

# LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

**Dr. Francisco Castillo González**  
Profesor de Derecho Penal.  
Universidad de Costa Rica.

PRESENTACION

Excmos. señores: Señores jueces y señores magistrados de la Corte Suprema de Justicia, señores jueces de la Sala IV, señores jueces de la Sala V, señores jueces de la Sala VI, señores jueces de la Sala VII, señores jueces de la Sala VIII, señores jueces de la Sala IX, señores jueces de la Sala X, señores jueces de la Sala XI, señores jueces de la Sala XII, señores jueces de la Sala XIII, señores jueces de la Sala XIV, señores jueces de la Sala XV, señores jueces de la Sala XVI, señores jueces de la Sala XVII, señores jueces de la Sala XVIII, señores jueces de la Sala XIX, señores jueces de la Sala XX, señores jueces de la Sala XXI, señores jueces de la Sala XXII, señores jueces de la Sala XXIII, señores jueces de la Sala XXIV, señores jueces de la Sala XXV, señores jueces de la Sala XXVI, señores jueces de la Sala XXVII, señores jueces de la Sala XXVIII, señores jueces de la Sala XXIX, señores jueces de la Sala XXX, señores jueces de la Sala XXXI, señores jueces de la Sala XXXII, señores jueces de la Sala XXXIII, señores jueces de la Sala XXXIV, señores jueces de la Sala XXXV, señores jueces de la Sala XXXVI, señores jueces de la Sala XXXVII, señores jueces de la Sala XXXVIII, señores jueces de la Sala XXXIX, señores jueces de la Sala XL, señores jueces de la Sala XLI, señores jueces de la Sala XLII, señores jueces de la Sala XLIII, señores jueces de la Sala XLIV, señores jueces de la Sala XLV, señores jueces de la Sala XLVI, señores jueces de la Sala XLVII, señores jueces de la Sala XLVIII, señores jueces de la Sala XLIX, señores jueces de la Sala L, señores jueces de la Sala LI, señores jueces de la Sala LII, señores jueces de la Sala LIII, señores jueces de la Sala LIV, señores jueces de la Sala LV, señores jueces de la Sala LVI, señores jueces de la Sala LVII, señores jueces de la Sala LVIII, señores jueces de la Sala LVIX, señores jueces de la Sala LX, señores jueces de la Sala LXI, señores jueces de la Sala LXII, señores jueces de la Sala LXIII, señores jueces de la Sala LXIV, señores jueces de la Sala LXV, señores jueces de la Sala LXVI, señores jueces de la Sala LXVII, señores jueces de la Sala LXVIII, señores jueces de la Sala LXIX, señores jueces de la Sala LXX, señores jueces de la Sala LXXI, señores jueces de la Sala LXXII, señores jueces de la Sala LXXIII, señores jueces de la Sala LXXIV, señores jueces de la Sala LXXV, señores jueces de la Sala LXXVI, señores jueces de la Sala LXXVII, señores jueces de la Sala LXXVIII, señores jueces de la Sala LXXIX, señores jueces de la Sala LXXX, señores jueces de la Sala LXXXI, señores jueces de la Sala LXXXII, señores jueces de la Sala LXXXIII, señores jueces de la Sala LXXXIV, señores jueces de la Sala LXXXV, señores jueces de la Sala LXXXVI, señores jueces de la Sala LXXXVII, señores jueces de la Sala LXXXVIII, señores jueces de la Sala LXXXIX, señores jueces de la Sala LXXXX, señores jueces de la Sala LXXXXI, señores jueces de la Sala LXXXXII, señores jueces de la Sala LXXXXIII, señores jueces de la Sala LXXXXIV, señores jueces de la Sala LXXXXV, señores jueces de la Sala LXXXXVI, señores jueces de la Sala LXXXXVII, señores jueces de la Sala LXXXXVIII, señores jueces de la Sala LXXXXIX, señores jueces de la Sala LXXXXX.

## LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO PROCESAL PENAL

Este código refleja el cambio del derecho costarricense y la preocupación de un orden de justicia del país. En este modo el desarrollo municipal y la integración por medio del artículo 42 de la Ley Orgánica Municipalidad sobre comités de distrito y subcomités en la forma del desarrollo para la publicidad antes que cualquier otra actividad en el desarrollo entre los tipos de funcionamiento legal y "Voluntad de voluntad" en el desarrollo general costarricense (Ley de Interacción Social) en la división entre el Código Penal General (Dr. Francisco Castillo) y el Ministerio Público en el proceso penal (Dr. Manuel Jiménez). A su vez, en el orden laboral se incluye el artículo del Libro IV del Código del proceso selectivo constituido de acuerdo con la legislación costarricense, comprometiéndose los trabajos de investigación con los cambios mínimos del Proceso Selectivo sobre los elementos de calificación del libro relativo a los libros de los trabajos de investigación y su influencia en América Latina y del Dr. Jiménez Rivera con relación a la voluntad del legislador.

En este modo, los trabajos municipales serán cubiertos y adecuados a la por de la legislación jurídica se hacen presentes en este artículo 42 32.

Dentro de este texto se incluye también una serie de libros un dictamen y un punto informativo.

- LA PUBLICIDAD EN EL CODIGO
- I. LA PUBLICIDAD "DE LEGE LATA". A. Concepto de publicidad.  
B. Funcionamiento del principio de la publicidad. II. CRITICA DEL  
DERECHO VIGENTE Y PROPOSICIONES "DE LEGE FERENDA". A.  
Razones que justifican una nueva formulación del principio de la  
publicidad, especialmente de los debates. B. Proposiciones "de lege  
ferenda".

BIBLIOTECA DE LA FACULTAD DE DERECHO

22515

3410  
R  
Nº 32  
CMOY (1960)  
1974

REV 16-1197.

BIBLIOGRAFIA

- BAUMANN, "Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Strafprozessrechts", 2. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, 1972.
- . "Ordnung und Unordnung", en ZRP, 1969.
- BELING, "Deutsches Reichsstrafprozessrecht", Berlin und Leipzig, 1928.
- BELLON GOMEZ, "Apuntes de Procedimientos Judiciales y Práctica Forense", Madrid, 1941, tomo III.
- BOCKELMANN, "Öffentlichkeit und Strafrechtsflege", en NJW 1960.
- VON CAMPE, "Die Öffentlichkeit, eine Gefährdung der Wahrheitsfindung im Strafverfahren?", GA, 1929 (Bd. 73).
- CLERC, "Réflexions sur la publicité des débats", en Schweiz. Zeitschr für Strafr., 1961 (Bd. 77).
- DELAQUIS, "Presse und Strafjustiz", en Schweiz. Zeitschr. für Strafr. 1930 (Bd 44).
- DALLINGER-LACKNER, "Jugendgerichtsgesetz" (Kurzkommentar), 2. Aufl., Berlin und München, 1965.
- BERGANDE, "Die strafrechtliche Behandlung jugendlicher Täter, die keiner längeren Erziehung bedürfen, in England, den Niederlanden, Frankreich, der Schweiz und Osterreich", Diss. Univ. Göttingen, 1970.
- GARRAUD, "Traité théorique et pratique d'instruction criminelle et de procédure pénale", Paris, 1912, Tomo III.
- GERLAND, "Litteraturbericht, Strafprozess und Gerichtsverfassung", en ZSTW 1936 (Bd. 55).
- GOMEZ-ORBANEJA y HERCE QUEMADA, "Derecho Procesal Penal", Madrid, 1972.
- HAUBER, "Die Funktionsverteilung zwischen Richtern und Sachverständigen im deutschen Jugendgerichtsverfahren. Zugleich ein Beitrag zur Gestaltung einer künftigen Jugendgerichtsverfassung", Diss. Univ. Freiburg i. Br., 1976.
- HELLWIG, "Ist Gefährdung der Wahrheitsermittlung im Strafverhren eine Gefährdung der öffentlichen Ordnung im Sinne von GVG Paragr. 172?", en JR, 1931.
- HERBST, "Öffentlichkeit der Hauptverhandlung, Arztgeheimis und Schutz der Menschenwürde", en NJW, 1969.

