

El árbol envenenado: ejercicio de la acción penal y secreto de Estado en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de abril de 1998

Miguel REVENGA SANCHEZ

I

En abril de 1998, la Corte Constitucional italiana ha hecho pública la decisión recaída en el conflicto de atribuciones entre poderes del estado, según la cual el ministerio fiscal está vinculado por una prohibición absoluta de utilizar, en el curso de sus indagaciones, cualquier medio de prueba respecto al cual se haya invocado, en forma legal, el secreto de Estado.

El conflicto enfrentó al presidente del Consejo de Ministros, como responsable de la política de seguridad, y al fiscal ante el Tribunal de Bolonia. El origen del mismo radicó en la investigación emprendida por el fiscal para dilucidar la posible responsabilidad penal de funcionarios del Servicio Secreto SISDE (*Servizio per la Informazione e la Sicurezza Democratica*), en el transcurso de acciones informativas contra el terrorismo.

Los hechos investigados se remontan al mes de septiembre de 1991, y tienen que ver con la interceptación de las comunicaciones, por parte de funcionarios del servicio secreto, de un sospechoso de pertenecer a la banda terrorista ETA. En enero de 1997, la fiscalía de Roma llamó a declarar a los funcionarios y decretó la aportación a la causa de determinados documentos obrantes en los archivos del SISDE. Opuesta la excepción de secreto de Estado con respecto a los documentos —artículo 12 de la ley 801/1977¹—, e invocada la prohibición de declarar prevista en el artículo 202.1 del *Codice di Procedura Penale*², la fiscalía de Roma, siguiendo lo estatuido en este último artículo, pidió confirmación al presidente del Consejo de Ministros, quien respondió afirmativamente en junio de 1997³.

¹ El artículo 12 de dicha ley declara cubiertos con el secreto de Estado "los actos, documentos, noticias, actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea susceptible de causar daño a la integridad del Estado democrático, incluidas sus relaciones y acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones fundamentales del orden constitucional, al libre ejercicio de sus funciones por parte de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado con respecto a los demás Estados y a las relaciones con éstos, así como a la preparación y defensa militar del Estado". El párrafo 2 del artículo añade que "en ningún caso serán considerados objeto de secreto de Estado los actos subversivos del orden constitucional".

² Según el cual, "los funcionarios y empleados públicos, así como los encargados de un servicio público, tienen la obligación de abstenerse de declarar con relación a hechos cubiertos por el secreto de Estado".

³ La oposición del secreto de Estado por parte del presidente del Consejo fue respaldada, un mes más tarde, por la Comisión parlamentaria de control de los Servicios Secretos, que viene obligada a intervenir cada vez que la excepción de secreto de Estado es confirmada por el presidente del Consejo (artículo 16 de la ley 801/1977). En su último párrafo, este artículo dispone que "cuando la Comisión parlamentaria de control considere, por

Sucesivamente, la fiscalía de Roma se abstuvo de proseguir las diligencias, declarándose incompetente por razón del territorio, y dio traslado de lo actuado a la fiscalía de Bolonia. En julio de 1997, el fiscal ante el Tribunal de Bolonia reimpulsa la investigación, ordenando a la División de Investigaciones Generales y Operaciones Especiales (DIGOS) de la Policía de Bolonia que remita los documentos relativos a la investigación practicada en 1991 contra un ciudadano extranjero. Al hacerlo así, la DIGOS advierte el carácter de secreto de Estado de parte de la documentación remitida, invocación que, de modo genérico, y con respecto al *modus operandi* del Servicio, también reprodujo el abogado del Estado encargado de la defensa de un nuevo imputado.

En noviembre de 1997, el fiscal ante el Tribunal de Bolonia notificó a los imputados la próxima apertura de la fase de juicio oral.

