

«ACTIVISMO JUDICIAL»,
MEDIOS DE COMUNICACIÓN
Y ESTADO DE DERECHO

PLÁCIDO FERNÁNDEZ-VIAGAS BARTOLOMÉ (*)

SUMARIO: 1. «ACTIVISMO JUDICIAL».—2. UNA SOCIEDAD CO-
MUNICADA.—3. LA NECESARIA IMPARCIALIDAD.

(*) Magistrado. Profesor Asociado de Teoría del Estado.

1. «ACTIVISMO JUDICIAL»

Al contrario de lo que cabría esperar, hoy día, de una sociedad que se pretende regida por la racionalidad, sectores importantes de la opinión pública europea, al menos la de determinados países mediterráneos, parecen sentirse atraídos por la figura de un Juez represor y justiciero dedicado (superando la pretendida incompetencia de los otros Poderes Públicos) al restablecimiento de la legalidad y el orden. Los titulares de los órganos judiciales se convierten en protagonistas directos de una lucha observada con apasionamiento por un público que se sitúa ante los Juzgados y Tribunales como si se tratara de un escenario en el que se desarrolla un espectáculo, el de la represión del crimen, cuyo éxito irá unido a la valentía, honradez, y, por qué no, también al atractivo de sus principales actores. El procedimiento penal, además, sólo tendría sentido en cuanto sirviese para acreditar la culpabilidad del acusado, eliminando los obstáculos interesados de su defensa. Todo esto podrá ser muy cinematográfico ciertamente, pero también descorazonador. Un esfuerzo secular dirigido a la sumisión del Poder Judicial a la lógica, y también a la sensatez, parece haber conducido simplemente al absurdo.

A pesar de las consideraciones críticas que expresaremos al respecto en el presente análisis, hemos de advertir que en absoluto obviamos la importancia de la garantía judicial para la seguridad del ciudadano. Lo único que matizamos es que la problemática que presenta actualmente nuestra judicatura no puede explicarse exclusivamente en términos de fortalecimiento del Poder Judicial. Hay quienes así lo creen, sin embargo, subrayando además que gracias a ello los titulares de los Poderes Públicos empiezan a carecer

de zonas de inmunidad, lográndose la necesaria igualdad ante la Ley. En este sentido, en fecha relativamente reciente, Claude Imbert señalaba que «c'est donc portés par une revendication nouvelle du citoyen que les juges investissent d'anciennes places fortes. Ils ne s'attaquent nullement aux principes de notre ordre politique ou économique, mais à des perversions de la loi entretenues par la tolérance, accrues par l'incivisme de l'époque, exagérées ensuite par l'intensité de l'échange économique, facilitées enfin par le maquis des nouvelles complexités financières» (1). En consecuencia, para este tipo de opiniones, las implicaciones negativas de un excesivo protagonismo de los jueces podrían verse compensadas por la seguridad que proporciona su presencia vigilante, sobre todo en unos momentos en que parece reforzarse la criminalidad organizada.

En esta línea, la toma de posición de determinados jueces ha sido brillantemente expuesta en un reciente trabajo de Denis Robert (2) a través de sucesivas declaraciones de magistrados de relieve europeo en la siguiente forma: «Tengo la impresión de que existe, de alguna manera, un retroceso de lo político frente a lo económico que no es exclusivamente debido a la corrupción ni a la defensa de los intereses nacionales. El poder se desplaza de lo político frente a lo económico. Lo que no quiere decir que lo económico no deberá un día regresar a un control democrático. Nuestras demo-

(1) CLAUDE IMBERT: «La révolution des juges». Le Point. 20 juillet 1996. En su opinión, la Justice «devient la médecine d'une démocratie malade. Elle sert une nouvelle exigence démocratique pour faire évoluer la France vers les normes occidentales de la transparence. Car, enfin voyez donc jusqu'où nous étions descendus! Mesurez la marée des trafic d'influence, l'immense réseau des corruptions en tout genre...». Por su parte, Prieto Veronese en La Repubblica, del 17 de octubre de 1996, en forma igualmente elogiosa, consideraba que el fenómeno del protagonismo judicial significa que «los jueces sustituyen la actividad política con su actuación, que los ciudadanos apoyan esperando que ésa produzca un poco de limpieza, un poco de verdad».

(2) DENIS ROBERT: «La justicia o el caos». Muchnik Editores. 1996. Se trata de un interesante trabajo basado en las declaraciones de siete magistrados europeos, Bernard Bertossa, Edmondo Bruti Liberati, Gherardo Colombo, Benoît Dejemepe, Baltasar Garzón Real, Carlos Jiménez Villarejo y Renaud Van Ruymbeke, sobre los desafíos a los que se enfrenta el Poder Judicial en el mundo contemporáneo. Al final, y como anexo, figura el denominado «Llamamiento de Ginebra», suscrito por dichos magistrados que, entre otras cuestiones, propugna «un verdadero espacio judicial europeo, en el cual los magistrados puedan, sin más trabas que las del Estado de Derecho, investigar e intercambiar informaciones útiles a las investigaciones en curso». Para terminar señalan: «con este llamamiento deseamos ayudar a construir, en interés de nuestra comunidad, una Europa más justa y más segura, en la que el fraude y el crimen no se beneficien más de una amplia impunidad y donde la corrupción sea totalmente erradicada».

cracias no son viejas. Se construyeron alrededor de la idea de que la política era el verdadero poder. Que a través de la política se podían solucionar todos los problemas de la sociedad. Estamos a punto de darnos cuenta de que no es cierto...Existe una muy fuerte dicotomía entre un poder político arrinconado en el interior de sus fronteras, y un poder económico que vive fuera de ellas y que tiene sus propias reglas, controladas por nadie» (3).

«Los jueces constituyen la última barrera. En este juego tan perverso entre multinacionales y políticos corruptos si no existe el riesgo de ser investigado algún día, todo está permitido. Es la impunidad total lo que es peligroso. Todo poder necesita un contrapoder. A este respecto la acción de los jueces es útil» (4) «No se trata, entonces, de una guerra contra la corrupción, sino de una guerra contra el crimen organizado, del cual la corrupción es la manifestación más constante. Se debe, sobre todo, a la ausencia de controles en la Administración en el uso de dinero público, en las concesiones de contratos públicos. Se puede comprobar que, ligados a las irregularidades en la adjudicación de contratos públicos, se dan fenómenos de enriquecimiento personal, de tratamientos de favor a ciertas empresas y diversos tráfico de todo tipo. El crimen organizado se infiltra de manera imperceptible en las estructuras y en los fundamentos del edificio del Estado. Lo hace estable y pone en peligro la existencia misma del sistema democrático» (5).

El planteamiento de estos magistrados no es aislado. Personalidades tan prestigiosas, desde el punto de vista doctrinal, como Luigi Ferrajoli, coinciden en que, al menos en Italia, la crisis de legalidad «ha alcanzado formas tan llamativas, generalizadas y estructurales como para hacer del todo inatendible la misma calificación de nuestro ordenamiento como «Estado de Derecho». En efecto, a la vista de las dimensiones alcanzadas por la corrupción y las colusiones del poder político con la mafia, la camorra y con los otros poderes invisibles (logias masónicas, Gladio, P2 y servicios secretos desviados), nuestro Estado es en realidad un doble Estado detrás de cuya fachada legal y representativa habría crecido un infra Estado clandestino, dotado de sus propios códigos y tributos, organizado en centros de po-

(3) DENIS ROBERT: *op. cit.*, pág. 150. Declaración de BERNARD BERTOSSA, fiscal general suizo.

(4) DENIS ROBERT: *op. cit.*, págs 50 y 60. Declaraciones de RENAUD VAN RUYMBEKE, consejero de la Corte de Apelaciones de Rennes.

(5) DENIS ROBERT: *op. cit.*, pág.246. Declaración del magistrado juez español BALTA-SAR GARZÓN REAL.

der ocultos, destinado a la apropiación privada de la cosa pública y recorrido secretamente de recurrentes tentaciones subversivas» (6). Por su parte, García de Enterría nos recuerda que sin duda «la corrupción ha cobrado nuevos aspectos en nuestro tiempo y una penetración bastante más extensa, en buena parte en virtud precisamente del sistema de Estado de partidos» (7).

En definitiva, en esta línea de pensamiento, las reglas de funcionamiento de las democracias occidentales estarían siendo objeto de serios embates por parte de una criminalidad organizada que aprovecha las propias debilidades del sistema, y en concreto la crisis actual de la representación política. La carencia de alternativas ideológicas hace además que la relación del gobierno con la sociedad y de los partidos con sus bases pierda sus características programáticas y racionales para deslizarse paulatinamente hacia las técnicas del mercado. El Poder deja de ser comprendido intelectualmente, es abandonado al terreno de la imagen. En una sociedad de este carácter, en la que las masas han sido desmovilizadas por ausencia de objetivos por los que combatir, son las grandes compañías las que se encuentran en las mejores condiciones para la conquista del Poder. La política se convierte en una lucha empresarial. Como indica Ferrajoli, «un gobierno empresa fundado en la confianza de una empresa partido significa una clamorosa reproduc-

(6) LUIGI FERRAJOLI: «El Estado constitucional de Derecho hoy, el modelo y su divergencia de la realidad», trabajo incluido en la obra colectiva «Corrupción y Estado de Derecho». Editorial Trotta. 1996, pág. 16. Con su tradicional brillantez, señala igualmente, en pág. 20, que «la conmoción suscitada por el descubrimiento de Tangentopoli y del sistema de ilegalidad que ha caracterizado durante el pasado decenio a toda la vida política de nuestro país se ha resuelto no sólo en una descalificación inapelable de los viejos partidos, sino también en una profunda deslegitimación del Estado y de la esfera pública e incluso de la Constitución». En el mismo sentido, GARCÍA HERRERA, en «Poder Judicial y Estado Social: legalidad y resistencia constitucional», incluido en el mismo volumen, pág. 70, advierte que «los cambios acaecidos transforman a esta demanda de legalidad en la única política revolucionaria posible». Este enunciado teórico reposa en la tesis que convierte a la Ley en el instrumento de poder de quienes no tienen poder, ya que permite proporcionar una tutela de la autonomía que suple las carencias de un sistema basado en la autonomía de quienes sólo disfrutan de los beneficios asociados a la riqueza. Corresponde, en consecuencia, a la legalidad oponerse en el plano jurídico-político a la economía, contraponer el poder de la norma al poder del dinero. Por ello, terreno privilegiado del despliegue de la legalidad debe ser el ámbito del mercado, puesto que es en el marco económico en el que hay que afrontar las ilegalidades del capitalismo y atajar las degeneraciones que asolan el perfil social del Estado: corrupción político-económica, fraude fiscal, trabajo negro...».