JESCHECK, "Die Bedeutung der Öffentlichkeit für die moderne Kriminalpolitik", en ZSTW, 1959 (Bd. 71) (citado, Jescheck, ZSTW 1959 (Bd. 71)).

JESCHECK, "I fondamenti filosofici del Progetto Tedesco di Codice Penale in Paragone con quelli della riforma penalistica italiana", en Studi in onore di Francesco Antolisei, Milano, 1965, Vol. II (citado, Jescheck, "I fondamenti...").

H. KAUFMANN, "Gramaticas System der Difesa Sociale und das deutsche Schulds-  
trafrecht", en Festschrift für v. Weber, Bonn, 1963.

KAISER, "Jugendrecht und Jugendkriminalität", Weinheim und Basel 1973.

KRAFFT, "De la publicité des débats", en Schweizerische Juristen Zeitung, 1954 (Bd. 50).

KÖHNE, "Ausschluss der Öffentlichkeit im Strafverfahren", en NJW 1971.

KOHLHAAS, "Bild- und Tonberichterstattung im Gerichtsverfahren", DRIZ, 1956.

KLEINKNECHT, "Strafprozessordnung Mit GVG und Nebengesetzen", 32. Aufl., Mün-  
chen, 1975.

KOENIGER, "Die Hauptverhandlung in Strafsachen", Köln, Berlin, Bonn, München,  
1966.

KMR (Müller-Sax) "Kommentar zur Strafprozessordnung und zum GVG und OWiG",  
6. Aufl., Darmstadt, 1966.

LEONE, "Lineamenti di Diritto Processuale Penale", Napoli, 1952 (citado, Leone,  
"Lineamenti...").

LEONE, "Trattato di Diritto Processuale Penale", Napoli, 1961 (citado, Leone,  
"Trattato...").

LEVASSEUR, "Liberté de la presse et justice pénale", en Schweiz. Zeitschr. für  
Straf., 1960 (Bd. 76).

LÖWE-ROSENBERG, "Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz mit  
Nebengesetzen". (Grosskommentar), 22. Aufl., 1971-1973.

LUDWIG, "Presse und Strafjustiz", en Schweiz. Zeitschr. für Strafr. 1930 (Bd. 44).

PEAN, "L'Erreur Judiciaire", These pour le Doctorat, Univ. Paris, 1895.

PETERS, "Strafprozess", Karlsruhe, 1966.

PRADEL, "Procédure Pénale", Paris, 1976.

RASSAT, Note a Cass. Crim de 11 Déc. 1968, en JCP 1969, II, 15898.

(J.M.) ROBERT, Note a Cass. 11 Déc. 1968, Dalloz-Sirey, 1969, Jurisp., 235.

SANTORO, voce "Pubblicità" (Diritto processuale penale), en Novissimo Digesto Ita-  
liano, Torino, 1957, tomo XIV.

SCHAFFSTEIN, "Jugendstrafrecht", 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, 1966.  
(Eb.) SCHMIDT, Anm. zu BGH St, Urt. vom 2.7. 1969, en JZ, 1970.

SCHWABE, "Die Öffentlichkeit des Rechtsverfahrens", en DR, 1936.

SEIBERT, "Die Öffentlichkeit in grossen Strafverfahren", en NJW, 1970.

STOCK, "Strafprozessrecht" (Ein Grundriss) Tübingen, 1952.

TÖWE, "Die Öffentlichkeit im neuen Strafverfahren", GS 1936 (Bd. 107).

ULMEN, "Das Schuldinterlokut" "Die Teilung des Strafverfahrens in zwei Abschnitte:  
Schuldspruch und Strafausspruch. Zugleich ein Beitrag zur Strafprozessreform",  
Diss., Univ. Bonn, 1973.

WETTSTEIN, "Der Öffentlichkeitsgrundsatz im Strafprozess", Zürich, 1966.

ZIPF, "Der Anspruch des Angeklagten auf Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutze  
des Privatbereichs BGH St 23, 82" en JuS, 1973.

ZIPF, "Strafprozessrecht", 1972.

## I. PUBLICIDAD "DE LEGE LATA"

1. A diferencia de lo que ocurría en el ordenamiento anterior, el nuevo código procesal penal dispone en su artículo 359, aplicable al juicio común, que "El debate será . . . público, bajo pena de nulidad . . .". El artículo 396 del mismo ordenamiento dispone también que "... el documento (en que consta la sentencia) será leído, bajo pena de nulidad, ante los que comparezcan".

Las reglas de publicidad de los debates y de la sentencia rigen también, bajo pena de nulidad, en los juicios especiales (Arts. 415, 427 "a contrario" y 443 Cpp) y en los recursos de revisión y de casación (Arts. 480 y 493 Cpp). A los juicios especiales y a los recursos mencionados es también aplicable el artículo 360 Cpp, que rige para el juicio común.

Es necesario, en consecuencia, determinar qué se entiende por publicidad en los artículos mencionados.

### A. Concepto de publicidad.

2. Ni el artículo 359, ni el 360, ni el 396 Cpp definen el concepto de publicidad. El artículo 359 establece que cuando no existan las causales que permiten al Tribunal prescindir de la publicidad, o cuando las mismas hayan desaparecido, "se deberá permitir el acceso al público". Una interpretación "a contrario" del artículo 360 indica, que toda persona tiene derecho de entrar en la sala de audiencias, excepto "los condenados por delitos contra las personas o la propiedad, los dementes, los ebrios y los menores de 15 años". El mismo artículo indica que por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, el Tribunal podrá ordenar el alejamiento (de la sala de audiencias) de toda persona cuya presencia no fuere necesaria, o limitar la admisión a un determinado número (de personas). Por último, el artículo 396 dispone que, después de constituirse el Tribunal en la Sala de Audiencias y después de ser convocados verbalmente el fiscal, las partes y sus defensores, el documento (que contiene la sentencia) será leído "ante los que comparezcan".

De la combinación de los artículos 359, 360 y 396 Cpp podemos deducir el siguiente concepto de publicidad: es la posibilidad que tiene cualquier persona, que no es participante en el proceso, de estar pre-

sente en aquellos actos procesales que el legislador dispone deben realizarse en público; esto es, respecto a los cuales el legislador no dispone el secreto ni restringe el conocimiento de los mismos a un círculo reducido de personas.

### 1. Notas características del concepto.

3. De la anterior definición de publicidad podemos deducir las siguientes notas características de ese concepto:

a-1) Publicidad implica la posibilidad para el público de estar presente en la sala de audiencias y de poder seguir inmediatamente "de visu" y "de auditu" los debates<sup>1</sup>. Público es cualquier persona; es un grupo indeterminado de personas cuya característica esencial es que, por carecer de un interés directo o inmediato en el asunto que se juzga o por no haber sido llamados por el Tribunal para la realización de un acto procesal determinado, no tienen derecho ni obligación de asistir a esos actos procesales: su presencia no es necesaria en la causa<sup>2</sup>. De aquí que la prescindencia de la publicidad no implique siempre la exclusión de personas que tienen obligaciones o intereses procesales de o para estar presentes. Por lo menos con relación al debate, la exclusión de la publicidad —esto, la exclusión del público—, no convierte el proceso en secreto sino en privado, porque el mismo se desarrolla siempre en presencia de las personas procesalmente interesadas en la causa<sup>3</sup>.

a-2) Los términos "publicidad", "privacidad" y "secreto" son aspectos de la disciplina jurídica del conocimiento de los actos procesales<sup>4</sup>. Esos términos expresan el círculo de personas que tienen acceso normativamente a los actos procesales. "Publicidad" implica, como se dijo, acceso del público al conocimiento de determinados actos procesales y se opone a lo secreto, que es únicamente de conocimiento de los funcionarios competentes y a lo privado, que sólo debe ser conocido por el círculo de participantes en el proceso<sup>5</sup>.

