primera y buena razón: el derecho a la dignidad y al honor del imputado cuya presunción de inocencia es aún plenamente vigente. A la que se une la fundada pretensión de evitar interferencias perjudiciales en el desarrollo de la actividad jurisdiccional.

Aunque aquí puede surgir una situación particular cuando se trate de procesos de especial relevancia pública, como los seguidos por casos de corrupción, llamados frecuentemente a convivir con comisiones de encuesta parlamentaria y con la afluencia, a veces torrencial, de datos inculpatorios desde los medios de comunicación al juzgado²⁴. En supuestos de este género se plantea cierta colisión entre el imperativo de transparencia en la gestión de los asuntos públicos²⁵ —con la consecuente necesidad de que ésta se proyecte de manera particular sobre las zonas de sombra cuando existen motivos fundados para la sospecha de actuaciones de poder irregulares— y el derecho a la presunción de inocencia del imputado. Lo más normal es que los sujetos públicos afectados traten de trasladar esta última garantía también al campo de la política, en busca de autoprotección, y que incluso pretendan aplazar la exacción de las responsabilidades de esa índole al momento de finalización de las actuaciones procesales que pudieran afectarles. Obviamente a sabiendas de que el mismo es imprevisible, y contando con que podrá ser fácilmente desplazado en el tiempo, sobre todo en el tiempo político, el que realmente interesa. Lo que luego sirve, de nuevo en campo procesal, para acceder al beneficio que pudieran deparar las dilaciones indebidas.

En ocasiones, los casos de esta naturaleza enfrentan no sólo a grupos políticos, sino asimismo a grupos mediáticos y el proceso resulta sobrevolado por una verdadera *guerra de medios*, con lo que la autonomía institucional del espacio judicial termina realmente saltando por los aires, en un clima de contaminación que banaliza todas las cautelas legales de reserva poniendo en riesgo a la jurisdicción misma.

En general, puede decirse, el secreto sumarial viejo estilo ha perdido vigencia de manera notable, con la extensión del derecho de defensa ya a los primeros momentos de la imputación. Pero sucede, al mismo tiempo, que en un porcentaje relevante de casos ha cambiado el momento de su incidencia y el sentido de ésta, merced al empleo de medios técnicos de investigación, como, singularmente, los de escucha, vehículo de una *imputación* en la sombra. Su uso, esencialmente reñido con cualquier tipo de publicidad, ha vuelto a plantear el antiguo problema en otra clave, la de la afectación al *nemo tenetur*, es decir, el derecho del imputado a guardar silencio. Derecho éste que, en muchos casos, como señala MAIER²⁶, resulta banalizado en la práctica, cuando queda objetivamente vacío de contenido por esa vía. Es decir, por la utilización anticipada y en ocasiones masiva del re-

²⁴ En la experiencia española es sumamente ilustrativo lo sucedido con algunos procesos seguidos por hechos, ciertamente graves, cometidos en el marco de la gestión socialista, durante los años 80 del pasado siglo. Me refiero al dato de que toda una serie de *dossiers* muy comprometedores fueron a parar a un diario, que dosificó tácticamente su difusión, condicionando con ello el curso de las correspondientes vicisitudes procesales. Con el resultado de bastantes causas en las que el conocido brocardo “lo que no está en las actas no está en el mundo” podría muy bien replantearse en estos términos: *no hubo nada en las actas que antes no hubiera estado en el diario “El Mundo”*.

²⁵ No es raro que en esta clase de asuntos concurren una *plus* de complejidad, cuando, como ha ocurrido en diversidad de ocasiones, la desviación de dinero público por parte de responsables políticos encargados de su gestión tiene evidentes ramificaciones en su vida privada, lo que hace particularmente difícil el deslinde de campos de interés y la diversificación del trato en el plano informativo.

²⁶ MAIER, Julio. B. J., *Derecho procesal penal*, t. II, *Parte general. Sujetos procesales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, p. 135.

curso a la interceptación de las comunicaciones del sospechoso. Pues, con la mayor frecuencia, el empleo de esos medios, aun cuando formalmente condicionado a la existencia de una autorización judicial motivada, se produce en sede exclusivamente policial, sin un control judicial eficaz, más allá del apenas ritual de la autorización *pro forma*. Esto, por cierto, no sólo debido al celo de la policía por preservar el *propio* espacio, sino a causa, en gran medida, de la falta de profesionalidad de muchos jueces, patente en la propensión a delegar funciones que en buena ley no tienen delegación posible.