(7) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: «Democracia, Jueces y control de la Administración». Civitas. 1995, págs. 74 y 75.

ción de la confusión premoderna entre lo público y lo privado con la consiguiente deformación tanto del Estado como del mercado» (8).

Aun aceptando lo anterior, y siendo necesario por tanto imaginar nuevas formas de control del poder y de restablecimiento de la honestidad, lo que nos parece esencialmente criticable es la consideración de que en esta tarea deban tener una participación primordial los jueces y tribunales, como sorprendentemente parecen creer algunos de ellos. Bernard Bertossa (9) llama literalmente «guerra civil» a la que se estaría desarrollando en este momento contra los nuevos tipos de criminalidad. Pero, suponiendo que fuera así, lo que desde luego no sería admisible es que en ella intervinieran los jueces por el hecho básico de que perderían su neutralidad y, por tanto, la confianza que la sociedad, incluso los delincuentes y deshonestos, deben tener en ellos. Es elemental tener en cuenta que los órganos judiciales, cuando aplican el ordenamiento jurídico, no tienen por misión vencer la criminalidad sino pura y simplemente dar la razón al que tiene, en un caso concreto, el derecho de su parte. En consecuencia están al servicio de todos, incluso de los delincuentes. El Poder Judicial no se estableció para la eliminación de estos últimos, tarea de la que está encargado el aparato represivo de la comunidad, sino para resolver con arreglo a Derecho. Si se quería conseguir la supresión de la venganza privada, era necesario establecer un sistema jurisdiccional caracterizado por proporcionar garantías a todas las partes. El juzgador debía serlo tanto de las víctimas como del verdugo. En otro caso, su actuación adolecería de visiones previas, de prejuicios, que anularían su capacidad de decidir sin condicionamientos.

Y la cuestión es aún más grave cuando se nos dice, por parte de los propios activistas, que el problema principal es el de la conexión entre delincuencia económica y Poder Público porque si fuere cierto que los titulares de los más importantes poderes del Estado estuvieran implicados, para colmo al lado de los deshonestos, en esa «guerra civil» que se dice estar librando, resultaría que los magistrados se habrían quedado prácticamente solos en la defensa de la legalidad. La conclusión no podría ser más peligrosa para la salud del sistema democrático pues si los órganos judiciales intenta-

(8) LUIGI FERRAJOLI en la obra colectiva antes citada, pág. 19.-

(9) Declaración de BERNARD BERTOSSA en el indicado libro de Denis Robert, pág. 114. Es necesario precisar, sin embargo, que en algunos aspectos la postura de los magistrados entrevistados difiere en matices importantes. Así, cuando se le pregunta a RENAUD VAN RUYMBEKE señala que se trata de «un trabajo que debe ser serio y desapasionado»...«la palabra lucha me molesta», págs. 66 y 67.

ran, como se defiende, llevar adelante la defensa del ordenamiento jurídico (y de la moralidad y la decencia) contra las instituciones de una sociedad propensa al favorecimiento del crimen organizado correrían el serio riesgo, dada la importancia del adversario, de planificar la batalla a la manera de todas las que históricamente han tenido lugar a ese nivel, es decir, subordinando la táctica a cuestiones de estrategia. Por tanto, condicionando la resolución de los casos concretos a consideraciones de índole final ajenas a los mismos. Y efectivamente, a lo mejor ganarían la guerra, pero a costa de haber dejado de «juzgar».

Es significativo, por otra parte, que consciente o inconscientemente los titulares de los poderes del Estado empiezan a ser observados con sospecha por los jueces, como si con frecuencia se situasen más allá de los límites de la legalidad, lo que no deja de ser sorprendente. ¿No son, en principio al menos, los Tribunales los defensores de una legalidad representada en las instituciones democráticas? Sin embargo, detrás de este fenómeno de cuestionamiento judicial de las instituciones públicas lo que hay en el fondo es un simple problema de confianza. Cuando el sistema funciona, y se está convencido de la coherencia y bondad del mismo, hay aspectos que ni siquiera se plantean, no parece concebible hacerlo y, mucho menos, por los Jueces.

Y ello con independencia de que el control judicial debería partir, en todo caso, del estricto respeto al papel constitucional del Ejecutivo tanto más exigible cuanto, como dice García de Enterría, «en el Estado democrático y social de derecho, en que estamos, quienes ejercitan esas funciones ostentan una legitimación popular, han sido colocados en sus puestos por el voto y la confianza del pueblo (10)». Las sociedades desarrolladas, en su sensibilidad intelectual y jurídica, tienden a respetar a sus autoridades precisamente porque se sienten identificadas con ellas. Creen en el modelo de

(10) GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO: «Democracia, Jueces y control de la Administración», citada, pág. 25. Bien es cierto que, con la brillantez que le caracteriza, posteriormente, pág. 58, se preocupa de matizar que «el origen democrático de las autoridades administrativas o de alguna de ellas no puede invocarse como un título privilegiado para pretender una interpretación propia de las Leyes y del Derecho ante la cual tuviese que ceder la objetiva que corresponde al juez en su función constitucional de control de la legalidad de los Reglamentos y de los actos de la Administración y de tutelar de manera efectiva los derechos e intereses de los ciudadanos». Y es que es su situación de ejecutores de la Ley, como decisión previamente establecida, «la que da a los titulares que ejerzan las funciones del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial el carácter de simples «agentes» de la Ley»... «No les alcanza, en consecuencia, ningún carácter de representantes del pueblo. Tales representantes son quienes han dictado la Ley, de cuya simple ejecución ahora se trata».

comunidad en el que viven y son conscientes de que quienes las dirigen han sido elegidos, ostentando un mandato otorgado en libertad. Por eso el Juez demócrata acata el ordenamiento jurídico y a sus representantes, salvo el caso, en principio excepcional, del político corrupto o delincuente que habrá de ser eliminado por las vías que el propio ordenamiento permita.

Por el contrario, cuando la estabilidad del aparato institucional, y su normal funcionamiento, son puestos en cuestión se pierde inmediatamente la presunción de inocencia que se otorgaba a los titulares del Poder, y se producirá un aumento de la desconfianza que afectará a la propia cohesión del sistema. Es cierto que todo orden democrático radica en la institucionalización de la sospecha, mediante la que se garantiza el control y la sumisión a responsabilidad de los titulares de los Poderes Públicos. El recelo sería así un síntoma de la vitalidad del organismo social. Es un razonamiento correcto, pero no exento de peligros. ¿Cuál es el punto medio necesario para evitar que el cuestionamiento sistemático del Poder Público degene en un desprestigio irreparable para el propio sistema democrático? Los Jueces deben cumplir la Ley sean quienes fueren los que la vulneren, es cierto. Pero tan peligroso sería que los titulares de los poderes del Estado cayesen en la tentación de la subversión de la legalidad como que grupos u organizaciones irresponsables pretendiesen utilizar el prestigio y la honestidad del magistrado para poner contra las cuerdas a los representantes del pueblo. Es necesario que existan jueces atentos, pero no sería correcto que su vigilancia se tradujera en prejuicio sistemático, pues implicaría tanto como ponerse en frente de un modelo social para cuya defensa, paradójicamente, han sido instituidos.

En este sentido, el halago continuo, y muchas veces interesado de los medios, puede fomentar en los jueces ideas delirantes sobre su propio papel en sociedad. La tentación del heroísmo cómodo, el que se puede alcanzar tras la mesa de un despacho sin apenas otros riesgos que los puedan inventarse sus admiradores, es verdad que puede acechar a cualquier persona pero parece grave que le llegue a afectar a un Juez. Sin embargo, en este mundo de confusiones no es extraño que el desconcierto se haya apoderado también de alguno de ellos, surgiendo figuras tan populares como la del denominado «juez estrella» convencido de que debe desarrollar un papel activo de regeneración social y de lucha contra las corrupciones del sistema. Lo que conlleva el olvido de que si el órgano judicial pretendiere participar en cualquier tipo de enfrentamiento con el mismo perdería las características de su función, convirtiéndose simplemente en una de las partes de un conflicto. Y esto no significa que el Juez no pueda tener moral. Todo lo contra-

rio, es bueno que la tenga para evitar juristas positivistas atados estrechamente a la norma. Pero siempre que no pretenda utilizarla en combates que le hagan perder su carácter de órgano situado más allá de los problemas para los que la sociedad le ha encomendado la función de juzgar.