## 2. Publicidad y secreto.

4. El legislador parte de la distinción entre "publicidad", "privacidad" y "secreto". Los conceptos cardinales de la distinción son la "publicidad" y lo "secreto"; el concepto de "privacidad" es un concepto intermedio al cual pueden acceder algunos actos públicos o algunos actos secretos, pero no todos los actos públicos ni todos los actos secretos. Publicidad debe existir siempre, sin excepciones, en la lectura del documento que contiene la sentencia, bajo pena de nulidad (Art. 396 Cpp), mientras que secreto debe existir siempre, también sin excepciones y bajo pena de nulidad en la deliberación (y votación) de la sentencia (Art. 392 Cpp; Arts. 493, 481 Cpp). En la instrucción vale, como regla general, el secreto<sup>6</sup>, pero el Código permite cierto grado de privacidad, en tanto que autoriza a los defensores de las partes (Arts. 191, 192, 193, 194, 195 Cpp) y a veces a las partes (Arts. 191 y 194 Cpp) asistir a la mayoría de los actos de la instrucción, "siempre que ello no ponga en peligro la consecución de los fines del proceso o impida una pronta y regular actuación" (Art. 193 Cpp). Los debates son, por regla general, públicos, pero pueden realizarse en forma privada (Art. 359 Cpp), cuando la publicidad afecte ciertos valores que, según la valoración del legislador, están por encima de la publicidad. De lo anterior puede concluirse que mientras el secreto de la instrucción está en una relación funcional positiva con los fines de la instrucción o la prontitud y rapidez de la actuación, porque el legislador permite cierta intervención de las partes, en tanto que esos valores no corran peligro, la publicidad de los debates está en relación funcional negativa con valores como seguridad pública o moral (pública), porque la publicidad existe en tanto que ella no afecte esos valores; si ello ocurre o puede ocurrir, los debates se realizan en forma privada.

5. Cuál es el fundamento de la distinción legislativa entre "publicidad", "secreto" y "privacidad" y por qué determinados actos procesales son siempre públicos, mientras que otros son siempre secretos? Por qué establece el legislador el secreto de la instrucción como principio —las excepciones permiten cierta intervención de las partes, pero nunca la publicidad—, mientras que establece la publicidad de los de-

6. En tal sentido, Leone, "Trattato...", Vol. II, pág. 334, quien comenta reglas idénticas a las del código procesal penal costarricense. Es claro que siendo en la instrucción el principio general el secreto, la privacidad de las actuaciones, cuando sea permitida, no puede ser de igual intensidad que la privacidad de los debates, porque en éstos el principio general es la publicidad. Por ello establece el art. 194 Cpp. que las partes funcionarios, empleados y demás personas que intervengan en el juicio "deberán guardar secreto sobre todos los actos y constancias de la instrucción".

<sup>1</sup> Bockelmann, N.J.W., pág. 217; Leone, "Trattato", Vol. 11, pág. 334; Stock, pág. 137.

<sup>2</sup> Wettstein, pág. 35.

<sup>3</sup> Clerc, pág. 238; Bellón Gómez, Tomo III, pág. 295 s.; Santoro, tomo XIV, pág. 512.

<sup>4</sup> Santoro, tomo XIV, pág. 512.

<sup>5</sup> El derecho canónico creó, entre lo público (cosas accesibles a todos) y lo secreto (cosas accesibles a los funcionarios), el concepto de cosas simplemente ocultas, que eran conocidas por un grupo reducido de personas, especialmente las interesadas en el proceso (Clerc, pág. 233). Esta innovación permitía que las partes, bajo ciertas condiciones, pudieran seguir ciertas operaciones de la instrucción, por lo que se denominó "publicidad de la instrucción", término inexacto, por que en realidad la instrucción no era pública. La doctrina alemana denomina el fenómeno con el nombre de "Parteiöffentlichkeit" (publi-

bates como principio —las excepciones permiten la privacidad, pero nunca el secreto de los debates?—.

El secreto de las deliberaciones (y de las votaciones) se fundamenta en el hecho de que las decisiones judiciales deben salir a la luz pública, en interés general, como una unidad. Por consiguiente, las deliberaciones y las votaciones, que son etapas necesarias de la formación de la voluntad conjunta expresada en la sentencia, deben ser secretas y quedar fuera de la crítica pública<sup>7</sup> y de la crítica de las partes: la autoridad de las decisiones quedaría mermada si trascendieran al exterior la diversidad de opiniones y el número de votos reunidos para el acuerdo. El hecho de que el principio general sea el secreto de la instrucción y que las excepciones nunca puedan desembocar en la publicidad de ésta, se justifica porque la publicidad puede comprometer el éxito de la investigación<sup>8</sup>, porque la instrucción sirve sólo para preparar el juicio, en el que se discuten oral y públicamente los resultados de la misma, y porque la instrucción consiste en una serie de acciones separadas en el tiempo, circunstancia ésta que impide técnicamente que el público pueda conocerlas en conjunto y formarse de ellas una imagen total<sup>9</sup>. Ello explica que la publicidad debe excluirse siempre de la instrucción, pero la separación temporal de los actos de la instrucción no impide que los participantes en el proceso puedan participar en ellos; una exclusión de esos participantes se justifica por razones de oportunidad procesal, relacionadas con los fines mismos de la instrucción.

La publicidad de la sentencia —el hecho que la misma sea leída en público— se justifica porque ésta es el desemboque del proceso penal. El debate es solamente la etapa preparatoria de la decisión, que expresa la voluntad estatal. En principio, la lectura de la sentencia debe realizarse en público, pues con la misma no hay que temer una turbación del orden público, pues la sentencia es la declaratoria formal de que el orden público no fue turbado porque el acto punible no fue realizado o no lo fue por determinado sujeto, o el restablecimiento del orden público. El problema es si el legislador no debe establecer excepciones que permitan que la lectura de la sentencia se realice en privado, cuando subsisten los mismos motivos de moralidad pública o de orden público que llevaron al Tribunal a excluir la publicidad de los debates o cuando consideraciones referentes a terceras personas, como las familiares del imputado o de la víctima así lo exigen. Nosotros creemos que es inconveniente establecer, como lo hace nuestro legislador, una regla absoluta, que no permita excepciones, de lectura de la sentencia en público.

La publicidad de los debates es el producto de la liberación del procedimiento y del Estado surgida a raíz de la revolución francesa<sup>10</sup>.

Por medio de la publicidad creyó el liberalismo suprimir los males e injusticias propios del procedimiento inquisitorio y vigorizar la confianza del pueblo en la justicia y la educación jurídica de éste<sup>11</sup>. Estableciendo al pueblo como instancia neutral que debía vigilar al juez, se quiso evitar los errores judiciales, frecuentes en el procedimiento inquisitorio de antes de la revolución francesa, y proteger al individuo contra la arbitrariedad judicial<sup>12</sup>.

La publicidad —especialmente de los debates— tiene aún hoy día, como en sus orígenes, una función fundamentalmente política. Y aunque la publicidad implica en sí misma en muchos casos un grave daño moral para el imputado a veces de mayor gravedad que la pena que impone el juez<sup>13</sup>, se consideró que la función política de la publicidad era más importante que la protección de la esfera privada del individuo<sup>14</sup>.