A la afirmación y justificación de estas malas prácticas contribuye normalmente el clima de opinión creado en torno a ciertos delitos de indudable gravedad, en particular los relacionados con el terrorismo y tráfico de sustancias estupefacientes. Pero también resulta advertible una tendencia a la extensión de tales usos a otros ámbitos de la delincuencia y a la indagación sobre conductas de menor relevancia negativa. Y lo cierto es que, en todos los supuestos y por esa vía, el derecho al silencio ve reducida su posible eficacia defensiva a la disposición facultativa por el imputado de la información que sólo él conserve sobre sí mismo, frente a las preguntas formuladas de manera directa en un interrogatorio formalizado.

En la generosidad con que hoy se produce el uso de, sobre todo, las intervenciones telefónicas, puede verse cierta rehabilitación del clásico *in atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet judici jura transgredi*, ya cuestionado por BECCARIA²⁷ y FILANGIERI²⁸. Y también, curiosamente, la causa del desgaste del propio instrumento de indagación que, al prodigarse, ha terminado por *desprestigiar* el teléfono como medio de comunicación en el ámbito de la delincuencia, de la gran delincuencia sobre todo.

Pero, junto a los problemas específicos suscitados por prácticas de averiguación como las aludidas, y los generales del secreto de la investigación, lo cierto es que en la experiencia procesal contemporánea es necesario considerar los, ya apuntados, que tienen que ver con el uso de la información, cuando por lo regular están en juego valores tan sensibles como la dignidad y la intimidad de las personas. De ahí que el deber de reserva y cierta resistencia a la publicidad externa en esas fases preliminares del proceso parecen sobradamente justificados desde el punto de vista constitucional y en el plano ético y deontológico de los operadores, incluso en ausencia de un deber formal de secreto. Tanto más cuando se tiene constancia de que la presión mediática y la apetencia de noticias es mayor, precisamente, en esos momentos del proceso en que menor es la calidad del conocimiento que propicia. Y aquí hay que lamentar que aquél, de estar rigurosamente presidido por el hermetismo, haya pasado a ser campo de juego habitual y privilegiado de la *filtración* interesada. Una forma insidiosa de administrar la difusión de los datos penalmente relevantes, que se practica, con desazonante normalidad, en sedes policiales, judiciales y del ministerio público, bajo el estímulo de los *media*, y ante la indiferencia general.

Aunque, con frecuencia, tales modos de operar gozan de cierto consenso, y se presentan cubiertos con el manto legitimador del derecho del ciudadano a saber, lo cierto es que se trata de prácticas ilegítimas, además o antes incluso que ilegales. En efecto, pues, aparte de entrañar usos en sí mismos arbitrarios de información privilegiada, insuficientemente contrastada por su unilateralidad, siempre se producen de forma parcial e instrumental, es decir, de manera sesgada y buscando deliberadamente el perjuicio de alguien con el consiguiente beneficio de otro.

²⁷ BECCARIA, *De los delitos*, cit., p. 47.

²⁸ FILANGIERI, Gaetano, *Ciencia de la legislación*, trad. de J. RIBERA, Imprenta de D. Fermín Villalpando, Madrid, 1821, vol. III, p. 99.

Además, no es infrecuente que policías, jueces y fiscales, se sirvan de esa clase de datos para un cierto *do ut des*, en el que la contrapartida para ellos es un mejor trato mediático. Y que los abogados hagan lo propio, con esa misma finalidad o recurran al uso táctico de la información, como una forma más de intervenir en el proceso mismo.

VI. El banquillo virtual

Según hemos visto, es claro que hoy el papel de la prensa en el proceso penal va bastante más allá del mero servir de cauce informativo a las decisiones y actuaciones judiciales. Al extremo de que hay procesos en los que, como bien consta, se busca inducir éstas o condicionar su sentido, con fines generalmente políticos o para crear un cierto estado de opinión, mediante el uso selectivo de la noticia.

En muchas ocasiones, la publicidad de la *notitia criminis* es para el afectado bastante más gravosa que la eventual sentencia condenatoria. Sobre todo, como ocurre con harta frecuencia, aquélla resulta tratada con particular desenvoltura, como si la mera adjetivación de *presunto* en la atribución de la calidad de autor de los hechos pudiera eximir al *informador* de toda otra responsabilidad²⁹. Así, la prensa tiene a su alcance la posibilidad de imponer verdaderas *penas* preventivas o anticipadas³⁰, que, no obstante, alcanzan inmediata *firmeza*, pues difícilmente admiten *recurso*, lo que las hace prácticamente *inapelables* e irreversibles. Pues en el mejor de los casos, incluso de mediar una absolución, siempre hay algo que *queda* en la memoria social, con daño irreparable para el concernido.