Como dice, siempre tan brillantemente, Tomás y Valiente, «el juez político cree que su misión es actuar, como le han enseñado en Italia, con las manos limpias frente a los desmanes de quienes no las tienen. Lo cual sólo es cierto cuando procede en términos de Derecho, pero sin que por ello deba convertirse el juez en justiciero, en perseguidor espontáneo de males universales, como si él fuese el único puro y todos los demás, en especial quienes desempeñan otros poderes del Estado, tuviesen siempre las manos sucias...» (11). La eterna tentación del maniqueísmo parece apoderarse también de quienes debieran ser garantes perpetuos de racionalidad. Y el Juez de este carácter no parece darse cuenta, como nos sigue advirtiendo Tomás y Valiente, de que al pronunciarse pública y reiteradamente en contra de actuaciones determinadas del poder ejecutivo, y a veces en términos generales contra quienes lo ocupan por voluntad popular, pone en entredicho su imparcialidad. Y es que la aceptación por la sociedad de la función judicial parte de lo que probablemente no sea más que un mito: la creencia en la absoluta neutralidad de quienes la ejercen. Es verdad que si esto lo entendiéramos de manera absoluta no sería más que una ficción. Pero aunque así fuese, se trataría de una ficción necesaria para el mantenimiento del pacto social.

2. UNA SOCIEDAD COMUNICADA

El análisis que realizamos resulta necesario ponerlo en conexión, caso contrario no podría comprenderse la exacta dimensión del problema, con el

(11) FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE: «A orillas del Estado». Taurus. 1996, pág. 143. Y con indudable agudeza añade «el tipo de juez que hoy protagoniza noticias, escándalos, conferencias de prensa, cierto género de artículos, charlas radiofónicas y libros ha desnaturalizado la figura del juez constitucional, convirtiéndola bajo la forma del juez político, en la antítesis radical del anterior tipo de juez...de la sumisión al poder se pasa a la hostilidad al poder y, en particular, al Ejecutivo por sistema y como principio de actuación. Hace ya veinte años que DIETER SIMON escribió, en alemán, esto: «El juez político es el abominable usurpador del trono que hasta hace poco era ocupado por el juez neutral» Y añade en pág. 144 «quien esto escribe prefiere otro tipo de juez...que sea discreto, consciente del enorme poder que como juez le corresponde cuando juzga y hace ejecutar sus resoluciones, no trate de aumentarlo con un protagonismo político que nadie demanda de él y que pone en peligro su imparcialidad».

hecho de que nos encontramos en una sociedad en la que los órganos de comunicación ejercen una enorme influencia en el comportamiento individual, lo que tiene una transcendencia que difícilmente podía haberse previsto. La Revolución industrial y el triunfo de la técnica han permitido desarrollar, hasta niveles nunca antes concebidos, sistemas de transmisión de información caracterizados por su rapidez y, sobre todo, por su perfección y correspondencia con lo que se reproduce. La conquista de la libertad de expresión ha determinado, además, el surgimiento de una sociedad comunicada que participa, por medio de los instrumentos informáticos, en los propios canales de distribución de lo noticiable. Todo ello puede redundar, es verdad, en una extensión de la democratización aunque no, por paradójico que resulte, en mayor libertad pues lo que simplemente puede estar ocurriendo es que el control se ejerza por una mayoría social que tiende hacia la uniformización, impidiendo la elaboración de un pensamiento libre.

La ciudad postmoderna deviene un inmenso escenario en el que cada uno intenta defender la perspectiva que mejor le favorece, representando su papel de acuerdo a los gustos del observador. La conciencia del control va a impedir la total libertad para actuar. Por ello, el moderno trabajo de los «medios» falsea, indudablemente la mayoría de las veces en forma inconsciente, el objeto al que se refieren pues, al intervenir en el mismo, le privan de su pureza. La sociedad en la que vivimos parece haber realizado al máximo los deseos de libertad del ser humano. Ya no existen, al menos teóricamente, sistemas totalitarios en nuestro universo cultural y las religiones carecen de capacidad de imposición más allá de la conciencia individual. Sin embargo, la técnica que permite la transformación y el dominio de la naturaleza posibilita también el intercambio permanente de modelos de conducta y patrones sociales. La fuerza de los «medios», teóricamente al servicio de la libertad, conduce a la larga a procesos de simplificación e igualación social nacidos antes de la coerción, de la presión de los demás, que del ejercicio espontáneo de una opción.

En un ambiente semejante, sería posible preguntarse hasta qué punto un Juez concreto, sobre todo en los casos de mayor transcendencia para la opinión pública, puede formar libremente su «fallo». El problema es que, a la hora de decidir, puede estar convencido de la ausencia absoluta de presiones. Nadie ha hablado con él para «aconsejarle», no se le ha marcado ninguna directriz... Y sin embargo es posible que dicho magistrado, a la hora de elaborar los silogismos intelectuales con los que debe operar, acepte como

previos los datos que le hayan sido transmitidos vía informativa. Es más, aun en el supuesto de que sea capaz de desarrollar los suficientes mecanismos de alerta mental y análisis, ¿sería capaz de enfrentarse a la opinión universalmente aceptada? Es tan fácil, de otra parte, autojustificar intelectualmente cualquier solución...

Por otra parte, el deseo de triunfo personal es evidente que constituye una tentación permanente del espíritu humano y, por tanto, también de los jueces. Sin embargo, hasta ahora, cuando la vanidad de éstos quería manifestarse al exterior lo hacía mediante la exhibición intelectual del producto de su trabajo: la calidad de sus resoluciones, su razonabilidad o sensatez. Y los destinatarios de ese juego eran exclusivamente sus compañeros o unos profesionales del Derecho que podían verse influenciados por determinadas líneas doctrinales. El ego judicial sólo competía en un mercado de especialistas y lo único que podía alcanzar era prestigio. Por el contrario, actualmente su vanidad puede manifestarse universalmente, intentando mostrar los aspectos más favorables de su ser personal. Un simple juego primario de exhibición de la imagen. Pero el problema radica en que el Juez atraído por los medios, o simplemente temeroso de los mismos, corre el serio riesgo de dejarse influir por sus planteamientos. Actuar con arreglo a ellos puede proporcionarle prestigio social, o carencia de problemas al fallar con arreglo a la opinión dominante, pero a costa de la libre formación de su «fallo» con arreglo a conciencia, es decir, de su imparcialidad.

La sociedad, o quienes la dirigen, selecciona desde el principio lo que merece ser objeto de información. Según su grado de desarrollo cultural e idiosincrasia, los «medios» le proporcionarán uno u otro tipo de datos, con su correspondiente tratamiento. Sin embargo, la fuerza de los instrumentos informativos, y su internacionalización, condiciona los propios deseos de los grupos sociales, lo que permite simplificar el material a elegir. Por regla general, el interés del público se centrará en temas atinentes a ocio, guerra, crimen y escándalo (en cuanto comportamiento que rompa las reglas de la comunidad). Su tratamiento, en cuanto se dirige a una audiencia masiva ajena en principio a las dudas intelectuales que plantea el matiz, tenderá a la generalización y a la búsqueda de sus factores más espectaculares o morbosos. La noticia es sólo tal en cuanto interesa a quien la va a consumir, y éste, a su vez, acomodará sus deseos a lo que le dicten unos «medios» que normalmente primarán el contenido rápido y superficial que es el que mejor, o más fácilmente, se acomoda a sus técnicas.

Es por ello que, en la búsqueda de la información, la actividad del juez va a proporcionar material de primer orden. Los poderes que detenta hacen su figura especialmente atractiva. La libertad del ciudadano frente al aparato del Estado se ha ido consolidando a través de un proceso dirigido a la reducción de la arbitrariedad. Solamente la autoridad judicial ha quedado al margen, precisamente porque ha sido instituida en garantía del pacto social, constituyendo el símbolo de la lucha por la sumisión a la legalidad de todos los poderes del Estado. Puede, por tanto con plena legitimidad y en principio sin otro control que el representado por el instrumento procesal de los recursos, investigar la vida privada, decidir sobre culpabilidad o inocencia, acordar la privación de libertad... Y su actuación vendrá justificada por la necesidad de mantener el pacífico y normal desenvolvimiento de cualquier comunidad. Lo que puede ocurrir, sin embargo hoy día, es que la trascendencia social de esos poderes influya esencialmente en la imagen de sus titulares y, en consecuencia, en su comportamiento. El Juez debía operar con arreglo a la Ley y según las exigencias de su conciencia. ¿Hasta qué punto no estará ahora también condicionado por la repercusión de los «medios»? Si la sociedad, merced a ellos, se hubiese convertido en un gigantesco teatro, los poderes del Juez permitirían considerarlo una de sus mejores «estrellas».

El rigor, la seriedad, el estudio que constituían las notas características de la función judicial tradicional se van a ver desplazados en el interés del público por los aspectos más espectaculares de su papel: la lucha contra el crimen, la detención de los delincuentes, el «juicio», el ingreso en prisión... Y si esto es lo que interesa, como lógica consecuencia se fomentarán los jueces que se adapten mejor a dicho estilo. La racionalidad se verá sustituida por la ilusión cinematográfica. Son los gestos los que van a tener importancia, teniendo en cuenta, además, que a la prensa se le vende mejor la información cuanto más estereotipada y simplificada aparezca. Por eso a los medios de comunicación les resulta extraordinariamente atractivo el papel del Juez. Su figura representa la vuelta a lo oculto, a la decisión personal, las terribles consecuencias de la misma, el miedo a lo desconocido... Es decir, todo lo que refuerza los aspectos primarios de la relación de la ciudadanía con el poder.