Es la justificación política de la publicidad, de la que parte todavía hoy la doctrina<sup>15</sup>, lo que explica su existencia y no el hecho de que la acción punible sea "causa pública"<sup>16</sup>: la publicidad no se puede deducir de esta característica del delito, que nunca ha sido puesta en duda aún en los sistemas que no consagraron la publicidad<sup>17</sup>.

Por último, esta función política de la publicidad hizo que fuera consagrada como principio fundamental en la Declaración Universal de Derechos del Hombre de la ONU de 1948<sup>18</sup>, en la convención europea de derechos del hombre de 1950<sup>19</sup> y en la convención americana sobre Derechos Humanos, (art. 8 inc. 5), (garantías judiciales), ratificada por Costa Rica el 23 de febrero de 1970.

## B. Funcionamiento del principio de la publicidad.

6. Como se dijo, la publicidad rige en los debates (Art. 359 Cpp) y a la hora de la lectura de la sentencia (Art. 396 Cpp), bajo pena de nulidad. En ambos casos la publicidad consiste en la posibilidad dada

<sup>11</sup> Herbst, NJW, 1969, pág. 548.

<sup>12</sup> Péan, pág. 238 ss.

<sup>13</sup> Delaquis, pág. 245.

<sup>14</sup> Kühne, NJW, 1971, p. 227; Ludwig, pág. 301

<sup>15</sup> Bockelmann, pág. 218; von Campe, GA 1929 (Bd. 73), pág. 242; Töwe GS 1936 (Bd. 107), pág. 281; Jescheck, ZSTW (Bd. 71) 1959, pág. 3; Ludwig, pág. 301. Santoro (tomo XIV), pág. 513 afirma que la publicidad es una consecuencia del contradictorio. Cabe hacer la siguiente pregunta: Si contradictorio significa discusión de las partes entre sí (Leone, "Lineamenti...", pág. 269) y publicidad significa la posibilidad del público de asistir a los debates y de asistir a la lectura de la sentencia, cómo puede ser entonces la publicidad una consecuencia del contradictorio?

<sup>16</sup> Wettstein, pág. 230.

<sup>17</sup> Wettstein, pág. 61.

<sup>18</sup> Levasseur, pág. 264.

<sup>19</sup> Levasseur, pág. 264; Eb. Schmidt, JZ 1970, pág. 36.

<sup>7</sup> von Hippel, pág. 329; Gómez Orbaneja y Herce Quemada, p. 243.

<sup>8</sup> Stock, p. 137; von Hippel, Ps. 328 s.; Levasseur, p. 264.

<sup>9</sup> von Hippel, pág. 329.

<sup>10</sup> Wettstein, pág. 41; Seibert, NJW, 1970, pág. 1535; Clerc, pág. 234.

a cualquiera de asistir y seguir “*de visu*” y de *auditu*”, en el primer caso de los debates y en el segundo la lectura de la sentencia.

Diferencias pueden hacerse, sin embargo, respecto a la extensión de la publicidad en ambos casos:

a-1) La publicidad de la audiencia en que se lee la sentencia abarca solamente la lectura de la sentencia, y siendo parte esencial del debate la recepción de pruebas vale por tanto respecto a la misma el principio de publicidad. Cuando es arbitrariamente excluida la publicidad, se produce un vicio “*in-procedendo*” con la respectiva nulidad por consecuencia. Con relación a la recepción de las pruebas hay, sin embargo, excepciones a la publicidad. Las principales son las siguientes:

aa-1) No valen reglas de la publicidad respecto a los actos de la instrucción que no fueron practicados en su debido tiempo y que el Tribunal debe en el curso del juicio ordenar; en tales casos, vale el secreto de la instrucción, o cuando el Tribunal lo estime conveniente, la privacidad limitada que rige en la instrucción. Así, por ejemplo, no vale la publicidad, conforme al Art. 376 Cpp. para la declaración que el acusado debe o puede hacer, cuando de la instrucción o de los debates surjan o un hecho que integre con el hecho o hechos de la acusación un delito continuado o un hecho que integre una circunstancia agravante del hecho acusado, si el defensor del imputado pide que se suspenda el debate para ofrecer nuevas pruebas o para preparar su defensa. También están fuera de la publicidad la realización de los peritajes omitidos —especialmente psiquiátricos, psicológicos, criminológicos o sobre la personalidad del inculpado (Art. 353 Cpp)— porque el objeto de la declaración pericial en el juicio es el dictamen sobre el punto que se preguntó y no las operaciones que llevaron a las conclusiones— en su realización práctica— que expone el dictamen (Art. 379 Cpp.). Por ser parte de la instrucción, las inspecciones judiciales que sea necesario practicar (Art. 386 Cpp.) están fuera de las reglas de la publicidad y a las mismas sólo podrá asistir el fiscal y los defensores; la presencia de las partes sólo se permite cuando sea necesaria (Art. 381 Cpp.). Por lo demás, tales inspecciones requieren desplazamientos de los interesados y del Tribunal y se realizan en lugares que no pueden contener más que un número determinado de personas<sup>20</sup>, en los cuales no hay libre acceso del público.

aa-2) En principio, las declaraciones de peritos y testigos se realizan públicamente y ellos son sometidos a interrogatorios del fiscal, de las partes y de los defensores (Artículo 383 Cpp.). Pero cuando el perito o el testigo no compareciere a la audiencia por legítimo impedimento, podrá ser examinado en el lugar en que se encuentre por un miembro del Tribunal y al acto podrá asistir el fiscal y los defensores y

<sup>20</sup> KMR, Vorb. Paragr. 169, GVG Anm. b, 1; Löwe-Rosenberg, Anm. Paragr. 169 GVG, 3c.

las partes, cuando el Tribunal determina que la presencia de éstas es necesaria (Art. 381 Cpp.). La exclusión de la publicidad tiene su razón de ser en el hecho de que ésta es la posibilidad de cualquiera de penetrar en la Sala de audiencias y presenciar los debates. La publicidad no da ningún derecho al público de penetrar en lugares privados o no abiertos al público. Por lo demás, cuando el legítimo impedimento pro venga de enfermedad del perito o del testigo, puede causarse a la salud de éstos un grave perjuicio si un tropel presencia su declaración.

a-2) Mientras que la publicidad de la audiencia en que se lee la sentencia es una regla que no contempla excepciones, el legislador permite, como se dijo, en el artículo 359 Cpp., excepciones que justifican una exclusión de la publicidad de los debates. El artículo 360 Cpp. establece, por el contrario, prohibiciones para el acceso de determinadas personas o la posibilidad de ordenar a una persona que se aleje por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, cuya presencia no es necesaria, o de limitar, por las mismas razones, la entrada de personas a un determinado número. El artículo 360 Cpp. regula los poderes de policía y de orden que, respecto a la realización de la audiencia, tiene el Tribunal y, por consiguiente, vale tanto para la audiencia en que se realizan los debates como respecto a la audiencia en que se lee la sentencia. De acuerdo con el artículo 360 Cpp. no tienen acceso a la sala de audiencias “los condenados por delitos contra las personas o la propiedad, los dementes, los ebrios y los menores de 15 años”. El negarle acceso a ebrios y dementes a la Sala de audiencia se justifica para mantener el orden en ésta, mientras que la prohibición de que entren menores de 15 años tiene su fundamento en las mismas razones que se invocan para negarle a éstos la entrada al cine, cuando se exhiben películas inmorales<sup>21</sup>. La prohibición de entrada a la sala de audiencias contra los condenados por delitos contra las personas y contra la propiedad<sup>22</sup> no tiene, según nuestra opinión, ningún fundamento ra-

<sup>21</sup> Clerc, pág. 239. Si en el juicio el menor es testigo u ofendido, se le permitirá la entrada por el tiempo estrictamente necesario para que preste su declaración.