Sobre la “pena de banquillo”, CARNELUTTI decía que en el sistema punitivo se hace sufrir no sólo a los responsables, sino a los imputados en general “para saber si son culpables o inocentes”³¹. Y no hablaba del proceso inquisitorial o del inquisitivo. Pues bien, la “pena de banquillo”, que ha existido siempre, experimentó una intensificación cierta de su gravosidad mediante la emergencia del *banquillo de papel*, a consecuencia del ingreso de la prensa escrita en el palacio de justicia; pero hoy, por efectos del carácter masivo de la comunicación, la televisiva en particular, con el consiguiente alumbramiento de un *banquillo virtual*, el fenómeno ha adquirido una importancia sin precedentes³².

²⁹ Como bien señalan DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE, “la expresión ‘presunto’ que adorna mecánica y repetitivamente la información, no debe erigirse en pasaporte de impunidad, ya que en modo alguno sirve para evitar la mancha, muchas veces injusta, en el honor del afectado” (*Publicidad y secreto en el proceso penal*, Ed. Comares, Granada, 1996, p. 17).

³⁰ Me he ocupado de esto en *Información y criminalización*, en “El País”, 26 de marzo de 1983, ahora en *Justicia/conflicto*, Ed. Tecnos, Madrid, 1988, ps. 277 y siguientes.

³¹ CARNELUTTI, Francesco, *Las miserias del proceso penal*, trad. de S. SENTÍS MELENDO, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1959, p. 75.

³² Que se expresa no sólo en el hecho de la ampliación de la noticia, sino también en prácticas que frecuentemente implican —y es una mera constatación— el ejercicio de auténtica violencia sobre el imputado. ¿Quién no ha presenciado la patética situación de algún ciudadano esposado, tratando, inútilmente, de cubrirse la cabeza con una prenda, acorralado en un pasillo por una nube de informadores que se disputan a empujones el espacio físico en torno al sujeto/objeto de su interés? Erberhard SCHMIDT ya había denunciado las actuaciones de “los fotógrafos [que], con sus magnesios y con sus cámaras, se aproxima[a]n a las partes y las cerc[a]n con sus aparatos en la sala para atrapar escenas efectistas”. Y, asimismo, los casos en que “un acusado o un testigo es sorprendido con fotografías instantáneas, en momentos especialmente impresionantes que despiertan la curiosidad y el deseo de sensación” (*Los fundamentos*, cit., p. 246).

Estas situaciones obligan a evocar, por contraste, la frecuente apertura de imaginativas y discretas vías y formas de acceso a los tribunales de que suelen disfrutar los imputados de lujo.

VII. La televisión en la audiencia: un medio problemático

La calidad indiscutible de garantía que connota a la publicidad en materia de proceso penal y el reconocimiento constitucional del derecho a la información, han servido para que en medios judiciales se extrajera la conclusión apresurada de que las salas de audiencia debían franquearse con generosidad a todo tipo de *media*, incluido el televisivo. El resultado está bien a la vista: aulas de tribunal convertidas en *platós* y programas que se nutren exclusiva o preferentemente de contenidos judiciales, administrados con la mayor friolidad y degradados en clave de *reality show*, para consumo de masas.

Esta nueva situación ha dado lugar a un debate de, también, nuevos perfiles, que tiene a la publicidad televisiva como principal objeto. En favor de su uso prácticamente indiscriminado, se argumenta que el principio de publicidad y el derecho a la información amparan sin distinción a cualquier medio, y el televisivo, además, es el propio de esta época. Que la televisión hace posible un conocimiento más auténtico de lo que ocurre en la sala de audiencias, puesto que se da sin mediaciones y por percepción directa. Que favorece la creación de una mejor opinión general en la materia. Que posibilita un control ciudadano más eficaz y penetrante de la actividad jurisdiccional, que, siendo en sí mismo bueno, lo será tanto más cuanto mayor sea su intensidad y amplitud³³.