Es interesante, por otra parte, considerar como la combinación de actuación judicial y prensa se ha convertido actualmente en un instrumento fundamental en la lucha por la eliminación del rival. Si el «reino» de la política ha desaparecido, y la preocupación por la moralidad o el perfecciona-

miento del hombre dejan de interesar, es lógico pensar que el triunfo individual constituye uno de los pocos factores de importancia en la conducta personal. La competitividad no solamente se expresa en los intentos de superación de los demás sino, más radicalmente en ocasiones, en la pura y simple eliminación del adversario. Y en el mundo contemporáneo no ha quedado otro medio más eficaz de desprestigio que la sumisión al Juez penal. El aparato judicial puede poner de relieve los débiles cimientos en los que se basa cualquier «fama». El símbolo más eficaz de la pérdida de la honorabilidad lo constituye actualmente el ingreso en prisión, o la simple incoación del proceso. No hay mayor tacha que la comparecencia ante el Juez en concepto de imputado. Las cámaras fotográficas, el atosigamiento de los reporteros, la imagen tomada por unas televisiones atentas a cualquier señal de inseguridad o de temor... En estos casos no será necesario esperar a la conclusión del «juicio», la condena ya habrá sido impuesta pues la sentencia, como razonamiento intelectual, no tendrá la misma fuerza de penetración que la escenográfica llegada a los Palacios de Justicia.

¿Cómo puede justificarse ideológicamente todo lo anterior? En primer lugar, es preciso señalar que sus paradigmas intelectuales están sólidamente asentados en la sociedad actual. El principio de publicidad de las actuaciones judiciales, por ejemplo, ha sido reconocido tanto constitucionalmente (12) como en las más relevantes acuerdos internacionales en materia de derechos y libertades. Así, constituye una de las garantías recogidas por el art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, constantemente desarrollada por la jurisprudencia de su Tribunal. En este sentido, en su sentencia de 8 de diciembre de 1983, caso Pretto, puntualiza que «la publicidad del procedimiento de los órganos judiciales, establecida en el art. 6.1, protege a las partes contra una justicia secreta que escape al control público; constituye así uno de los medios de preservar la confianza en jueces y tribunales. Por la transparencia que proporciona a la administración de justicia ayuda a cumplir la finalidad del art. 6.1.º, juicio equitativo, pues es la garantía fundamental de toda sociedad democrática».

Se trata de una preocupación constante en la historia del pensamiento jurídico occidental pues el secreto se ha considerado siempre como uno de los mayores peligros no sólo para la libertad sino también para la realización de la justicia en un ambiente de confianza que aleje toda sospecha. Así,

(12) Nuestro texto constitucional, por ejemplo, en su art. 120 ha establecido que «las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que determinan las leyes de procedimiento».

el gran jurista inglés Edward Coke declaró, ya en 1612, la importancia de que todas las causas fueran oídas, juzgadas y determinadas abiertamente. Y mucho más recientemente, en 1950, en los Estados Unidos de América del Norte, el juez Frankfurter, con ocasión de la sentencia *Maryland v. Baltimore Radio Show Inc*, señaló que «una de las demandas de la sociedad democrática es que el público sepa lo que ocurre en los tribunales, y lo conozca por medio de la prensa, a fin de que el referido público pueda juzgar si nuestro sistema de justicia penal es justo y ajustado a derecho» (13).

El respeto a la ciudadanía y a la libre formación de la opinión pública en un Estado democrático que refleja la sentencia citada resultan incluso emotivos para quienes hubieren sido formados en un régimen de privación de libertades, pero, además, expresa perfectamente el temor de generaciones de juristas hacia los peligros de retorno a una justicia inquisitorial, una de cuyas principales características era precisamente el secreto de su actuación, lo que dejaba inerte al imputado y en permanente inseguridad. Así, en el *Manual de Inquisidores*, publicado a mitad del siglo XIV por el Inquisidor General de Aragón, Nicolau Eymeric, se contenía la siguiente afirmación, indudablemente reveladora: «Podrá comunicarse la acusación al reo, suprimiendo absolutamente los nombres de los delatores y testigos, y entonces tiene aquel que sacar por conjeturas quien son los que contra él han formado esta o aquella acusación, y recusarlos, o debilitar su testimonio. Son indispensables estas precauciones y otras semejantes, porque siendo el punto que más importa preservar de todo riesgo a los testigos, se han de usar para ello todos los medios imaginables, para que no se arredren los delatores, de lo cual resultarían gravísimos perjuicios a la república cristiana. En esta parte la práctica de la inquisición en España puede servir de dechado; en ella se comunica la acusación, suprimiendo todas las circunstancias de tiempo, lugar y personas, y cuanto puede dar luz al reo para adivinar quienes son sus delatores» (14). El miedo a este tipo de mentalidad deter-

(13) *Vide* comentarios al respecto en PECES MORATE, JESÚS ERNESTO: «Publicidad y secreto sumarial». Poder Judicial número especial XI.

(14) NICOLAU EYMERIC: «Manual de Inquisidores». Editorial Fontamara. 1974, pág. 29. Su lectura, aparte del interés puramente histórico que despierta, constituye un magnífico ejercicio para comprender la atmósfera intelectual de la época. Véase también ESMEIN, A: «Histoire de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII siècle jusqu'à nos jours». L. Larose et Forcel. Libraires-Éditeurs. 1882. Al tratar de l'ordonnance de 1670 señala, pág. 223, «el principio del secreto era rigurosamente seguido: Los testigos serán oídos secreta y separadamente. Défendons aux greffiers de communiquer les informations et autres pièces secrètes du procès».

mina, en lógica reacción, una cultura de búsqueda de la transparencia mediante la publicidad de las actuaciones que garantiza a la sociedad y, sobre todo, a los acusados el conocimiento de lo realmente ventilado en cualquier proceso.

La exigencia histórica de llevar la luz a los Tribunales de Justicia no constituye, sin embargo, mas que una simple incidencia de una batalla mucho más amplia, a la que antes nos referíamos, iniciada por los ilustrados en orden a la conquista de las libertades de expresión e información. Así, la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en su artículo 11, consagraba con la rotundidad y belleza de los textos revolucionarios clásicos que «la libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones es uno de los derechos más preciados del hombre; todo ciudadano puede, por tanto, hablar, escribir e imprimir libremente, salvo que el abuso de esta libertad se produzca en los casos determinados por la ley». Por su parte, en 1791 se introduce la primera enmienda a la Constitución norteamericana, donde se establece: «El Congreso no puede hacer ninguna ley que limite la libertad de palabra o de prensa».

La defensa ideológica de las libertades de expresión e información en el constitucionalismo occidental deriva de su reconocimiento como instrumento del intercambio de ideas necesario en una sociedad de tolerancia para su autodeterminación política y social (15). La atmósfera intelectual que presidió su reivindicación y los peligros que trataba de evitar resultan perfectamente reflejados en las palabras del histórico magistrado del Tribunal Supremo norteamericano, Oliver Wendell Holmes, cuando advertía. «La persecución por expresar ideas me parece perfectamente lógica. Si Ud. no alberga duda alguna acerca de sus propias premisas y si quiere, además, conseguir un cierto resultado con todo su corazón, entonces Ud. expresará

(15) De ahí la importancia para el debate de ideas de los aspectos específicamente relativos a la información, pues sin ella no sería posible conocer todos los elementos y matices necesarios para decidir. En este sentido, la STC 176/95, de 11 de diciembre, de la que es Ponente Mendizábal Allende, señala: «...ha dicho este Tribunal que la protección constitucional de la libertad de expresión alcanza un máximo nivel cuando...es ejercitada por los profesionales de la información a través del vehículo institucionalizado de formación de la opinión pública que es la prensa, entendida en su más amplia acepción» (STC 165/1987) donde se incluyen sus modalidades cinematográfica, radiofónica o televisiva cuya actividad hemos calificado también como «función constitucional» (STC 76/19-95) por formar parte del sistema de frenos y contrapesos en que consiste la democracia, según dijeron en 1812 las Cortes de Cádiz, para prevenir «la arbitrariedad de quienes nos gobiernan».

con naturalidad sus deseos en la ley y eliminará toda oposición. Pero cuando los hombres comprueban cómo el tiempo ha podido invalidar muchas creencias agresivas, entonces pueden llegar a creer incluso más profundamente de lo que creen que constituye la base auténtica de su propia conducta que el ansiado bien supremo se consigue de mejor manera en el mercado libre de las ideas, que el mejor criterio de verdad es el poder que el pensamiento puede tener de ser aceptado en la competencia del mercado, y que la verdad es el único fundamento sobre el que sus deseos pueden cumplirse. Esta es en cualquier caso, la teoría de nuestra Constitución» (16).