<sup>22</sup> Condenados son aquellos contra los cuales se ha dictado una sentencia firme por un delito cometido en el país o en el extranjero durante la mayoría penal (Arts. 17 y 39 C. Penal). “Delitos contra las personas” es un título que existe en el Código Penal, pero el Art. 360 Cpp se refiere a los delitos que el Código Penal castiga en el Título I del Libro Segundo (“Delitos contra la vida”). Delitos contra la propiedad son aquellos castigados en el Título VII del Libro II del Código Penal. Quedan por fuera, por consiguiente, los condenados por delitos contra la buena fe de los negocios.

cional<sup>23</sup>, por lo que sería deseable que tal disposición desaparezca del Art. 360. Por "razones de orden, higiene, moralidad o decoro" puede el Tribunal ordenar el alejamiento de toda persona cuya presencia en los debates o en la Sala a la hora de la lectura de la sentencia no sea necesaria o limitar la admisión a la sala de audiencias a determinado número de personas. Razones de higiene son aquellas que se refieren a la salud (por ejemplo, que un asistente padezca de enfermedad contagiosa grave) o a la limpieza (por ejemplo, que una persona despidiera olores molestos) de los asistentes. Razones de orden, moralidad o decoro son aquellas que tienden a proteger la dignidad del tribunal y de la administración de la justicia (por ejemplo, que una persona aparezca en la audiencia media desnuda). Dignidad del Tribunal y de la administración de justicia deben verse en concreto y no en abstracto: no se trata de convertir la audiencia en una "misa jurídica", sino de favorecer la correcta conducción de la audiencia<sup>24</sup>. Por las mismas razones puede el Tribunal limitar la entrada en la audiencia a un determinado número de personas. Tal limitación de la entrada debe realizarse de tal forma que no conduzca a una selección del auditorio, porque en tal caso habría nulidad por violación del principio de publicidad<sup>25</sup>.

El artículo 360 Cpp. otorga al Tribunal facultades de policía para la audiencia que se avecina. En el curso del debate el poder de disciplina y de policía corresponde al presidente del Tribunal (Arts. 365, 366 Cpp.). El ejercicio arbitrario de esas facultades no implica nulidad del acto realizado. Esta nulidad se produce, empero, cuando la actuación arbitraria lleva, fuera de los casos establecidos por ley y sin las formalidades necesarias para ello, a prescindir de la publicidad de los debates o de la lectura de la sentencia.

<sup>23</sup> En efecto, tal disposición desconoce las modernas tendencias de política criminal, para las cuales es esencial la reintegración social del delincuente y errada su discriminación social. Por otro lado, una prohibición general contra los condenados por delitos contra la propiedad y contra las personas carece de sentido, porque para la administración de la justicia es más peligrosa la presencia en la Sala de audiencias, por ejemplo, de condenados por delitos contra la administración de la justicia (por falso testimonio, por autocalumnia, etc.) que la presencia de un condenado por un delito tulposo. Por último, la realización práctica de ese precepto es casi imposible, porque los asientos del Registro Judicial de Delincuentes se cancelan una vez que se tenga por extinguida la sanción (véase Art. 8 inc. b) de la Ley del Registro Judicial de Delincuentes (Nr. 4695 de 16 de Dic. de 1970)) y el Tribunal no puede estar pidiendo certificaciones para cada audiencia, que, por lo demás para esos fines no pueden ser expedidos por el Registro Judicial de Delincuentes (véase Art. 11 de la mencionada Ley).

<sup>24</sup> Baumann, "Grundbegriffe . . .", pág. 52; Baumann, ZRP, 1969, pág. 36.

<sup>25</sup> Garraud, tomo III, pág. 503; Clerc, pág. 238; Löwe-Rosenberg, Vorb. Paragr. 169, G.V.G. Anm. 3 a; Rassat, JCP 1969 II-15898. La jurisprudencia alemana, que exige estrictamente el principio de publicidad, considera el rechazo arbitrario de una persona una violación de ese principio, de tal gravedad que da apertura al recurso de casación por la forma. (Así, BGH St 24, 329; Kleinknecht, Vorb. Paragr. 169, GVG, Anm. 9; Koeniger, págs. 414, 415).

El artículo 359 Cpp. permite prescindir de la publicidad de los debates cuando ésta afecte "la moral o la seguridad pública".

Moral está tomada en este artículo en el sentido de moralidad pública, por lo cual no puede reducirse únicamente al escándalo proveniente de un delito sexual<sup>26</sup>, sino que se extiende a todo aquello que es susceptible de ser inmoral<sup>27</sup>. Por ejemplo, en nombre de la moral del artículo 359 Cpp. se pueden juzgar en privado aquellas causas que pueden sobreexcitar en el público una tendencia hacia determinados delitos, del mismo modo que la censura cinematográfica prohíbe la exhibición de filmes en los que la brutalidad y la violencia tienen lugar preponderante. En tanto que "moral" en el artículo 359 Cpp. tiene una dimensión esencialmente pública, no protege intereses puramente privados, si la publicidad en la causa no afecta la moralidad en su dimensión social.

"Seguridad Pública", el segundo motivo por el que el Tribunal puede prescindir de la publicidad de los debates, es un término impreciso, que no es sinónimo de "orden público" ni de "seguridad estatal", ni un término comprensivo de ambos conceptos<sup>28</sup>. El problema que presenta el término "seguridad pública" del artículo 359 Cpp. es que permite una interpretación extensiva, que puede convertir la publicidad de los debates en una excepción, en contra de la voluntad legislativa que quiere precisamente lo contrario.

La exclusión de la publicidad la realiza el Tribunal de oficio o a petición de parte (Art. 359 Cpp.), para todos los debates o para una parte de los mismos; es, pues, una medida que debe el Tribunal apreciar discrecionalmente<sup>29</sup>, después de comprobar la existencia de los hechos que entran en los motivos y la posibilidad de que la publicidad afecte la moral o la seguridad pública. Esa facultad discrecional del Tribunal está limitada por la obligación de motivar la resolución —que es un auto (Arts. 105 y 106 Cpp.) dictado verbalmente por el Tribunal, pero dejando constancia en el acta (Arts. 359 y 368 Cpp.)—; motivación necesaria para que posteriormente pueda comprobarse la existencia de los motivos alegados para excluir la publicidad y la necesidad

<sup>26</sup> La doctrina alemana interpreta el término "Sittlichkeit" (buenas costumbres) en una dimensión puramente de moral sexual. Así, Töwe, pág. 292; Kleinknecht, Vorb. Paragr. 172 GVG, Anm. 4, quien escribe: "Die Gefährdung der guten Sitten genügt nicht". En el mismo sentido, Peters, pág. 485, quien cree que en esa hipótesis la prescindencia de la publicidad de los debates persigue esencialmente el fin de proteger a los menores, víctimas de delitos sexuales, que actúan como delitos en la causa.

<sup>27</sup> Clerc, pág. 243.

<sup>28</sup> El legislador penal emplea el término "seguridad pública" en el artículo 398 C. Penal. Pero una interpretación del artículo 359 Cpp. por medio del Artículo 398 C. Penal le quitaría todo sentido al término "seguridad pública" del art. 359 Cpp.

<sup>29</sup> Koeniger, pág. 416; J. M. Robert, Dalloz-Sirey, 1969-J-pág. 235; KMR, Vorb. Paragr. 171 a GVG, Anm. 2; Kleinknecht, Vorb. Paragr. 172 GVG, Anm. 1.



de la medida, a efecto de declaratoria de la nulidad si la publicidad fue excluida arbitrariamente.