En contra se objeta, con razón, que es falsa la afirmación del carácter directo de la percepción que propicia este medio, pues lo servido por tal cauce es siempre producto de una síntesis³⁴, *mezcla* nunca inocente de imágenes. Que, por eso, una cosa es el proceso real y otra bien distinta el *proceso televisivo* (no simplemente televisado), que se genera en la pantalla, merced al uso selectivo y enfático de la cámara, de los encuadres y el montaje, de manera que la objetividad es sólo aparente y la neutralidad en la comunicación no existe. Que la televisión implica y absorbe de manera casi total al espectador, reduciendo esencialmente su capacidad de distanciamiento; así, alimenta opiniones acrílicas, pasivas, induce tomas de posición gregarias presididas por la irreflexión. Que la presencia de la cámara en la sala desplaza su interés del proceso real y lo transfiere al *proceso* mediático, distorsionando las conductas de todos los que intervienen en aquél³⁵. Que, en concreto, introduce un *auditorio* virtual –interlocutor e incluso *juez*– que es el que acapara buena parte de la atención y la preocupación reales de quienes se confrontan en el aula. Que potencia hasta el infinito la

³³ Estas tomas de posición se resumen en la afirmación de que más publicidad y más intensa equivale a un mejor cumplimiento del principio. Se puede recordar aquí una advertencia de Max WEBER producida en otro contexto: “La parlamentarización y la democratización no están en modo alguno en una relación de reciprocidad necesaria...” (*Economía y sociedad*, vol. II, trad. de MEDINA ECHAVARRÍA y otros, Ed. Fondo de Cultura Económica, México, 1977, p. 1103). Del mismo modo que, fuera de un cierto límite, más parlamento no implica por necesidad más democracia, en el sentido de democracia de mayor calidad, y puede suponer, en cambio, una concentración y degradación jacobina del poder; en el caso de la publicidad hay un grado y un modo de gestión de ésta que, como se verá, tiene efectos destructivos para el bien que con la consagración constitucional del principio se trataría de preservar.

³⁴ De “material sintético” hablan con toda razón GIANARIA, Fulvio y MITTONE, Alberto, *Giudici e telecamere. Il processo come spettacolo*, Ed. Einaudi, Torino, 1995, p. 57.

³⁵ El juez incluido. Pues, en efecto, si bien es verdad que no dispongo de una muestra formada con rigor estadístico, he podido comprobar en algunos colegas, en virtud de una observación luego contrastada con otros, cierta marcada tendencia al intervencionismo, en presencia de la televisión. Sobre todo, a *cerrar* ellos mismos todos los interrogatorios, como poniendo los puntos sobre las *ies*. Una clara inclinación al abandono del papel de *tercero*, que corresponde procesalmente al juzgador; papel, es cierto, poco lucido y escasamente cinematográfico, por su falta de dinamismo. Soy consciente de que esta apreciación podría interpretarse en una clave alternativa: son los jueces con afán de protagonismo los más proclives al acceso de las cámaras a la sala de audiencias. Pero se trata de una valoración *ad hominem*, de algún riesgo, que no estoy en condiciones de hacer.

incidencia estigmatizadora y penalizadora de la causa sobre el inculpado, al que dota de una visibilidad extraordinaria y muy diferente de la que propicia al espectador directo la presencia en la sala de audiencias³⁶. Que, en definitiva, la televisión como vehículo de publicidad referido al proceso plantea serios problemas, tanto desde el punto de vista de los derechos del imputado a una información de efectos no destructivos (para la dignidad y la presunción de inocencia), como desde la perspectiva de la necesidad de preservar el medio procesal y colocarlo a salvo de influencias distorsivas que pongan en riesgo su estabilidad y el cumplimiento de su finalidad institucional en las mejores condiciones³⁷.

Es útil traer aquí la distinción entre “carácter público y *publicity*” de Eberhard SCHMITT, cuando se pregunta y responde: “¿De qué se priva al público si no ve en la prensa las fotografías de los acusados y de los testigos? Puede existir un legítimo interés del público por saber de qué acciones se inculpa a personalidades de nuestro tiempo, qué es lo que sale a la luz en el curso del debate y cuál es la sentencia. *Éstos* son elementos cuyo conocimiento tiene un significado en la formación de la opinión pública y que deben, mediante una información veraz, ser llevados a conocimiento también de quien no ha tomado parte en la discusión. Pero es absolutamente indiferente, desde el punto de vista de un legítimo interés en la información, conocer o no los rostros de los acusados y de los testigos en el momento del juicio o durante la lectura de la sentencia. Sólo quien se halle poseído por una nefasta tendencia a la *publicity*, que hoy día trastorna todo aquello que un pensamiento humano se siente obligado a respetar, puede hablar aún, en este caso, de legítimas exigencias de información por parte del público”³⁸. Y no habría que perder de vista que el fenómeno informativo que el autor tenía como referente de su crítica estaba lejos de producir efectos de tanta relevancia negativa como los que hoy se siguen del uso habitual del medio masivo por antonomasia.