Esta filosofía es la que ha moldeado el ordenamiento jurídico de las sociedades occidentales. La belleza estética de sus elaboraciones supone la culminación de toda una historia de lucha por la racionalidad y la luz, que debe separarse intelectualmente de las consecuencias de uniformidad y coerción a que puede haber dado lugar en los últimos tiempos su utilización manipulada. La lucha por las libertades de expresión estaba basada en un principio elemental: todo lo que interese a la colectividad debe ser divulgado para su conocimiento y debate, al objeto de que la ciudadanía pueda formarse su opinión al respecto. Es cierto que, incluso los más fervientes partidarios de estas libertades, reconocen de manera teórica que tal planteamiento no puede generar derechos ilimitados dada la existencia de otros bienes jurídicos merecedores de una protección superior en determinados y concretos casos. Sin embargo, desde el punto de vista interpretativo, se par-

(16) ABRAMS V. United States. 250 U.S. 616, 630, 40 S.Ct. 17, 22, -63n L.Ed. 1173 (1919) (dissenting opinion)

«Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want and certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition. To allow opposition by speech seems to indicate that you think the speech impotent, as when a man says that he has squared the circle, or that you do not care whole heartedly for the result, or that you doubt either your power or your premises. But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas — that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions...» *Vide.* excelente análisis de la jurisprudencia de la Supreme Court de los Estados Unidos sobre la materia en el libro dirigido por SALVADOR CODERCH, PABLO: «El mercado de las ideas». Centro de Estudios Constitucionales. 1990, pág. 27.

te de la idea según la cual la libre formación de la opinión pública constituiría uno de los valores esenciales sobre los que descansa cualquier sociedad democrática, lo que le otorgaría una fuerza expansiva enorme y prevalencia indudable en los supuestos de conflicto. Pero es esta prevalencia, en la práctica con muy escasas excepciones, la que puede haber moldeado nuestra sociedad en el sentido que antes analizábamos porque, es preciso advertirlo, en nuestra opinión todo el desarrollo intelectual anterior ha sido extraordinariamente positivo para la historia del pensamiento y de la sensibilidad humana. El problema donde puede haberse encontrado es en la adecuada medición de sus contornos en los casos de colisión con otros valores jurídicos.

La necesidad de ponderar adecuadamente, en cada supuesto, los bienes que se hallan en juego al objeto de evitar que la valoración excesiva de uno de ellos condicione de manera negativa el propio desarrollo de una sociedad resulta especialmente necesaria en materia judicial. Es verdad que los asuntos sometidos a los jueces y tribunales tienen, en principio, interés público, sobre todo si se refieren a conductas que han transgredido las normas de la comunidad. Es más, incluso por razones de ejemplaridad, es bueno que los ciudadanos tengan conocimiento de las consecuencias que acarrea la infracción penal. Por tanto, sería perfectamente lógico en principio que los medios de comunicación se sintiesen atraídos por lo que ocurre en los Palacios de Justicia. Pero lo que no puede olvidarse es que ante los tribunales confluyen otros intereses de no menor importancia: los de la sociedad, los de la víctima y también los del propio imputado, que pueden ser contrarios, por razones diversas pero legítimas en muchos casos, al conocimiento de lo que investiga el Juez. Consideraciones de este tenor han determinado que la publicidad del proceso haya sido vista con desconfianza, y se haya admitido de una manera más lenta y prudente (17).

(17) Así, la Exposición de Motivos de nuestra centenario, y liberal, Ley de Enjuiciamiento Criminal advertía:

«...Ciertas escuelas radicales intentan extender al sumario, desde el momento mismo en que se inicia, las reglas de publicidad, contradicción e igualdad. No niega el infrascrito que insignes escritores mantienen esta tesis con ardor y con fe; pero hasta ahora no puede considerársela más que como un «ideal» de la ciencia, al cual tiende a acercarse progresivamente la legislación positiva de los pueblos modernos. Se realizará algún día por completo? El Ministro que suscribe lo duda mucho. Es difícil establecer la igualdad absoluta de condiciones jurídicas entre el individuo y el Estado en el comienzo mismo del procedimiento, por la desigualdad real que en momento tan crítico existe entre uno y otro; desigualdad calculadamente introducida por el criminal y de que éste sólo es responsable. Desde que surge en su mente la idea del delito, o por lo menos desde que pervertida su conciencia, forma el propósito de-

En cualquier caso, y con respecto al imputado, el pleno reconocimiento de los derechos de defensa y de igualdad de armas (que según el TEDH «implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case—including his evidence— under condition that do not place him at a substantial disadvantage vis-a-vis his opponent» (18)) determina que, en nuestro ordenamiento, el art. 118 de la LECrim. haya establecido que «toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia...». A tal fin, art. 302 de la LECrim, «las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento» (19). Es cierto que, si el delito fuere público, el párrafo segundo del propio precepto establece la posibilidad de declarar el procedimiento secreto «total o parcialmente» «para todas las partes personadas», pero dicha posibilidad tiene un carácter excepcional en cuanto no puede decretarse «por tiempo superior a un mes», debiendo alzarse necesariamente «con diez días de antelación a la conclusión del sumario». Es evidente que el conocimiento por el acusado de la realidad exacta de la imputación dirigida contra él constituye una de las exigencias elementales del Estado de Derecho, lo que no puede eludirse en ninguna forma.

Análisis distinto merece, en cambio, el tratamiento a dar al interés del público. En este sentido, el art. 301 de la LECrim. establece: «las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente Ley». En consecuencia, las actuaciones de ese carácter no pueden ser divulgadas salvo a las partes

liberado de cometerle, estudia cauteloso un conjunto de precauciones para sustraerse a la acción de la justicia y coloca al Poder público en una posición análoga a la de la víctima, la cual sufre el golpe por sorpresa, indefensa y desprevenida. Para restablecer, pues, la igualdad en las condiciones de la lucha, ya que se pretende por los aludidos escritores que el procedimiento criminal no debe ser más que un duelo noblemente sostenido por ambos combatientes, menester es que el Estado tenga alguna ventaja en los primeros momentos, siquiera para recoger los vestigios del crimen y los indicios de culpabilidad de su autor».

(18) European Court of Human Rights. Case *Dombo Beheer B.V. v. The Netherlands*, 27 October 1993. Sentencia que hemos obtenido en *European Human Rights Reports*, September 1994.

(19) La apertura de las actuaciones al conocimiento de las partes intervinientes se consagra de manera expresa en el art. 234 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que obliga al secretario y personal judicial a dar a los interesados «cuanta información soliciten sobre el estado de las actuaciones judiciales, que podrán examinar y conocer», salvo que hubieren sido declarados secretos conforme a la ley.

que, como hemos dicho, deben en principio conocer la totalidad de los datos a que se refieren la actuaciones. A tenor de este planteamiento, cabría concluir que la independencia del juez penal y la eficacia del proceso exigirían, hasta que se abriera el juicio oral, la ausencia de publicidad al objeto de no condicionar los datos reales de investigación. Se trata de una simple cuestión de ponderación de bienes en juego. Los derechos del público frente a los de las partes. En un determinado momento, mientras la causa penal se tramita y en tanto se aportan los elementos sobre los que luego se habrá de juzgar, es lógico que primen los intereses de tutela judicial efectiva, y por tanto de secreto. Luego, al abrirse el juicio, será la sociedad la que exija, con primacía, su derecho a la información.

En la práctica, sin embargo, esta distinción es escasamente real dada la preferencia atribuida a la regla de la publicidad. Así, la STS de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cinco (20) advierte: «se debe llegar a la conclusión que la regla que dispone el secreto de las actuaciones sumariales, es ante todo una excepción a la garantía constitucional inscrita en el art. 120.1 de la Constitución. Como destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/85 de 31 de enero de 1985, «la admisión que hace la disposición constitucional a la excepción de la publicidad no puede entenderse como un apoderamiento en blanco al legislador porque la publicidad procesal está inmediatamente ligada a situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos que tienen la condición de derechos fundamentales, como son el derecho a un proceso público y el derecho a recibir libremente información»(21). Pero es que, además, la mencionada STC 13/1985 va a establecer que «el secreto del sumario no significa en modo alguno que uno o varios elementos de la realidad social...sean arrebatados a la libertad de información». En consecuencia, los medios de comunicación podrán trabajar perfectamente con los datos que fueren objeto de una investigación sumarial siempre que no revelaren los elementos concretos de la misma. Una cosa sería la noticia y otra muy distinta las diligencias procesales que, en un

(20) Ponente MARTÍN PALLÍN.

(21) En este sentido, el TEDH, por ejemplo en el Caso Oberschlick, sentencia de 23 de mayo de 1991, señala: «el Tribunal recuerda que la libertad de expresión constituye uno de los fundamentos esenciales de una sociedad democrática, una de las condiciones primordiales de su progreso y para la plenitud de todas las personas. No es sólo válida para las informaciones o ideas acogidas con favor, sino también para las que contrarían, chocan o inquietan. Estos principios poseen una importancia particular para la prensa. La libertad de ésta proporciona de hecho a la opinión pública uno de los mejores medios para conocer y juzgar las ideas y actitudes de los dirigentes».

caso concreto, se hubieren de practicar sobre ella. La prensa podrá intervenir sin limitación sobre la primera pero respetando, eso sí, lo recogido en las segundas.

El sumario se integra de un conjunto de documentos que hacen referencia a unos hechos, pero la realidad es siempre más amplia que el sumario. En consecuencia, no cabe limitar la información relativa al objeto de unas diligencias procesales en tanto no afectaren directamente a las mismas. Como indica la antes mencionada STS de diecinueve de octubre de mil novecientos noventa y cinco: «el secreto sumarial se circunscribe por tanto al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentada en los folios correspondientes, así como los dictámenes periciales y demás documentos que se incorporan a la causa» (22). En definitiva, todo lo que no forme parte estricta de las diligencias podrá ser revelado porque no hay sector alguno de la realidad que pueda sustraerse en bloque a la libertad informativa. A partir de ahí, el acceso de la prensa a los Juzgados va a ser constante y sin trabas, máxime cuando, para colmo, la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo reconoce que «las partes intervinientes en actuaciones sumariales que alcanzan un interés público relevante hacen manifestaciones a la salida de las dependencias judiciales relatando con mayor o menor minuciosidad el contenido de las diligencias practicadas». Lo que lleva a «aconsejar replantear cuál es el alcance y verdadero significado actual del secreto sumarial» (23), antes que a intentar remediar la situación.