La nulidad que dispone el artículo 359 Cpp. es relativa, pues ni es considerada en ese artículo como absoluta ni entra en la conminación general de las nulidades absolutas (Arts. 145, 146 Cpp.). De donde es declarable sólo a petición de parte y subsanable si no se alega en la oportunidad dispuesta por la ley (Arts. 148, 149, 471 Cpp.). Tal nulidad resulta cuando el tribunal prescinde de la publicidad sin que exista la causal que permite prescindir de ella o cuando habiendo desaparecido, en el curso de los debates, la causal que llevó a realizar privadamente el debate, el tribunal no permite el acceso del público. Puesto que los debates son fundamentalmente públicos, la nulidad sólo se produce cuando se prescinde de la publicidad sin que existan los motivos legales para ello, pero no cuando el Tribunal no prescinde de la publicidad, a pesar de existir los motivos que permiten realizar el debate en forma privada<sup>30</sup>.

A falta de una norma que prohíba en nuestro derecho las emisiones radiales, televisadas, la toma de cine o las grabaciones magnetofónicas de las audiencias o de parte de ellas con el fin de su presentación al público o de la publicación de su contenido, no se produce nulidad si el Tribunal o el Presidente del Tribunal autoriza dichas emisiones, tomas o grabaciones, excepto que las mismas produzcan una limitación de los derechos de la defensa y de las posibilidades concretas de ésta, en cuyo caso resulta una nulidad absoluta (Arts. 146, 147 Cpp.).

7. Las reglas sobre publicidad, anteriormente delineadas, valen *mutatis mutandi* para las audiencias de los debates y lectura de la sentencia en juicios especiales y recursos (Casación y Revisión).

## II. CRITICA DEL DERECHO VIGENTE Y PROPOSICIONES "DE LEGE FERENDA".

8. La doctrina procesal, antigua y moderna, jamás ha abogado por una supresión del principio de publicidad, que hoy día se considera incommovible en el derecho procesal penal. Día a día se abre paso una nueva corriente que aspira a una nueva formulación de dicho principio<sup>31</sup>. Las razones de tal aspiración son las siguientes:

<sup>30</sup> Koeniger, pág. 415; Stock, pág. 138.

<sup>31</sup> Un grupo de autores pone de manifiesto que la complicación sufrida por el Estado y por el derecho desde tiempos de la revolución francesa a nuestros días, hace imposible que cualquier persona del pueblo pueda seguir los debates, entender lo que se discute y ejercer, así, un control sobre el juez, que fue el fundamento que se dio a la institución de la publicidad en sus orígenes. (Así,

A. Razones que justifican una nueva formulación del principio de la publicidad, especialmente de los debates.

1. Extensión de la protección penal a intereses puramente privados.

9. Con el correr del tiempo, la represión penal ha extendido su protección a intereses puramente privados. Una lesión a la víctima de estos delitos a causa de la publicidad fue una consecuencia no vista por el legislador a la hora de establecer ese principio. De ahí que muchas legislaciones han restringido el principio de publicidad y han extendido las causales que permiten, en consideración de intereses puramente particulares, prescindir de la publicidad, en aquellos procesos por delitos de acción o de instancia privada, en los procesos por delitos que protegen secretos industriales, de comercio o de fábrica o en aquellos procesos en los que se persigue la violación de secretos (referentes al ámbito íntimo del ofendido) o en los que tales secretos, pertenecientes a terceras personas, pueden ser lesionados por la publicidad.

Nuestro código procesal penal es desde el punto de vista de la protección de tales intereses absolutamente mudo. La publicidad puede hacerse a un lado cuando la misma afecte a la moral, tomada en su dimensión pública. Pero aun cuando esa disposición protegiera incluso la moral —tomada como la fama de que goza en la colectividad un individuo— en su dimensión individual, quedan sin protección una serie de intereses privados, que no se relacionan ni con la moral social ni con la moral individual.

2. Desarrollo de los medios de comunicación colectiva.

10. Cuando la publicidad nació, el único medio de comunicación colectiva era la prensa escrita. Se dijo, por consiguiente, que si la publicidad significaba posibilidad dada al público de entrar a la Sala de audiencias, por ello mismo permitía la ley el reportaje —en forma de comentarios y noticias— de la prensa escrita, porque así como un individuo cualquiera, que asistió a la audiencia, puede propagar lo que vio y oyó en la Sala y comentarlo con sus amigos, así también el reportero del periódico escrito puede propagar o comentar lo que vio

Schwabe, D R, 1936, pág. 445). La publicidad implica un grave daño para la defensa del inculpado, que dada la complicación del derecho, puede ocurrir por la influencia del público sobre el juez. Por otro lado, y merced a la evolución de la estructura actual, la publicidad de los debates no puede evitar la arbitrariedad judicial (Wettstein, pág. 41). De aquí que algunos autores proponen que se vea la publicidad como un principio absolutamente relativo, que debe ceder el paso a la protección de otros intereses, entre ellos, la investigación de la verdad. (Así, von Campe, pág. 242; Hellwig, JR 1931, pág. 259). Esta última idea, llevada hasta sus últimas consecuencias, puede implicar la derogación del principio de publicidad como regla.

en la Sala de Audiencias. El reportaje de la prensa escrita toma su legitimidad— en tanto no sea tendencioso, en cuyo caso puede existir responsabilidad penal— de la libertad de prensa<sup>32</sup> y de la libertad de cualquier individuo de asistir a los debates<sup>33</sup>. Consecuentemente, no existe ningún derecho de reportaje ni de crítica ni de propalación de aquellas partes del proceso —como la instrucción o la deliberación y votación de la sentencia— que por ley deben ser secretos o privados, ni de los debates, cuando la publicidad ha sido excluida de los mismos.

La aparición de la radio, la televisión, el cine y de las posibilidades que brinda la grabación magnetofónica hicieron posible que un debate fuera transmitido a un público de miles y, quizás, de millones de personas, quienes pueden enterarse de lo que ocurre en la sala de audiencias sin estar presentes. Particularmente en Alemania se presentaron dos tendencias en la doctrina respecto al nuevo problema. La primera tendencia<sup>34</sup>, favorable a la transmisión de debates, observó que si la ley permitía a cualquiera ver y oír el desarrollo del debate o la lectura de las decisiones también permitía una transmisión directa por medio de las nuevas técnicas, pero que el autorizar o no la transmisión era una cuestión técnica dejada al Tribunal, quien podía negar permiso para la transmisión, si ésta podía turbar el normal desarrollo de los debates o influir negativamente en la investigación de la verdad. La segunda tendencia, que encontró acogida en la ley, fue contraria a la transmisión radical o televisada y a las grabaciones magnetofónicas o las tomas de cine destinadas al público<sup>35</sup>. Según esta corriente doctrinal,

publicidad significa posibilidad para el público de estar presente en la sala de audiencias. Por tanto, dichas transmisiones, tomas o grabaciones no las permite la ley, porque a través de ellas toman conocimiento del proceso personas que no están inmediatamente presentes en la sala de audiencias<sup>36</sup>; por otro lado, con tales transmisiones, tomas o grabaciones se pierde la inmediatez y la espontaneidad de la palabra hablada, lo que causa perjuicio inmediato a la investigación de la verdad material, que es el fin del proceso penal<sup>37</sup>. La ley francesa prohíbe también tales transmisiones, tomas o grabaciones<sup>38</sup>.

Nuestra ley no prohíbe esas transmisiones, grabaciones o tomas. Por consiguiente, están permitidas, en tanto que no perturben el orden de la audiencia o no perjudiquen los derechos de la defensa, lo cual debe ser juzgado en concreto. Una modificación de la ley que prohíba tales actividades es deseable. Además de los argumentos doctrinales mencionados, nosotros agregamos el siguiente: la publicidad es un mal para el imputado, en tanto que lo expone públicamente al escarnio. El empleo de la radio y de la televisión produce al individuo y a su familia un mal de tales proporciones, que ambos quedan marcados ante sus conciudadanos para el resto de sus días. En vista de los principios más elementales de humanidad, deben evitarse semejantes efectos.

