

¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?

(A propósito de la sentencia publicada en el caso «Amedo», ¿o quizá debiera ser otra la etiqueta?...)

Luciano VARELA CASTRO

«Es preciso hacer como los animales que borran todas las huellas frente a su madriguera»

(Montaigne) ¹

ANTECEDENTES

1. Primero, en la fase instructora, se desestimó la pretensión de la acusación particular de que se investigasen los denominados fondos reservados (autos del Tribunal de 24 de abril y 16 de mayo de 1989) ².
2. Después, en trance de juicio oral, limitado el objeto procesal a un eufemístico delito de malversación por la utilización de aquellos fondos, con exclusión de todo acercamiento a las finalidades y responsables de su empleo, el Tribunal se declara abastecido de la «imprescindible base probatoria».
3. No obstante, la sentencia proclamaba en sede de hechos probados: que no puede asegurarse que la organización GAL constituya un grupo de poder inserto en los aparatos del Estado; que los procesados contrataron a sujetos para ejecutar los hechos que sanciona; que no se ha acreditado la procedencia del dinero con que el procesado sufragó los gastos, pese a contrastar sus escuálidos ingresos oficiales con las fuertes sumas de dinero manejado y, en fin, que no le ha sido revelada al Tribunal la forma de eventual control interno de los denominados fondos reservados.
Y esto no deja de poner de manifiesto una cierta incoherencia entre aquel acotamiento del objeto procesal y las orfandades probatorias asumidas respecto de hechos que, como los no esclarecidos, no era descabellado pensar pudieran ser mejor conocidos por la investigación cegada.
4. Denunciada la nulidad del juicio por ese veto a la investigación, la sentencia entiende producida una laguna legal en la que ahoga el derecho a la tutela judicial efectiva, al tiempo que

procura el salvamento del derecho-deber del Gobierno a garantizar la seguridad del Estado de Derecho.

LA CUESTION

Los procesados pertenecían al Grupo de Información Pura (desconozco el alcance de tan sugestivo calificativo) de la Brigada Regional de Información de la Jefatura de Policía de Bilbao. La sentencia proclama que actuaron con el doble objetivo de vengar los sedicentes crímenes de ETA y disminuir la capacidad operativa de ésta.

Con tales premisas, la eventual conexión del aparato del Estado con las actividades ilícitas constituye un objeto del que, cuando menos, es más cuestionable la legalidad de su preterición que la legitimidad de su planteamiento ³.

Impedir la investigación de tal conexión es la fórmula más segura para consolidar la convicción de su realidad. Pero, aun en el marco acotado por la sentencia, se suscita la cuestión sobre la que queremos reflexionar:

¿Resulta tolerable en un estado democrático y en qué condiciones la opacidad obstativa de investigaciones necesarias para la dispensa de la tutela judicial efectiva que pretenden la actuación del *ius puniendi* del Estado?

INTERESES EN CONFLICTO

La pregunta obliga a establecer cuáles son los intereses a que responden las contrapuestas pretensiones.

- a) Las limitaciones al principio de publicidad de la actuación de los órganos del Estado tienen

¹ Citado por Sciascia en la introducción de «El Contexto». Noguer. Barcelona, 1976.

² Se asumía así el informe de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado —emitido a petición de la Sala— conforme al cual el legislador supraordenó el llamado secreto de Estado al de la investigación, sin que el Juez pueda valorar el eventual carácter abusivo de la alegación de aquel secreto. Según cita de Sanz Moreno en *Secreto e información en el Derecho Público*, pág. 2979... Homenaje al profesor García de Enterría. *Estudios sobre la Constitución Española*. Tomo III. Civitas. Madrid, 1991.