Las consecuencias de lo anterior parecen no haber sido analizadas en toda su profundidad. En el fondo, el carácter prevalente de la libertad de información en los ordenamientos contemporáneos viene determinado, como tantas veces hemos indicado, por su condición de garantía de la formación de la opinión pública que constituye la base sobre la que descansa cualquier Estado Democrático. Esto es cierto, pero no debe llevar a olvidarnos que,

(22) Por su parte, el Auto AP de Vizcaya de 15 de diciembre de 1995, citando la mencionada STS de 19 de octubre de 1995 reitera: «el secreto sumarial se circunscribe, por tanto, al contenido de las declaraciones de los imputados y testigos, documentadas en los folios correspondientes, así como a los dictámenes policiales y demás documentos que se incorporan a la causa, pero no pueden extenderse a resoluciones interlocutorias o de fondo que resuelven cuestiones relativas a la situación personal de los imputados o aquellas relacionadas con las responsabilidades civiles...» y añade: «en síntesis lo que debe ser resguardado es todo aquello que perjudica el éxito de la investigación o afecta a la intimidad o seguridad de las personas inmersas en un proceso penal».

(23) STS de 19 de octubre de 1995, repetidamente citada.

como también indica el art. 10 de la Constitución española, la dignidad de las personas es el «fundamento del orden político y de la paz social» y que lo que conocemos como civilización occidental no puede entenderse sin la misma. Y decimos esto porque el problema de la información en los tribunales no supone otra cosa, en la práctica, que una permanente colisión entre esa libertad y la profunda dignidad de todos aquellos que, en un concepto u otro, deben comparecer ante el Juez. Durante siglos, más graves aún que las condenas impuestas eran las penas infamantes que las acompañaban. No se trataba tanto de prevenir el delito o restablecer el daño ocasionado por el mismo cuanto de humillar anímicamente a los que se hubieron apartado de las normas de la comunidad. ¿No constituirá la prensa, en ocasiones, el nuevo sambenito a sufrir por quienes transgreden el orden social? En ese caso, la simple compasión que es la base de todo sentimiento civilizado nos debería llevar a rebelarnos enérgicamente frente a esa situación.

Por otra parte, otra cuestión que debe ser tenida igualmente en cuenta es la relativa a la repercusión que los denominados «juicios de papel» puede tener sobre la serenidad de ánimo de los tribunales de justicia y, por tanto, sobre su imparcialidad. Se trata de un tema que fue objeto de interesante tratamiento por el TEDH, en el caso «Sunday Times» resuelto por sentencia de 26 de abril de 1979. El Tribunal hacía referencia al peligro de que se produjera «una usurpación de las funciones de los tribunales si se incitaba al público a formular una opinión sobre una instancia que estaba todavía pendiente o si las partes debían sufrir un «proceso en la prensa»... Si se acometen con antelación los puntos en litigio de una forma tal que el público se forma sus propias conclusiones se corre el riesgo de perder el respeto y la confianza en los Tribunales. Además, si el público se habitúa al espectáculo de un seudoproceso en los medios de comunicación pueden darse, a largo plazo, consecuencias nefastas para el prestigio de los Tribunales como órganos cualificados para conocer de los asuntos jurídicos» (24).

(24) Bien es verdad que, en este caso y a pesar las consideraciones señaladas, el Tribunal optó por dar prevalencia a la libertad de información dado que «el artículo 10 (del Convenio) garantiza no solamente la libertad de la prensa de informar al público, sino también el derecho de este último a recibir una información adecuada». Y había de tenerse en cuenta que el hecho que servía de base a las publicaciones, la catástrofe de la talidomida, «preocupaba, sin duda alguna, a la opinión pública. Planteaba el tema de saber si la poderosa compañía que había distribuido este producto farmacéutico había hecho frente a su responsabilidad, tanto jurídica como moral, hacia centenares de personas que vivían una horrible tragedia personal o si las víctimas no podían exigir o esperar otra indemnización que la de toda la colectividad; planteaba cuestiones fundamentales de prevención y reparación de los daños resultantes de descubrimientos científicos y obligaba a considerar de forma especial los aspectos del derecho vigente en esta materia».

Se trata de un aspecto que no puede ser obviado. ¿Hasta qué punto los Tribunales de Justicia pueden fallar con la necesaria frialdad y aislamiento cuando la prensa y el público han decidido ya con rotundidad? Por muy competentes y maduros psicológicamente que pudieran ser los magistrados, los riesgos serían muy grandes... Corremos el peligro, en consecuencia, de que en un plazo no muy lejano los tribunales de justicia se limiten a sancionar lo previamente decidido por las masas. La venganza privada y los sentimientos inconscientes de crueldad volverán a recuperar una posición que el «pacto social» les había privado. Puede ser exagerado, es cierto, pero en una materia como ésta cualquier preocupación es pequeña. Ello no obstante, debemos reconocer que se trata de un camino que tiene difícil vuelta atrás. La posibilidad de restringir, hoy por hoy, lo conseguido por la prensa parece escasamente realista. Nuestra sociedad no puede ser entendida sin el carácter expansivo de la información, todos los aspectos de la realidad están condicionados por ella. En consecuencia, una modificación importante en este aspecto implicaría un cambio de modelo social difícilmente previsible.

La única solución, si es que existe, estaría en el «autocontrol», en la responsabilidad a la hora de escoger los contenidos periodísticos. Desde el momento en que el público rechaza determinadas informaciones, los «medios» dejarían de proporcionárselas. Es un problema estricto de calidad, pues la mayor cultura obliga inmediatamente a un cambio de lo que se ofrece. Y es evidente que la sociedad podría satisfacer sus lógicos deseos de conocimiento de la realidad judicial sin querer prejuzgar sobre la misma y sin buscar sus aspectos más morbosos. Si se parte del convencimiento, fruto de la educación de las masas, de la necesidad profunda de que los tribunales decidan con imparcialidad, respetando la independencia de sus miembros y se acepta, igualmente, la profunda dignidad de los seres humanos, por muy graves o escandalosos que pudieren ser los delitos cometidos, dejaría de interesar inmediatamente lo que se apartare de dichos criterios. Lo que obligaría a modificar la forma de trabajar de los «medios». Parece que la única esperanza que nos queda radica en una transformación de la sensibilidad ciudadana...

3. LA NECESARIA IMPARCIALIDAD

Estamos en un momento de cambio de valores que suscita cuestiones nuevas para las que difícilmente podremos tener todavía respuesta, entre otras razones porque se está perdiendo seguridad intelectual. Quedan pocas cosas claras, es evidente. Una de ellas es que el Juez sigue ejerciendo autén-

tico poder. La forma de expresarlo es la que ha experimentado una importante variación, desde la oscuridad a la luz. Durante siglos, el magistrado consideró que participaba en una función «sagrada», que no era de este mundo. En consecuencia, la responsabilidad por sus actos sólo podía ser exigida por la divinidad, y el resto carecía de interés. Por eso buscaba el aislamiento, permaneciendo al margen del común de los hombres, porque sólo en la soledad de su conciencia podría decidir con serenidad. La opinión del ciudadano no necesitaba tenerse en cuenta, aunque sólo fuera por el hecho de que no podría comprender los mecanismos técnicos que conducían al «fallo». Es verdad que estos planteamientos suponían una mera «ideología» pero condicionaron esencialmente la labor judicial, la marcaron. Hoy día, los tribunales de justicia han sido secularizados. Se han convertido en órganos formados por simples seres humanos cuya actividad puede ser objeto de observación y crítica. En consecuencia, sus titulares son conscientes de que la posición de poder que mantienen depende del talante de sus resoluciones, de su conexión con los deseos de la sociedad.

Una conclusión de esta índole podría servir para argumentar en contra del pretendido déficit de legitimación democrática de la Justicia, al posibilitar, de manera ciertamente indirecta, la sintonía de las resoluciones judiciales con el sentir mayoritario del pueblo. La publicidad de las actuaciones serviría en la práctica para asegurar la voz de la ciudadanía en el mundo de la Justicia. Sería una manera de evitar jueces ajenos a la realidad social, sin que implicara, es evidente, la sumisión de cada litigio a una especie de opinión popular determinante. Si el hacer judicial es sometido legítimamente a la crítica, es porque se acepta que su contenido puede tener importancia. En consecuencia, el Juez concreto, dependiendo de la influencia doctrinal o social del que la dirige, se sentirá más o menos condicionado por ella. A la larga, un rechazo sistemático del comportamiento de determinado tribunal no dejaría de surtir efectos en el sentido de sus fallos, o en la manera de entender el proceso. Tal cosa no tiene por qué afectar, en principio, a la libertad e independencia judicial sino exclusivamente a la responsabilidad y conciencia del órgano de que se trate.