### 3. Transformación del derecho penal.

11. El principio de la publicidad fue pensado para ser aplicado a un derecho penal centrado sobre los hechos, cuyo fundamento era libre albedrío y en el que, consecuentemente, el enfermo mental, que hubiese cometido un delito, estaba fuera del derecho penal. Este derecho, fundado sobre el principio de culpa ("Schuldprinzip"), sufrió posteriormente una evolución, que consistió en exigir un examen de la personalidad del autor como uno de los presupuestos de la aplicación de la pena<sup>39</sup>. Quien dice examen de personalidad del imputado, dice también examen de su medio social y familiar, de su estado de salud, de su herencia biológica y de su estado psicológico y mental, de su vida sexual y de todo aquello que pueda ser útil para entender su peligrosidad, dar un diagnóstico de su estado peligroso y un pronóstico sobre su comportamiento futuro, sobre la medida aplicable y sobre su capacidad de adaptación. En la medida en que la personalidad del imputado adquiere importancia para fundamentar la sentencia y establecer la pena, se produce la consecuencia de que peritos médicos, psiquiátricos, psico-

<sup>32</sup> En tal sentido, Kohlhaas, DRiZ, 1956, pág. 4; Gerland, ZStW 1936 (Bd. 55), pág. 704 s.; Clerc, pág. 246, entre otros.

<sup>33</sup> Al mismo tiempo se delinea también en el derecho europeo una tendencia francamente contraria a la libertad del comentario de prensa, en tanto que el proceso esté pendiente. Muchos autores creen que debe existir una disposición que castigue penalmente el hecho de criticar o de comentar críticamente un asunto pendiente, cuando tal crítica pueda influir de cualquier modo en el proceso. Modelo de una tal disposición sería el "contempt of Court" del derecho angloamericano. (En tal sentido, Jescheck, ZStW 1959 (Bd. 71), pág. 6; Clerc, pág. 251, s.).

En Francia, la ordenanza de 23 de Dic. de 1958 insertó en el art. 227 del Código penal, que castiga: "Quincoque qui aura publié, avant l'intervention de la décision juridictionnelle définitive, des commentaires tendant à exercer des pressions sur les déclarations des témoins ou sur la décision des juridictions d'instruction ou de jugement..." (Al respecto, Levasseur, pág. 263 s.). Uno de los proyectos penales alemanes trató de introducir el delito turbación de la justicia según el "contempt of Court", lo que fue rechazado por las consecuencias políticas que tal medida traería consigo. (Al respecto, Jescheck, "I fundamenti...", pág. 138 s.).

<sup>34</sup> Sostenida especialmente por Gerland, ZStW 1936 (Bd. 55), pág. 705.

<sup>35</sup> Sostenida principalmente por Jescheck, ZStW 1959 (Bd. 71), pág. 5 y por Bockelmann, NJW 1960, pág. 217. El artículo 169 de la Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) establece lo siguiente: "La audiencia ante el Tribunal de Juicio (erkennendes Gericht), la sentencia y los autos (Beschlüsse) son públicos. Tomas radicales, magnetofónicas o televisadas, así como tomas para el cine con el fin de su presentación pública o de publicación de su contenido, no son permitidas".

<sup>36</sup> Así, Bockelmann, NJW 1960, pág. 217.

<sup>37</sup> Jescheck, ZStW 1959 (Bd. 71), pág. 5.

<sup>38</sup> Una ley francesa de 6 de dic. de 1954 prohíbe el uso, en la audiencia y en toda clase de Tribunales, de aparatos de grabación y fotográficos, de cámaras de cine y de televisión. Al respecto, Pradel, pág. 504.

<sup>39</sup> Wettstein, pág. 46; Kühne, pág. 227; Peters, pág. 485; Clerc, pág. 244, 249.

lógicos, etc., deben dar libremente dictámenes sobre la salud, la vida sexual o psíquica del imputado o sobre la herencia biológica de éste. La propalación de tales dictámenes fuera del proceso —y de no ser llamado el perito a dictaminar— constituirían violación del secreto profesional<sup>40</sup>. La publicidad tiene, pues, en el derecho moderno la consecuencia de lesionar la esfera íntima del individuo —tal esfera abarca el estado de salud y la vida sexual<sup>41</sup>—, situación contra la que el individuo nada puede hacer, porque si la ley permite intromisiones en la vida privada de las personas con el fin de investigar y perseguir las acciones delictuosas, permite también, en tanto que exista publicidad de los debates, la pública discusión y valoración de los resultados de la investigación. Pero no solamente el imputado sufre por esa situación. También su familia está obligada a oír cómo se discuten públicamente enfermedades y taras familiares y a soportar que un público curioso se entere de aspectos familiares que estigmatizarán por toda la vida a la familia del condenado. La publicidad se convierte, de este modo, para el condenado y para su familia, en una pena social que la ley no prevé<sup>42</sup>.

Tal fenómeno se presenta de manera más aguda en nuestro país. La evolución histórica de nuestro derecho penal —procesal y material— señala lo siguiente: a partir de 1941 en Costa Rica rige un código de fuerte influencia positivista, en el que no vale como fundamento de la responsabilidad el libre arbitrio, sino el principio de defensa social, y en el que el punto de toque es la investigación sobre la personalidad del delincuente. Esta evolución continúa y se profundiza en el Código del 70, que de manera franca crea un derecho penal de autor, centrado sobre la personalidad del delincuente<sup>43</sup>. Este relativo avance del derecho penal de fondo, no se acompañó de un correspondiente avance del derecho penal de forma: el código procesal penal de 1910, que rigió hasta 1975, fue de tipo inquisitorio, sistema que se abandonó en Europa a partir del Código de Instrucción Criminal francés. De ahí que a la hora de la reforma haya en nuestro país dos tendencias contradictorias: una, que prosigue la subjetivización del derecho penal de

<sup>40</sup> Herbst, NJW, 1969, pág. 546 s.

<sup>41</sup> Kühne, pág. 227.

<sup>42</sup> Kraff, Schweiz. Jur-Zeit., 1954 (Bd. 50), pág. 325.

<sup>43</sup> El código penal de 1970 tiene dos tendencias contradictorias como fuente. De un lado, una corriente "defensista" (de la sociedad) (véanse sobre todo, págs. 10 y 11 de la Exposición de Motivos) y de otro lado, una corriente conservadora, proveniente del código tipo para Latinoamérica, que a imitación de la doctrina alemana toma como criterio de la responsabilidad penal (y de la represión) el principio de la culpa ("Schuldprinzip") (Sobre el significado de este principio y su fundamento en el libre arbitrio, véase H. Kaufmann, pág. 418 ss.). Ambos puntos de vista son absolutamente contradictorios. Y esta contradicción se refleja en la legislación penal vigente. Así, el art. 30 C. Penal consagra el principio de culpabilidad y establece: "Nadie puede ser sancionado por un hecho expresamente tipificado en la ley si no la ha realizado con dolo, culpa o preterintención". Ello no impide al legislador someter a los inimputables a medidas de seguridad (Arts 42, 43, 98 ss. C. Penal).

fondo (Cód. penal de 1970) y otra aspiración tendiente a la reforma del derecho procesal penal, que vista la experiencia habida con el sistema inquisitorio, solamente podía desembocar en un código en el cual se suprimieran las principales instituciones del sistema inquisitorio (concentración de las facultades persecutorias, investigadoras, acusatorias y sentenciadoras en unas solas manos) y tuviera ciertos aspectos acusatorios (Código procesal penal de 1975). Esta situación explica el desfase que existe actualmente en nuestro país entre el derecho penal de fondo (derecho penal de autor) y el derecho penal de forma (derecho procesal destinado a servir para la aplicación de un derecho penal de fondo centrado sobre los hechos).