³ Puede consultarse un relevante trabajo sobre servicios secretos y estructura clandestina en la revista *Questione Giustizia*

1987, n.º 1. También la cita bibliográfica de Niceto Alcalá Zamora comentando el caso del asesinato de Humberto Delgado con denuncia de la implicación de los servicios secretos portugueses y español (*Política y proceso Civitas* Madrid, 1978) O recordar casos como los del affaire Dreyfus (un resumen abordaje se encuentra en el reciente trabajo de Fairén *Ensayo sobre procesos complejos* Tecnos) o el hundimiento del Rainbow Warrior, en referencia a los servicios secretos franceses. O en nuestro país, la no lejana y extraña resolución del denominado «caso Ballesteros» (Vid. el trabajo de Perfecto Andrés recopiado en *Justicia/Conflicto*, Tecnos, bajo el título «Razones de la Jurisprudencia y razón de Estado»).

diversos grados en su alcance: junto al deber genérico de sigilo de los funcionarios —con carácter subjetivo para su delimitación— se prevén supuestos de materias —acotadas de modo objetivo— cuya clasificación es graduable como secreta o como reservada.

Mientras los primeros supuestos son causa de relevo de la obligación de determinados sujetos respecto de la obligación de testimoniar, los segundos implican materias no susceptibles de ningún tipo de prueba.

Difiere el fundamento de una y otra limitación a la investigación. Mientras en el deber genérico del funcionario el interés protegido es la eficacia de la acción administrativa o los intereses de particulares, la clasificación de materias sólo es posible en función de la seguridad o defensa del Estado.

La sanción jurídica del incumplimiento también se gradúa desde la grave figura de la traición (arts. 122 o 122 bis y 124 del CP.) hasta la de violación de secretos (art. 367 *ibíd.*) o la mera infracción disciplinaria (art. 7 del RD. 33/1986 de 10 de enero sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado).

- b) El interés de persecución penal del Estado «contribuye a fortalecer la legitimidad democrática de la Justicia penal si tiende a la defensa de aquellos bienes jurídicos que en un Estado de Derecho las normas penales pueden tutelar, bienes respecto de los cuales el proceso penal es instrumento necesario de protección»⁴.

La sumisión de los ciudadanos, y también de los poderes públicos, a la ley es un mandato constitucional, que en el caso de la ley penal —reflejo del *ius puniendi* del Estado— sólo puede entenderse como reforzada. En su actuación se garantiza constitucionalmente el principio de legalidad, por un lado, y el de tutela judicial efectiva, por otro, constituyendo un elemento de éste el derecho a la prueba. Para su efectividad, además, establece la Constitución el obligado acatamiento por todos de las resoluciones jurisdiccionales y el deber de colaboración requerida en el proceso.

También estos intereses merecen protección penal a través de los delitos de prevaricación (art. 359 del CP) o denegación de auxilio (art. 371) además de la otorgada mediante la sanción de los delitos, quizás más graves, con los que aquellos concurrirían.

El denominado caso «Amedo» no es sino la evidencia de la potencial conflictividad de esos intereses.

Si mal puede afirmarse la insuficiencia de nuestro ordenamiento para su dirimencia, menos admisible parece emerger de la supuesta laguna —al modo de desesperado naufrago— confiriendo inmotivada hegemonía a uno de esos intereses.

EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD COMO CRITERIO⁵

El balancin de intereses constituye una técnica, cada vez menos refutable, en los supuestos de conflictos suscitados entre derechos fundamentales. Mas aceptable debe ser cuando uno de éstos entra en supuesta colisión con un interés que no merece su tipificación como tal derecho fundamental, como ocurre con la no publicidad de determinados espacios del poder estatal.

1. Toda limitación a un derecho fundamental, como lo es el que se tiene a un juicio justo (art. 6 Convención Europea) o a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), exige, como primer requisito su previsión formal en una ley que, además, debe revestirse del suficiente grado de determinación e inequívocidad. Doctrina ésta que no sólo es predicable de las ingerencias ocasionadas «por» la actividad procesal, sino también «respecto a» esa actividad, en cuanto actuación de aquel derecho a la tutela judicial en un juicio justo.

Además, aquella limitación ha de ser teleológicamente funcional a la protección de otro interés de relevancia constitucional.

En el caso enjuiciado en la sentencia comentada es de resaltar que, conforme a la ley invocada para legitimar los obstáculos a la investigación (9/1968 de 5 de abril modificada por la 48/78 de 7 de octubre; art. 2), sólo son clasificables las materias cuyo conocimiento pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. El acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 otorgó la clasificación de secreto a diversas materias y entre ellas a «la estructura, organización y procedimientos operativos específicos de los servicios de información, así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlas».