Al plantear el conflicto de atribuciones ante la Corte Constitucional, el presidente del Consejo acusó a la fiscalía de Bolonia de haber hecho caso omiso de la declaración de secreto de Estado, lo que habría llevado hasta el conocimiento del fiscal "justamente aquellos datos (nombres de los agentes y *modus operandi* de los Servicios) que se había pretendido mantener en secreto". A juicio del presidente Prodi, la divulgación de detalles técnico-operativos en el modo de actuar en la lucha contra el terrorismo estaba exponiendo a los Servicios de Inteligencia italianos al riesgo de "ostracismo informativo" por parte de los servicios homólogos extranjeros.

II

El debate técnico-jurídico desarrollado ante la Corte Constitucional se centra en el alcance de las facultades indagatorias cuando, como en el caso controvertido, la fiscalía tropieza con medios de prueba cubiertos por la declaración de secreto. Conforme a la tesis del fiscal, la *ratio* de los artículos del Código Procesal Penal relativos al secreto de Estado no sería la de precluir en absoluto la investigación sobre los hechos, cualquiera que sea el camino emprendido al efecto, sino la de una simple exención del deber de declarar, en favor de los funcionarios públicos, que les sitúa a resguardo de cualquier sanción.

mayoría absoluta de sus miembros, que la oposición del secreto ha sido infundada, dará traslado del acuerdo a ambas Cámaras, a los efectos de las valoraciones políticas que procedan".

Frente a tal interpretación, la tesis del abogado del Estado, en representación del Gobierno, es más *sustancialista*. El artículo 202 del Código Procesal Penal, antes citado, así como el 256 del mismo cuerpo legal, vendrían a ser los instrumentos procesales mediante los cuales el ordenamiento tutela los valores de la integridad y la seguridad del Estado democrático⁴. A juicio del abogado del Estado, son tales valores los que se ponen en entredicho cuando se difunden determinadas noticias, como necesariamente ocurre con motivo de la sustanciación del proceso penal. De ahí que el secreto de Estado venga a ser un límite de carácter absoluto para la facultad de instruir, límite referido no tanto a los concretos medios probatorios, cuanto al fondo mismo del *thema probandum*.

III

Después de un debate a puerta cerrada, la Sentencia de la Corte Constitucional resuelve el conflicto al modo más tradicional, esto es, sin apartarse un ápice de pronunciamientos anteriores de la propia Corte, que cuentan ya con más de 20 años de antigüedad. La sentencia invoca, en efecto, la doctrina sentada en una decisión de 1977, resolutoria del conflicto de atribuciones entre un juez de instrucción de Turín y el presidente del Consejo de Ministros⁵. En aquella ocasión, el Tribunal Constitucional italiano proclamó el carácter rigurosamente político de las valoraciones relativas a la necesidad de guardar secreto, unas valoraciones de las que el responsable último no había de ser otro que el presidente del Consejo, en tanto que órgano garante, según la Constitución, de velar por la seguridad del Estado. La sentencia 86/1977 se pronunció por el completo apartamiento de la autoridad judicial en lo que se refiere a las materias secretas, y atisbó un sistema de control, de naturaleza política (que es el que acogería poco después la ley 801/1977), en manos del Parlamento.

Lo que se rescata ahora de aquel pronunciamiento es la doctrina de la *absoluta preeminencia* del valor seguridad:

“La seguridad del Estado constituye un interés esencial e insuprimible de la colectividad, con manifiesto carácter de absoluta preeminencia sobre cualquier otro, en cuanto que afecta (...) a la existencia misma del Estado, un aspecto del cual es la jurisdicción”⁶.

⁴ El artículo 256, complementario del 202, establece el deber de exhibición de documentos, contemplando la posibilidad de secuestro de los mismos, por orden judicial, cuando la negativa a entregarlos se estime infundada. El párrafo tercero del artículo 256 señala que “cuando la declaración [en que se funda la negativa a hacer la entrega] versa sobre un secreto de Estado, la autoridad judicial informará de ello al presidente del Consejo de Ministros, solicitando confirmación por parte de éste”. Y añade: “En los casos en que el secreto resulte confirmado, y siempre que la prueba sea esencial para la continuación de la causa, el juez declarará que no procede llevar adelante el proceso por la existencia de un secreto de Estado”.