12. Con relación a la publicidad de la sentencia y de los debates, la contradicción entre derecho penal de fondo (personalidad del autor) y derecho penal de forma (código procesal penal centrado sobre los hechos), es solucionable, según la corriente doctrinal dominante, de la siguiente manera.

a-) *Solución del problema de la publicidad en el derecho de menores.*

13. Nuestro derecho de Menores, como el de la mayoría de los países, excluye la publicidad de los debates y de la sentencia que en esa materia se dicte. Según la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores (Ley N° 3260 de 20 de dic. de 1963), que rige la materia, el legajo de hechos tiene carácter "confidencial" (Art. 57), lo que significa que al legajo solamente tienen acceso "las partes, sus apoderados judiciales o defensores, los representantes de la Procuraduría General de la República (Ministerio Público) y del Patronato Nacional de la Infancia y los padres o guardadores del menor". El carácter confidencial del legajo de hechos impide cualquier tipo de publicidad en las etapas posteriores al sumario. Del mismo modo, los artículos 9 y 10 de la mencionada ley prohíben, tácitamente, cualquier publicidad sobre la sentencia.

La doctrina moderna apoya decididamente la exclusión de la publicidad en el derecho de menores. Aquí debe valer únicamente la privacidad o el secreto, porque la publicidad estaría en contra de las tendencias educativas de esta rama del derecho<sup>44</sup>, en tanto que causa un perjuicio al menor que impide su posterior reinserción social<sup>45</sup>, crea la posibilidad de que el menor se sienta un héroe ante el público por la acción realizada<sup>46</sup>, y es contraria a una atmósfera propicia para el

<sup>44</sup> Henkel, pág. 325; Baumann, "Grundbegriffe . . .", pág. 52; Wettstein, pág. 130.

<sup>45</sup> Peters, pág. 484; Kaiser, pág. 187; Schaffstein, pág. 134; Clerc, pág. 241;

Pradel, pág. 574 s.

<sup>46</sup> Dallinger-Lackner, Vorb. Paragr. 48 (JGG), Rdn. 1, Anm. 1 y 3; Schaffstein, pág. 134; Peters, pág. 484.

diálogo entre menor y juez<sup>47</sup>, esencial en un derecho, como el de menores, centrado totalmente en la personalidad del autor, en el cual las medidas se determinan según las características psíquicas y sociales del menor<sup>48</sup>, con un fin meramente protector.

a-2) *Solución del problema de la publicidad en el derecho de mayores.*

14. En el derecho de mayores se trata de conservar la publicidad con respecto a los hechos y de proteger la esfera íntima del individuo y a su familia de las nefastas consecuencias de la publicidad. Puesto que el derecho penal material moderno se centra en la personalidad del autor, no puede haber una reforma penal completa si el legislador no crea también un derecho procesal penal de autor, que no se centre en los hechos exclusivamente, como ocurre con el procedimiento penal actual<sup>49</sup>. Ello sólo es posible si se adopta el sistema de partición del proceso en dos fases: una dedicada al examen de los hechos; otra dedicada al examen de la personalidad del autor para establecer la medida de adaptación social adecuada a su personalidad. La participación del proceso en dos fases concilia la existencia de la publicidad con el respeto de la esfera íntima del imputado y de la familia de éste: en audiencia pública se discutiría la existencia del hecho punible y en privado, todo aquello referente a la responsabilidad penal, a la personalidad del delincuente, a la influencia de la misma sobre el delito y a la determinación de la sanción, con base en el examen de personalidad<sup>50</sup>.

B. *Proposiciones "de lege ferenda"*.

15. Las consideraciones anteriores autorizan la proposición de reformas a la legislación vigente. Tales proposiciones "de lege ferenda" requieren las siguientes aclaraciones previas:

a-1) La solución de la problemática de la publicidad en el derecho moderno requiere distinguir entre derecho de menores y derecho penal (de mayores).

a-2) En el derecho de menores el principio que debe regir es, por todo lo anteriormente dicho, la privacidad y jamás la publicidad ni de los debates ni de la sentencia. Desde este punto de vista, consideramos

<sup>47</sup> Clerc, pág. 241.

<sup>48</sup> Bergande, pág. 3; Kaiser, pág. 32; Hauber, pág. 70.

<sup>49</sup> Clerc, pág. 252; Ulmen, pág. 24 ss.

<sup>50</sup> Clerc, pág. 252; Zipf, JuS 1973, pág. 354, Fussn. 3; Zipf, "Strafprozessrecht", pág. 147, 148.

que la Ley de la Jurisdicción Tutelar de Menores ha consagrado la solución correcta.

a-3) Con relación al derecho de mayores, la solución correcta es crear un tipo de proceso penal adecuado al derecho penal moderno, centrado sobre la personalidad del delincuente. La partición del proceso en dos fases concilia la publicidad (sobre el hecho punible) con el respeto de la esfera íntima del individuo (privacidad).

El empleo de cámaras fotográficas, de televisión, de aparatos de grabación, de micrófonos para hacer transmisiones directas o para presentar partes de la audiencia al público o para hacer publicaciones sobre el contenido de lo filmado, grabado o televisado debe ser prohibido, aún en un sistema que se base sobre el principio de la partición del proceso en dos fases.

a-4) Con relación al derecho vigente, y sin modificar la estructura del proceso penal, es posible hacer un mejoramiento sustancial, cuyo fin será proteger intereses privados de las desventajas de la publicidad. Tal mejoramiento lo concretamos en la siguiente proposición de reforma:

"Artículo 359.—El debate oral y público, bajo pena de nulidad. Sin embargo, el Tribunal podrá resolver, de oficio o a petición de interesado, en resolución fundada irrecurrible y de la cual se dejará constancia en el acta, que se realice en forma privada en los siguientes casos:

- a) Cuando la publicidad implique un peligro para el orden público, para la seguridad estatal o para la moralidad pública.
- b) Cuando en los debates sean discutidos circunstancias referentes a la vida privada de uno de los participantes en el proceso o de un tercero o secretos importantes concernientes de la propiedad industrial, comercial o intelectual, si tales circunstancias o secretos pueden ser lesionados a causa de la discusión pública.
- c) Cuando la publicidad implique un peligro para la investigación de la verdad o para la posterior reinserción social del imputado.

Desaparecida la causal de clausura, se deberá permitir el acceso del público.

La petición al Tribunal para que el debate se realice en forma privada, podrá ser hecha por quien justifique un interés legítimo para ello o por el Ministerio Público.

De oficio o a petición de interesado o del Ministerio Público podrá resolver también el Tribunal en resolución fundada de la que se dejará constancia en el acta, que la lectura de la sentencia se realice en forma privada, si para ello subsisten las mismas razones que llevaron a prescindir de la publicidad en los debates”.

“Artículo 359.—Bis.

Las personas que asistan a un debate público o a la lectura de una sentencia realizada en audiencia pública no podrán hacer grabaciones magnetofónicas, ni tomas cinematográficas, ni transmisiones radiofónicas ni televisadas con el fin de darlos a conocer al público o de publicar su contenido.

En caso de desobediencia de lo mandado en este artículo se procederá conforme al artículo 365”.

“Artículo 360.—No tendrán acceso a la Sala de audiencias los dementes, los ebrios y los menores de 15 años.

Por razones de orden, higiene, moralidad o decoro, el tribunal podrá ordenar también el alejamiento de toda persona cuya presencia no fuere necesaria, o limitar la admisión a un determinado número”.

BIBLIOTECA  
FACULTAD DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE COSTA RICA

## CONCEJOS DE DISTRITO Y SINDICOS\*

Lic. Elvira Batalla Rivera  
Asesora Parlamentaria

\* Este trabajo fue elaborado en el Departamento de Servicios Técnicos de la Asamblea Legislativa, a raíz de una consulta.