Aun cuando aquel fin de la seguridad y defensa del Estado puede entenderse de alcance constitucional, su concreción en el acuerdo gubernamental citado —además de soslayar el rango normativo de ley— carece de la taxatividad que su ulterior confrontación con un derecho fundamental exigía.

Pero es que, además, su concreta invocación es cuestionable. No puede olvidarse que la totalidad de los demás supuestos enumerados en el acuerdo tienen un inequívoco referente militar. Mal puede catalogarse en aquel apartado la actividad de los servicios policiales adscritos al Ministerio del Interior, salvo que se pretenda la militarización de las funciones de éste.

En todo caso, la actividad del aparato policial debe quedar fuera de lo secretable, con el rango de protección del secreto de Estado, si éste se configura como un Estado democrático.

Especialmente oportuna era la advertencia de Víctor Moreno Catena, tan significativa por su autoridad doctrinal como por su responsabilidad como Secretario General Técnico de ese Ministerio, circunstancia que no permite suponer variaciones de criterio. Advertía este autor que «la extensión que se deba

⁴ Degener citado por González Cuéllar en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal* Colex. Madrid, 1990, pág. 251.

⁵ Una amplia exposición del alcance de este principio puede estudiarse en *Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*, Nicolás González Cuéllar. Colex. Madrid, 1990.

conferir a la expresión «defensa y seguridad del Estado»... debe quedar constreñida a la seguridad y defensa frente a una agresión efectiva o posible de un Estado extranjero»⁶.

También en la doctrina italiana coincidían Perchinunno⁷ y Pisapia⁸ en que sólo el secreto militar puede constituir un tolerable secreto de Estado, mientras que el denominado secreto político, por su «elasticidad» puede devenir fácilmente mero secreto de Gobierno y aun mero «secreto profesional de algún hombre político»⁹.

2. Cada vez que un derecho fundamental puede ser comprometido, la Constitución convoca al Poder Judicial como único que está legitimado para valorar la proporcionalidad de las medidas que lo limitan (arts. 17, 18, 20, 22, CE)¹⁰.

Se suscita así el problema de la legitimación del poder llamado a establecer el límite de la investigación. En un doble sentido: a) quien determina la materia tipificada como secreta, y b) quien decide si la pretensión investigadora incide o no en aquella materia.

El primer problema se soluciona, no de modo inquestionable, en la ley citada. Sólo el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor (art. 4). Conviene advertir que la inaccesibilidad no es absoluta. No sólo porque no alcanza a las Cámaras (art. 10), sino porque se prevé que aquellos órganos faculten el conocimiento con las formalidades y limitaciones que se determinen (arts. 8 y 11).

El segundo problema no se resuelve por la simple cita del artículo 417 LECR. Por un lado, este precepto sólo releva al funcionario de la obligación de declarar, pero no excluye la materia como objeto de investigación por otros medios (registro documental). Por otro, porque deja en la indefinición cuál sea la autoridad que puede vincular al eventual testigo a obediencia debida para guardar silencio.

Pero es que, además, dicho precepto no obliga al juzgador a aceptar como inquestionable la excusa alegada. Si éste, actuando sus potestades, entiende improcedente, o, al menos inmotivada, la alegación de secreto, y resuelve iniciar causa penal, el problema se desplaza al consiguiente nuevo proceso que debe incoarse para injuiciar el eventual delito de desobediencia o denegación de auxilio. Esta responsabilidad sólo podría eludirse entonces si la negativa se funda de modo satisfactorio al parecer precisamente de la autoridad judicial, que resulte

competente en función de la persona responsable.

Las soluciones en el derecho comparado distinguen entre el genérico deber de sigilo funcional y el verdadero secreto de Estado. El artículo 137 del CPP portugués emplaza al Ministro de Justicia para que en treinta días confirme el secreto invocado por el testigo. El artículo 202 del CPP italiano exige esa confirmación por el Presidente del Consejo de Ministros en sesenta días. En uno y otro caso el silencio desautoriza la excusa.

En ambos ordenamientos, cuando se trata de secreto oficial —no de Estado— es la autoridad judicial la que, en definitiva, determina si la excusa es legítima.