Esto es pura teoría, sin embargo. Una manera admisible estéticamente de justificar lo que está ocurriendo pues, en la práctica, los efectos de la publicidad caminan por senderos distintos de los de la racionalidad. Teniendo en cuenta lo que señalábamos anteriormente, hoy día una justicia desarrollada ante el público puede convertirse, en gran medida al menos, en una función dirigida a obtener el aplauso. Si así se produjere, en la labor jurisdiccional

diccional pasaría a intervenir un tercero, el espectador, que podría condicionarla esencialmente. Y es que la posibilidad de permanecer en la sombra, al menos en los supuestos de relevancia, deviene imposible. La prensa necesita personalizar la decisión no ya por razones de transparencia sino por el simple deseo de mantener la intensidad de un espectáculo del que permanentemente vive. En el teatro, los distintos papeles están representados por hombres en los que el público proyecta sus deseos y temores. En la misma forma, para seguir con interés la crónica de tribunales, se reclamarán los datos identificadores de todos sus personajes, uno de ellos, y de los más importantes, el Juez.

Por otra parte, frente a este asalto a su intimidad, el personal judicial ha carecido de un discurso intelectual coherente. Por el contrario, las consideraciones relativas a la necesidad de evitar el aislamiento social y la desconexión con los problemas de sus contemporáneos determinó que amplios sectores, al menos de la judicatura española, observaran la presencia de las cámaras como una manifestación de apertura hacia la sociedad. Se pensaba que era una manera de combatir el oscurantismo de unos compañeros arcaicos en una atmósfera intelectual propia de tiempos superados. La libertad, también en los tribunales de justicia, parecía exigir el aire joven de los chicos de la prensa. Y probablemente era verdad. El problema estaba en los límites, pues la distinción entre una información seria y contrastada sobre lo que es interés del público en el ámbito judicial y la transmisión de sus aspectos más superficiales y llamativos sólo podría haberse realizado por una clase periodística con un nivel y preparación técnica que a la larga no ha sabido mantener, probablemente porque la generalidad de sus lectores ha demandado otra cosa.

La dificultad de reaccionar con rapidez a los cambios de situación determinó que amplios sectores de los jueces y magistrados españoles hayan estado defendiendo posiciones favorables a la ilimitada libertad de los «medios» cuando estaba claro que, por lo menos en determinados casos, sería preciso ponderar la incidencia de su actuación sobre otros bienes jurídicos cuya protección resulta indispensable en una sociedad que se quiere avanzada. Entre ellos, evidentemente, el derecho profundo a la defensa de todos los que, en un concepto u otro, resultan afectados por un proceso. Por otra parte, es indudable que las cámaras seducen. El contacto frecuente con las mismas halaga a cualquiera, sobre todo si contribuye a difundir la idea de tu propia importancia, de tu eficacia o responsabilidad...La contemplación de la imagen conecta con los aspectos más profundos del narcisismo indi-

vidual, aunque no parece bueno que los jueces se dejen seducir, ni siquiera por su propia imagen.

En cualquier caso, es evidente que en los últimos años se ha producido un fenómeno de protagonismo judicial totalmente sorprendente para una cultura jurídica clásica. La justicia antes anónima, y sobre todo discreta, empieza a tener unos nombres y apellidos cuya popularidad, brillantez y éxito social no van a dejar de ejercer influencia sobre el propio contenido de sus resoluciones. El descrédito de la clase política en determinados países europeos, mera consecuencia psicológica en lo que aquí interesa de haber sido levantados todos sus velos, refuerza el interés por un poder hasta ahora desconocido, y al que de hecho aparecen sometidos los restantes. Por otra parte, los jueces y magistrados son detentadores de un saber técnico de reglas no accesibles al profano, lo que refuerza su misterio y prestigio. Los entresijos del juego político parecen sobradamente conocidos por todos los ciudadanos, y dejan de tener interés desde el momento en que el sistema funciona tan normalmente que parece carecer de alternativas. Por el contrario, la vida judicial parece ofrecer tantas vicisitudes y sorpresas...

Todo esto podría tener una importancia relativa si sus consecuencias quedaran limitadas al campo de la psicología individual. La vanidad del Juez, sus deseos de triunfo o reconocimiento, carecerían de trascendencia si sólo afectaran a su personalidad. Sin embargo, esto no parece posible, no sólo, como es lógico, porque su mayor o menor equilibrio terminará reflejándose en la actuación procesal sino porque el protagonismo de un magistrado puede tener importantes consecuencias sobre uno de los requisitos esenciales de la función jurisdiccional, la imparcialidad. Si a la sociedad se le ofrecen datos personales de sus juzgadores, más allá de las referencias genéricas a su sabiduría o bondad que el pueblo siempre ha retenido, sería normal que salieran a la luz aspectos relativos a sus filias y fobias, o a su manera de concebir la realidad social y, por tanto, los problemas concretos que pueden ser sometidos a enjuiciamiento. Y, si ello es así, la confianza que debe tener el justiciable, al someter su pretensión a un determinado órgano judicial, podría quebrarse desde el momento en que conociera que los planteamientos intelectuales, o meramente personales, de dicho órgano no son favorables a sus tesis.

La cuestión es mucho más grave cuando el titular judicial fuere identificado, correcta o incorrectamente a estos efectos es indiferente, por su participación activa en determinada contienda social o política, sobre todo si

tuviere a su cargo un órgano especializado en dicho tipo de conflictos. Los que deben acudir a él, mucho más si lo son en concepto de imputados, pueden experimentar serias dudas sobre sus intenciones previas, sus prejuicios, a la hora de decidir en derecho. La resolución del caso podría verse como una pieza de un juego situado más allá de los intereses concretos en litigio, y la desconfianza sería legítima. En esas condiciones, no sería posible juzgar sin desapasionamiento entre otras razones porque la hostilidad continua de la parte que se cree perjudicada haría imposible que el proceso se desarrollase con la necesaria serenidad. Y, en cualquier caso, el resultado sería impugnado no desde la técnica jurídica, lo que sería normal y para eso se ha establecido desde siempre el instrumento procesal de los recursos, sino desde la propia honestidad de los jueces, lo que si ocurre de forma sistemática les invalidaría como tales.

Ello no quiere decir que los jueces deban permanecer totalmente aislados del mundo exterior, de manera que no pudieran ser influenciados por las opiniones generadas en la sociedad. Sería una vana pretensión, por otra parte, pues el tipo de sociedad que hemos creado lo imposibilitaría, salvo supuestos patológicos de incomunicación individual que no parecen deseables. Como señalábamos anteriormente, la realidad actual es la que es. En consecuencia, no cabe prescindir del hecho de que los asuntos de trascendencia social van a generar interés periodístico y, por tanto, debate y difusión que inevitablemente afectarán al proceso. Lo que no tiene por qué repercutir en la imparcialidad del órgano judicial pues, en esos supuestos, debe presumirse que su profesionalidad es capaz de tomar conciencia de los factores de presión ínsitos en la publicidad, y superarlos.

Tampoco sería racional defender la idea de magistrados desideologizados, tal y como lo pretendían los partidarios de una justicia que formase su convicción mediante reglas exclusivamente «neutrales» y técnicas. No hace falta aceptar las concepciones científicas del marxismo para concluir que dicho pensamiento encerraba también una ideología, la que pretendía que el Derecho carece de conexión alguna con las condiciones infraestructurales en las que surge y que, por tanto, puede moverse en la mera abstracción con intérpretes que descubren sus reglas mediante métodos asépticamente profesionales, lo que indudablemente fomentaba juristas conservadores. Por el contrario, y como diría Perfecto Andrés Ibañez, el Juez como todo ciudadano participa de una ideología, aunque lo negare o no fuese consciente, lo que no le convierte sin más en un Juez político. En este sentido, el Tribunal Supremo, en sentencia de 28 de junio de 1982, señaló que no «puede equi-

pararse a la causa de recusación estudiada el interés ideológico u otros de carácter general o abstracto, los cuales de prosperar impedirían a todos los integrantes de la carrera judicial, por uno u otro motivo, más o menos espacioso, conocer de cualquier clase de proceso o causa» (25). Efectivamente, todos y cada uno de los jueces y magistrados tienen un determinado origen sociocultural, lo que no impide que sean imparciales (26).

El problema no se encuentra en estos supuestos, sería absurdo. No se puede pedir al Juez que permanezca en una urna de cristal o que sea tan insensible que no experimente reacciones mentales ante los sucesos del mundo exterior. Es mucho más sencillo, se trata de que no las manifieste, que no deje traslucir sus convicciones de carácter ideológico o partidario en la escena pública, sobre todo si pueden referirse a asuntos que son objeto de procedimiento judicial. Caso contrario, los que deban acudir ante él van a sospechar, inevitablemente, que el resultado de la litis se encuentra decidido. Y en un sentido acorde con lo que se ha dado a entender de su personalidad. Para ellos, el procedimiento constituiría una mera formalidad carente de relieve, lo que debemos poner en relación con la doctrina, tantas veces reiterada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (27), según la cual

(25) *Vide.* CALVO SÁNCHEZ, MARÍA DEL CARMEN: «Reflexiones sobre la causa novena del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: «Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa». Poder Judicial. núm. 113, 1989.