A ello se debe que la generalidad de los ordenamientos europeos sean bastante restrictivos en la materia, al contrario de lo que sucede en los Estados Unidos³⁹. Claro que de

³⁶ Al respecto, como ha señalado CAVICCHIOLI, la retransmisión televisiva posibilita aproximaciones y primeros planos prácticamente imposibles para cualquiera que se halle presente en el juicio. Ello debido a que, entre otras cosas, permite operar con “dos lógicas bien precisas”, según se ofrezca la imagen del actor del discurso o se escrute a otros actores haciéndoles objeto de “miradas indiscretas”. Se trata de recursos de uso discrecional, que permiten objetivar o subjetivar la percepción del proceso por parte del espectador (CAVICCHIOLI, Sandra, *Processi in televisione*, en GIGLIOLI, Pier Paolo; CAVICCHIOLI, Sandra y FELE, Giolo, *Rituali di degradazione. Anatomia del processo Cusani*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1997, ps. 90-91).

³⁷ A esta necesidad se refiere expresivamente ROXIN, al señalar que, en materia de publicidad, los efectos negativos para el proceso pueden provenir no sólo de las restricciones a ella contrarias a la ley, sino también “de ampliaciones inadmisibles” (*Derecho procesal penal*, cit., p. 407).

³⁸ SCHMITT, Eberhard, *Oeffentlichkeit oder Publicity*, en *Festschrift für Walter Schmidt*, Berlín, 1959, ps. 351 y ss.; cit. por HABERMAS, *Storia e critica*, cit., ps. 247-248.

³⁹ Cf., al respecto, ANITUA, Gabriel Ignacio, *Justicia penal pública. Un estudio a partir del principio de publicidad de los juicios penales*, Colección Tesis Doctoral, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2003, ps. 175 y ss. Se trata de una obra extraordinariamente rica en información y reflexión sobre el asunto del título. También puede verse DEL MORAL GARCÍA y SANTOS VIJANDE, *Publicidad y secreto en el proceso penal*, cit., ps. 158 y siguientes.

En la experiencia comparada es de sumo interés la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Constitucional alemán, de 24 de enero de 2001, que ha declarado la legitimidad del art. 169 de la ley de organización de los tribunales, cuyo apartado primero dice: “Las audiencias ante los tribunales son públicas, incluyendo aquellas en las que se pronuncian las sentencias y autos. Las tomas y las grabaciones para la radio y la televisión, así como las grabaciones y filmaciones con el objeto de ser presentadas públicamente o de publicar su contenido, son inadmisibles”. La alta instancia llegó a esa conclusión tras haber ponderado con encomiable rigor las exigencias del derecho constitucional a recibir información acerca de lo ocurrido en un espacio estatal como el de los tribunales, y las derivadas del necesario respeto a ciertos derechos de la personalidad de los más directamente afectados por el proceso y de sus propios fines institucionales (puede consultarse en SCHWABE, J. (ed.), *Cincuenta años de jurisprudencia*

ello no debería extraerse la conclusión apresurada de que la justicia de ese país goce de un *plus* de transparencia, pues la publicidad televisiva de la vista sólo podría darse dentro del estrechísimo porcentaje, nada representativo, de las causas que llegan a esa fase procesal (en torno al 5%). Ya que es bien sabido que “el sistema de justicia penal estadounidense es un sistema que descansa sobre la negociación extraprocesal de las sentencias, en el que sólo ocasionalmente algún caso llega a juicio” (PIZZI)⁴⁰ (por no hablar del nuevo sistema de reacción penal-procesal –*modelo Guantánamo*– con proyección en muchas reformas legales, que tiene su aberrante fuente *de derecho* en la estela del 11 de septiembre⁴¹, y que parece dotado de una fuerza expansiva universal de incalculables consecuencias).