⁵ Sentencia 86/1977, de 24 de mayo. El texto en *Giurisprudenza Costituzionale*, I, 1977, págs. 696 y ss.

⁶ Sentencia 110/1998, de 10 de abril, *Considerato in diritto* n.º 5.

A partir de ese postulado o petición de principio absolutizadora de un valor, el de la seguridad del Estado, que se presenta como sustento fundamental del entero funcionamiento del sistema, la conclusión no puede ser otra que la nulidad de lo realizado por el fiscal de Bolonia.

Las matizaciones y distinguos que introduce a renglón seguido la sentencia carecen de cualquier entidad para desvirtuar lo rotundo de su aproximación al problema. La Corte Constitucional no comparte la tesis de la representación del Gobierno, según la cual la declaración de secreto supondría una barrera infranqueable para cualquier investigación sobre los hechos. Lo que se prohíbe es traer a la causa y valerse de medios probatorios calificados como secretos:

“La prohibición se refiere a la utilización de actos y documentos cubiertos por el secreto, ya sea directamente a los efectos de fundar sobre los mismos el ejercicio de la acción penal, ya sea de modo indirecto para extraer de ellos indicios, a partir de los cuales realizar ulteriores actos de investigación, cuyos eventuales resultados estarían, a su vez, viciados por el carácter ilegítimo de su origen”⁷.

Es así como la Corte Constitucional transpone la conocida construcción jurisprudencial del “árbol envenenado”, desde su ámbito tradicional, que no es otro que el de la nulidad procesal por vulneración de derechos fundamentales, hasta el desvelamiento de lo oculto y sus sucesivas luces.

IV

La sentencia del Tribunal Constitucional italiano termina declarando que la actuación de la fiscalía de Bolonia supuso un quebrantamiento del deber de lealtad que debe presidir las relaciones entre el Gobierno y la autoridad judicial. La Corte reconoce que sería deseable una nueva ley orgánica sobre la disciplina del secreto de Estado⁸, pero no parece ser consciente de que el deber de lealtad se mide aquí en sentido unidireccional, del fiscal hacia el Gobierno, sin contemplar la posibilidad de deslealtades gubernamentales en la invocación del secreto.

Tras la sentencia del Tribunal italiano, el principio de la obligatoriedad de la acción penal, estatuido en el artículo 112 de la Constitución, parece haber quedado así sometido a una norma subconstitucional, conforme a la cual queda en manos del Gobierno la posibilidad de bloquear —antes o una vez iniciada— el ejercicio de la misma. Una posibilidad, por lo demás, no infrecuente en derecho comparado, y que tiene acogida incluso en aquel sistema que, a menudo, es tenido como modelo de la acción penal obligatoria. Me refiero al caso de Alemania, donde el Código Procesal Penal contempla expresamente una excepción a la obligatoriedad, en aquellos casos en los que el desarrollo del proceso sea susceptible de causar un daño mayor a la

⁷ Sentencia 110/1998, *Considerato* n.º 7.

⁸ Cosa prevista ya en la ley de 1977, cuyo artículo 16 indica que *hasta la aprobación de una nueva ley orgánica relativa a la materia del secreto*, servirán como definiciones sustanciales del ámbito de lo secreto, a efectos de lo previsto en el Código Penal, las recogidas en los artículos 1 y 12 de la ley.

seguridad del Estado que el producido por el archivo de las actuaciones⁹.

Pese a que la Corte Constitucional italiana desliza en su sentencia la afirmación de que la vigente disciplina del secreto de Estado "no contempla la hipótesis de una inmunidad sustancial referida a los Servicios de Inteligencia", es difícil eludir la impre-

sión de que el camino emprendido, con la absolutización del valor seguridad, puede llevar a ese resultado. La curiosidad indagatoria para destapar posibles ilícitos de los agentes, se enfrenta al riesgo de ser tratada como un veneno que acabaría por emponzoñar aquellos árboles procesales bajo cuya sombra se cobija el Estado de Derecho.

⁹ Cfr. J. Pradel, *Droit Penal Comparé*, París, Dalloz, 1995, págs. 488-489.