(26) El Tribunal Constitucional, por su parte, ha dejado sentado en autos de 4 de mayo y de 20 julio de 1983 que la tenencia de una ideología no puede ser controlada por los poderes públicos, pues resultaría atentatorio al principio constitucional de la igualdad. Concretamente, el que lleva el número 195/83, de 4 de mayo, señala lo siguiente: «El problema que, desde el punto de vista constitucional, plantea el incidente de recusación propuesto por el demandante es el de sí, aun estimando que concurriese la «enemistad ideológica» que denuncia, podría afirmarse que tal actitud anímica constituirá el «interés directo o indirecto» al que se alude en el art. 54.9 de la LECrim... En el sistema de valores instaurados por la Constitución de 1978, la ideología es un problema privado, un problema íntimo, respecto al que se reconoce la más amplia libertad como se desprende de los números 1 y 2 del art. 16 de la propia CE. Las ideas que se profesen, cualesquiera que sean, no pueden someterse a enjuiciamiento, y nadie, como preceptúa el art. 14 de la CE, puede ser discriminado en razón de sus opiniones. Hallándose, pues, sustraída la ideología al control de los poderes públicos y prohibida toda discriminación en base a la misma, es claro que las opiniones políticas no pueden fundar la apreciación por parte de un Tribunal, del interés directo o indirecto que el art. 54.9 de la LECr conceptúa como causa de recusación».

(27) Según el art. 6.1 del Convenio Europeo, «toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la Ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella...».

en materia judicial «incluso las apariencias tienen importancia...Esto se debe a la confianza que los tribunales de justicia deben inspirar a los justiciables, comenzando en el orden penal por los acusados» (28). Lo que no debe entenderse de una manera meramente retórica pues «en una sociedad democrática, en el sentido que dicha expresión otorga el Convenio, el derecho a una administración correcta de la justicia ocupa un lugar tan eminente que una interpretación restrictiva del art. 6.1 no se correspondería con los fines que busca dicho artículo...» (29).

Es una cuestión de apariencias efectivamente. Por tanto, independiente de los condicionamientos reales del juzgador pues, como continua indicando el TEDH (30), «en su sentencia Piersack de 1 de octubre de 1982, el Tribunal ha precisado que la imparcialidad puede apreciarse de diversas formas: hay lugar para distinguir entre una perspectiva subjetiva, tratando de determinar lo que tal juez pensaba en su fuero interno en tal ocasión y una perspectiva objetiva, dirigida a comprobar si ofrecía garantías suficientes para excluir a este respecto toda duda legítima». No basta con que el Juez concreto carezca de prejuicios, es necesario también que parezca que no los tiene. Es indudable, sin embargo, que no podrían admitirse dudas meramente subjetivas, nacidas del delirio o de la exposición interesada de la parte, que no puedan ser constatadas. Por ello, para resolver si en un determinado caso hay un motivo legítimo para temer que un juez no sea imparcial, «el punto de vista del acusado es importante, pero no es decisivo. Lo que si será decisivo es que sus temores estén objetivamente justificados» (31).

(28) Caso De Cubber, STEDH de 26 de octubre de 1984. En el caso Piersack, sentencia de 1 de octubre de 1982, el Tribunal se refiere también a «la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática». Y, como indica el mismo Tribunal, «según un adagio inglés citado particularmente en la sentencia Delcourt de 17 de enero de 1970 justice must not only be done: it must also be seen to be done».

(29) Caso Delcourt, STEDH de 17 de enero de 1970.

(30) En el citado caso De Cubber, sentencia de 26 de octubre de 1984. Igualmente, en el Caso Saraiva de Carvalho, sentencia de 22 de abril de 1994: «en el sentido del art. 6.1, la Corte recuerda que la imparcialidad debe ser valorada desde un punto de vista subjetivo, buscando determinar la convicción personal de un determinado juez en un determinado momento, y también desde un punto de vista objetivo, buscando verificar si ofrece garantías suficientes para excluir a este propósito toda duda legítima (v. entre otras la sentencia de 24 de febrero de 1993, en el caso Fey c. Austria)».

(31) Caso Hauschildt, sentencia del tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de mayo de 1989.

¿Pero, por qué los temores pueden justificar el apartamiento de un Juez cuya falta de honestidad no haya podido acreditarse? (32). En esencia, porque la función jurisdiccional no puede comprenderse sin la existencia de ficciones, lo suficientemente fuertes e importantes como para que el mundo del Derecho carezca de sentido sin ellas. Así, la idea de que las «causas» han de resolverse exclusivamente con arreglo a ordenamiento jurídico, y según las exigencias de la justicia, constituye una de las bases sobre la que se asienta nuestra civilización. El concepto mismo del «pacto social» suponía que los conflictos que derivaren de la aplicación de las normas legales, mucho más cuando se tratase de la vulneración de las de carácter penal, debían ser resueltos por Jueces que no atendieren a otras consideraciones que las meramente jurídicas, pues habrían sido nombrados por la comunidad precisamente en base a su preparación o bondad. En la práctica, son innumerables los factores, incluso meramente psicológicos, que pueden alterar dicho principio pero lo cierto es que constituye un modelo del que, desde el punto de vista teórico, no es posible prescindir. También pueden darse casos aislados de magistrados incompetentes o corruptos, pero si esto fuere aceptado como regla el clima de confianza necesario para mantener la función de juzgar desaparecería. Y, en el caso concreto, impediría que el justiciable desarrollase con serenidad su pretensión. Los temores y sospechas de parcialidad podrían no ser reales, de conocerse el pensamiento último del juzgador, pero si se dieran alterarían las condiciones normales del «juicio» (33).

Y es que repercutirían inmediatamente sobre el derecho de defensa de los justiciables pues, sobre todo en materia penal y en la línea del Juez Zekia, podríamos decir que si una persona acusada de un delito sospecha, además, de la honestidad del tribunal que le va a juzgar se le sumerge en la desesperación. «Y una persona desesperada defiende su inocencia con una

(32) Cuando, además según ha declarado reiteradamente el TEDH, la imparcialidad personal de un Magistrado se presume siempre. Así, por ejemplo en el Caso Albert y Le Compte, resuelto por sentencia de 10 de febrero de 1983: «el Tribunal suscribe esta última conclusión. La imparcialidad personal de los miembros de un Tribunal debe presumirse en un principio, salvo prueba en contrario».

(33) En el antes citado Caso Hauschildt, sentencia de 24 de mayo de 1989, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señalaba que es necesario averiguar si, «con independencia de la conducta personal del juez, algunos hechos que pueden comprobarse permiten poner en duda su imparcialidad. A este respecto, incluso las apariencias pueden ser importantes. Lo que está en juego es la confianza que los tribunales de una sociedad democrática deben merecer a los que acuden a ellos y, sobre todo, en cuestiones penales a los acusados. Por consiguiente, cualquier juez de quien se pueda temer legítimamente la falta de imparcialidad debe ser recusado».

voluntad considerablemente disminuida» (34). En las causas criminales, la protección de los derechos del imputado es fundamental. Así, como indica el TEDH, el ejercicio de estos derechos está inseparablemente unido al principio mismo de imparcialidad del tribunal sentenciador. Ante éste se presume que el acusado es inocente y debe disponer de un especial ambiente psicológico para formular sus planteamientos. Por tanto, si se llegara a encontrar con magistrados que le ofrecieran dudas, su defensa, «tropezará inevitablemente con una «barrera psicológica» que le impedirá presentar eficazmente ante el tribunal su versión de los hechos» (35). El Juez se debe limitar a juzgar. En cuanto diere motivos para entender que se coloca, aunque sólo fuera mentalmente, al lado de la parte acusadora desaparecerían todas las garantías, pues el imputado debería agotar gran parte del esfuerzo intelectual que supone la defensa en desvanecer la hostilidad del juzgador, o combatir contra el mismo, lo que le situaría en desventaja frente a la acusación, quebrando el principio de «igualdad de armas».

Históricamente, la existencia de una organización judicial constituía en sí misma una garantía. Expresaba la voluntad social de resolver los conflictos con arreglo a racionalidad, es decir, a Derecho. Sin embargo, cuando el desarrollo cultural y la sensibilidad jurídica han convertido en impensable que desaparezcan los «jueces en Berlín», psicológicamente aumenta el nivel de exigencia (36): las decisiones de los jueces no son válidas en sí mismas sino en cuanto son expresión de la absoluta neutralidad. El magistrado deja de ser «un ciudadano libre de toda sospecha» pues decir el derecho implica un poder y, por tanto (37), también una enorme responsabilidad ante

(34) El Juez Zekia formó parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo relevantes sobre todo algunos de sus votos particulares, tanto por su calidad jurídica como por la belleza de exposición.

(35) Ver la opinión de la Comisión (contraria a la apreciación de la vulneración por nueve votos contra siete) en el caso Hauschildt y el voto particular disidente contra la misma, del señor Vandenberghe, compartido por los señores Ermacora, Tenekides, Kiernan, Gözübüyük, Weitzel y Batliner.

(36) Como dice VIVES ANTÓN, TOMÁS S.: en «Comentarios a la Ley de medidas urgentes de Reforma procesal. II. La reforma del Proceso Penal», pág. 129, «la confianza (o el exceso de confianza) en el Poder Judicial es peligrosa. Y ese peligro se acrecienta si procede de sus propios miembros, si se trata de una autoconfianza que recaba apoderamientos cada vez más amplios».

(37) La sentencia, expresión última y más importante del enjuiciamiento es, como dice RODRÍGUEZ AGUILERA, C.: «La sentencia». Barcelona. 1974, pág. 63», «una operación humana de la inteligencia y de la voluntad». Sería preciso, en consecuencia, que esa voluntad no fuere mediatizada en modo alguno.

una sociedad que exigirá el mayor grado de independencia e imparcialidad a una función que sólo puede justificarse en cuanto dirigida al servicio de la totalidad, y no de las ideas previas o sentido personal de la justicia de quienes la ejercen por muy elevados, desde el punto de vista moral, que pudieran ser. Sería absurdo reivindicar de nuevo la concepción mecánica del Juez, pero tampoco parece muy prudente concederle un exceso de protagonismo.