Creo que, frente a esa aproximación ingenua al fenómeno televisivo en su relación con la actividad jurisdiccional que queda reflejada en las posiciones que ilustro al principio, debe prevalecer el segundo punto de vista. Éste es mucho más analítico, ya que al *principialismo* a veces *naïf* de ciertas posturas, alimentadas por la “ilusión de la transparencia”⁴², opone una reflexiva consideración *consecuencialista*, fundada en las particularidades del medio televisivo, en general, y en la clase de interacción que impone en su relación con el proceso⁴³. Como escribe GIGLIOLI, la transmisión televisiva está dotada de “propias reglas y convenciones que modifican el evento representado. Pues el régimen de la visión televisiva instaurado por el ojo de la telecámara es diverso del de la visión natural”; de manera que “el proceso seguido por millones de espectadores no es el mismo que el que se desarrolla en el aula judicial”, sino que éste se encuentra “filtrado por las características intrínsecas del medio televisivo”⁴⁴. Éste, como recordara BOURDIEU, “transforma” y “posee la particularidad de producir lo que los críticos literarios llaman el *efecto de realidad*, puede

del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con prólogo de J. WOISCHNIK, trad. de M. ANZOLA GIL, Ed. Jurídicas Gustavo Ibáñez-Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá-Montevideo, 2003, ps. 156 y siguientes).

Bastante menos matizado es el tratamiento del asunto por parte del Tribunal Constitucional español en la sentencia 56/2004, de 19 de abril, dando respuesta al recurso promovido por un grupo de informadores, al que antes se hizo referencia. Aun sin dejar de advertir algunos de los efectos de la publicidad televisiva sobre el proceso penal, elude el verdadero problema de fondo que los mismos plantean, el de la (in)compatibilidad con el fin institucional de aquél, sin realizar el necesario ejercicio de ponderación a tenor de ese dato. Así, entiende que la vigencia del derecho reconocido en el art. 20.1.d) de la Constitución Española, que garantiza el derecho a comunicar libremente información veraz “por cualquier medio de difusión”, no permite un régimen de prohibición general con reserva de autorización como el que establecía la norma reglamentaria impugnada. Como si el televisivo fuese, en realidad, un medio “cualquiera” de *comunicación*, sin la poderosa y perturbadora incidencia a que se ha hecho y se hará ulterior alusión. Una valoración ésta que, sin embargo, sí está presente en el voto particular del magistrado RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ.

⁴⁰ PIZZI, William T., *Juicios y mentiras. Crónica de la crisis del sistema procesal penal estadounidense*, trad. e introducción de C. FIDALGO GALLARDO, Ed. Tecnos, Madrid, 2004, p. 102.

⁴¹ Cf. CARMONA RUANO, Miguel, *El impacto jurídico del 11 de septiembre*, en “Jueces para la Democracia”, nº 45/2002, ps. 81 y siguientes.

⁴² “La ilusión de transparencia, de que lo que se ve es lo que es, sin mediaciones de ningún tipo, de que lo que aparece en la pantalla es lo verdadero” (RUIZ, Alicia. E. C., *El derecho: entre el folletín y la tragedia*, en *Idas y vueltas. Por una teoría crítica del derecho*, Ed. Del Puerto/Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 2001, p. 42).

⁴³ Junto a los señalados problemas de fondo suscitados por la televisión en relación con el proceso, habría que apuntar otros que no pueden dejarse de lado. Uno de ellos es que se están dando casos de juicios televisados a cuyas sesiones asistieron como telespectadores los testigos pendientes de declarar. Algo difícilmente evitable cuando la retransmisión no es diferida. Otro, de carácter más general, es que, junto al fenómeno, regular, de las cuestiones e incidencias procesales sobrevenidas se introduce el de las cuestiones *de procedimiento* propiamente televisivas, cuando, como es frecuente, surge la oposición de algunos imputados, peritos y testigos a la grabación de su imagen. Lo que abre una atípica línea de trámite en la que el juez o presidente debe asumir también atípicas funciones de director *procesal* de escena, para dar solución o prevenir conflictos relacionados con el uso de las cámaras, que complican y entorpecen el desarrollo regular del juicio.

⁴⁴ En GIGLIOLI, CAVICCHIOLI y FELE, *Rituali*, cit., p. 10.

mostrar y hacer creer en lo que muestra”. Mientras deja en la sombra aspectos esenciales del referente externo, en la práctica –según este autor– “doblemente oculto, ya que nadie lo ve en su totalidad y nadie ve que no lo ve”⁴⁵. Pues, señala SARTORI, “la televisión da *menos* informaciones que cualquier otro instrumento de información”, mientras sugiere al telespectador “que los hechos vistos por él suceden tal y como él los ve”. Prevaliéndose de “la ‘fuerza de la veracidad’ inherente a la imagen [que] hace la mentira tanto más eficaz y, por tanto, más peligrosa”⁴⁶.

Es por lo que, a la vista de cómo opera el *medio* por excelencia en el campo que aquí interesa, podría muy bien hablarse de una general inadecuación –al menos actual, no sostendré que constitutiva o *natural*– del mismo a la jurisdicción y sus peculiaridades, como actividad y como discurso. Para ilustrarlo más gráficamente, diré, pensando en la índole de la proyección mediática, que la disciplina jurisdiccional del proceso y la jurisdicción en general tienen problemas serios con la televisión y, en cambio, se llevan sensiblemente mejor con los recursos propios de la “galaxia Gutenberg”. Mucho más aptos para la comunicación expositiva de contenidos articulados, que, como los del proceso penal, hacen habitual referencia a valores complejos en conflicto, que soportan mal la simplificación que conlleva el aplastante predominio de la clave visual.

Como discurso, el constituido por el proceso judicial no se presta a la representación sensorial si no es al precio de un drástico empobrecimiento e incluso de su desnaturalización. Pues no está destinado a seducir sino a promover disenso o consenso racionales, tomas de posición reflexivas acerca de sus contenidos. Es por lo que reclama idealmente del destinatario distancia crítica y no la pasividad acrítica que la TV convencional induce por lo regular en el espectador.

VIII. Los límites de la publicidad del proceso

En el actual estado de cosas cabe decir que la vieja pregunta ¿hasta dónde el secreto sumarial? ha llegado a transformarse en esta otra: ¿hasta dónde la publicidad, y qué clase de publicidad, de las actuaciones procesales?

Y, al respecto, es curioso observar que cuando la generalidad de los ciudadanos afectados por procesos penales venía aceptando con resignación la carga de la publicidad prácticamente indiscriminada, ha hecho acto de presencia una categoría de esforzados adalides del secreto instructorio (*externo*) formada por esa nueva clientela del proceso penal que son hoy los imputados de lujo. Generalmente políticos o grandes agentes económicos en apuros judiciales por hechos de corrupción, a los que la perspectiva de banquillo ha llevado a preocuparse con un celo particular por las garantías del imputado. Así, los efectos colaterales del proceso penal, entre ellos, de manera principal, los derivados de la publicidad ampliada, rarísimo objeto de atención en la perspectiva del imputado *de a pie*, han pasado a ser reciente centro de interés. Precisamente, en causas en las que –por la indiscutible relevancia política de los asuntos y de los sujetos– el secreto estaría menos justificado, de no ser por estrictas necesidades de eficacia en la investigación.

En realidad ésta es hoy la única razón capaz de dotar de fundamento al secreto en el proceso, como secreto *interno*. Necesidad que, con todo, habría de justificarse caso por caso y de manera expresa, tras un ponderado juicio de proporcionalidad.

⁴⁵ BOURDIEU, Pierre, *Sobre la televisión*, trad. de T. KAUF, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997, ps. 27, 120 y 119, respectivamente.

⁴⁶ SARTORI, Giovanni, *Homo videns. La sociedad teledirigida*, trad. de A. DÍAZ SOLER, Ed. Taurus, Madrid, 1998, ps. 81 y 99.

En la dimensión *externa*, en general, ha de prevalecer una cultura de la reserva, al menos hasta el inicio de la fase propiamente pública de la causa, es decir, del enjuiciamiento verdadero y propio, que, a su vez, tendría que quedar a salvo de esa ya aludida distorsionadora publicidad masiva. Creo que en materia de proceso penal, el pesado gravamen que su sola instauración representa para el afectado no debería verse incrementado por la *pena* sobreañadida de la difusión de los datos que inducen una anticipación del juicio y muy perturbadores efectos dentro del mismo. Siquiera hasta la existencia de una hipótesis acusatoria suficientemente contrastada y madura, apta para determinar la apertura de aquél.

Pero no hay que engañarse, en esta “era de la información”⁴⁷, cuando las dimensiones del negocio *informativo* alimentan con frecuencia ejercicios de poder mediático ciertamente salvajes, en un marco de franca desregulación, es muy difícil producir cambios de actitudes que reclaman profundas transformaciones en el estado de cosas. El primer cambio tendría que ser cultural, y no podría nacer por generación espontánea. Habría de ser promovido y, necesariamente, a través o con el concurso de los *media*. Pero, ¿quién que cuente con la capacidad de hacerlo estaría dispuesto a autolimitarse y a asumir semejante iniciativa?

El informativo es una modalidad de poder de las más penetrantes, con marcadas inclinaciones al *absolutismo*, que demanda modalidades eficaces de control y *contrapoder* en una perspectiva constitucional. Éstas, cuando la información tiene que ver con el proceso penal han de pasar necesariamente por la recuperación de la que aquí es la vertiente esencial del principio de publicidad, la que hace de él garantía (sobre todo) del imputado, en un doble sentido: porque asegura el respeto de sus derechos; y porque posibilita un marco de interlocución idealmente presidido por las reglas de la confrontación y el discurso racionales, las únicas capaces de propiciar una verdad procesal dotada de la necesaria calidad epistémica. Que es lo que reclama un espacio ideal de diálogo, es decir, de dimensiones humanas y sin zonas oscuras⁴⁸. Un diálogo, pues, *entre presentes*, en el que cada participante pueda *situarse* plenamente en relación con los demás, incluido *el auditorio*. Un marco, en fin, eficazmente preservado de *intervenciones* ajenas⁴⁹, sobre todo de aquellas

⁴⁷ Me sirvo aquí del título de la obra de CASTELLS, Manuel, *La era de la información. Economía, sociedad y cultura*, trad. de C. MARTÍNEZ GIMENO, Ed. Alianza, Madrid, 1996. El autor se refiere, expresivamente, al momento que vivimos como “un intervalo caracterizado por la transformación de nuestra ‘cultura material’ por obra de un nuevo paradigma tecnológico organizado en torno a las tecnologías de la información” (en vol. I, *La sociedad en red*, ps. 55-56).

⁴⁸ Discurriendo sobre los efectos de la publicidad televisiva, el Tribunal Constitucional alemán, en la sentencia ya aludida, dice: “Muchas personas cambian su comportamiento ante la presencia de los medios de comunicación. Algunos se sienten tranquilos ante los medios de comunicación, otros se atemorizan. El debido proceso se ve así en peligro, especialmente en lo que respecta a los acusados en un proceso penal, cuando debido a la presencia de los medios temen hacer referencia a cosas que son de importancia para encontrar la verdad, por ejemplo, circunstancias íntimas, penosas, o deshonrosas. El proceso de encontrar la verdad puede también sufrir cuando las personas que participan en el proceso dirigen su comportamiento con el objetivo de causar los efectos que esperan los medios de comunicación” (SCHWABE (ed.), *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, p. 161).

⁴⁹ BOURDIEU recordaba la opinión de quienes piensan que hay presiones mediáticas, en particular, sin duda, la televisiva, que en relación con la administración de justicia provocan una “verdadera transferencia del poder de juzgar” (*Sobre la televisión*, cit., p. 82). Y HASSEMER ha hablado expresivamente de “prejuzgamiento a través de los medios” (cit. por GUARIGLIA, Fabricio, en *Publicidad periodística del hecho y principio de imparcialidad*, en AA.VV., *Libertad de prensa y derecho penal*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, ps. 99. Esto es particularmente cierto en el caso del tribunal del jurado. Al respecto, puede verse IGARTUA SALAVERRÍA, Juan, *El caso Wanninkhof: ¿Tiro de gracia al jurado?*, en “Jueces para la Democracia”, n° 50/2004. He tratado de este asunto en *Lo que enseña el “caso Wanninkhof”*, en “El País”, 1° de octubre del 2003.

que, por su carácter avasallador y su prepotencia, puedan poner realmente en riesgo la funcionalidad del proceso al fin institucionalmente asignado.

No se me escapa que una postura como la que aquí se sostiene parece estar condenada al fracaso, en vista, sobre todo, de la incontenible voracidad de los *media* y de su probada capacidad de fagocitar en interés propio cualquier valor (véase, sino, la –aludida– insostenible subcultural explotación de las miserias que nutren una parte relevante de la estadística de la desviación judicialmente tratada y su conversión en productiva mercancía, en clave de supuesto interés público y de la justicia, que hoy tienen como escenario multitud de programas de auténtica televisión-basura, exclusivamente atentos al nuevo tirano: los índices de audiencia). Pero, en cualquier caso, es culturalmente imprescindible que quede claro cuáles son, dónde están, y conforme a qué lógica operan realmente todos los verdaderos intereses en presencia.