No parece difícil admitir, por otro lado, que, en este punto, no sólo se trata de un conflicto entre intereses, sino también de un conflicto entre poderes del Estado, como advertía Pisani¹¹. Conviene recordar con Sturla que el vínculo impuesto al juez se traduce inevitablemente en una limitación de la autonomía e independencia de la función jurisdiccional, porque, haciendo depender la resolución de una específica cuestión del juicio de un órgano administrativo, se conculca la libertad de apreciación del juez sobre aquel punto¹².

La solución adoptada por la *House of Lords* británica, confiriendo al juez poder para inspeccionar de manera reservada los documentos secretos antes de su producción procesal, no es aceptable en nuestro derecho por cuanto limitaría el acceso a ellos de las partes con infracción del derecho de defensa, pero revela cómo también en ese sistema se confía al poder judicial la decisión final^{13, 14}.

Nuestro ordenamiento no permite la formalización ante el Tribunal Constitucional del conflicto entre el órgano jurisdiccional y el ejecutivo que decide obstar la investigación de aquél¹⁵. Pero aquél puede ser requerido, a través del recurso de amparo para, agotada la vía jurisdiccional, proteger el derecho fundamental de las partes procesales —acusadoras y acusadas— a la tutela judicial efectiva.

La decisión del Tribunal Constitucional sólo será posible tras la valoración de la legitimidad de la alegación del secreto decidido por el Gobierno, el cual deberá motivarla en ese proceso de amparo. Pero si éste tiene naturaleza subsidiaria¹⁶, no se comprende que la capacidad de conocimiento y decisión no venga ya atribuida a la autoridad jurisdiccional llamada a dispensar la tutela de los derechos funda-

⁶ Victor Moreno Catena. *El Secreto en la prueba de testigos del proceso penal*. Montecorvo Madrid, 1980, pág. 279.

⁷ Vincenzo Perchinunno. *Limiti soggettivi della testimonianza nel processo penale*. Giuffrè. Milano, 1972, págs. 201 y ss.

⁸ Gian Domenico Pisapia. *Prova penale e segreto politico-militare*. En: *Archivio giuridico*, 1968, págs. 428-429.

⁹ Cuestionable parece el criterio al respecto mantenido por Jesús Bernal en «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal». *Revista Poder Judicial*, 2.º, época, número 5, págs. 20 y 21.

¹⁰ Ya Otto Bachoff proclamaba que la única fuerza que puede garantizar que al menos los valores superiores del Derecho y del orden, que la Constitución ha establecido como fundamentales, permanezcan protegidos, es el juez. *Jueces y Constitución*. Cuadernos Taurus, Madrid, 1963, pág. 45.

¹¹ Pisani. *Testimonianza e segreti*. Centro Nazionale di Prevenzioni e Difesa Sociale». Giuffrè. 1984.

¹² Citado por Moreno Catena en ob. cit., pág. 291.

¹³ Sobre el límite del Crown privilege puede consultarse el comentario a la sentencia del caso *Conway versus Rimmer* & al. de M. Capeletti en «Il segreto di Stato in una recente sentenza della House of Lords». *Riv. Dir. Proc.*, 1968, págs. 330 y ss.

¹⁴ En el trabajo citado informa Pisapia como en el ordenamiento germánico, aun cuando el juez penal deba someterse a la decisión del ejecutivo, la parte interesada en la prueba puede ejercitar acciones para tutelar su interés sometiendo a crítica la decisión gubernativa. Da cuenta también de la actitud de los órganos jurisdiccionales USA para someter a su control directo los documentos declarados secretos. *Loc. cit.* págs. 430 y 431.

¹⁵ Por el contrario, en el derecho portugués, el enjuiciamiento de personas relacionadas precisamente con el GAL y los hechos enjuiciados en la sentencia de referencia, ha dado lugar al recurso por el tribunal penal al Tribunal Constitucional a raíz de la invocación del secreto oficial.

¹⁶ Vid Cascajo Castro y Gimeno Sendra. *El recurso de amparo*. Tecnos. Madrid, 1985, págs. 145 y 153.

mentales en el proceso judicial, de obligada precedencia al constitucional de amparo.

3. Es doctrina del TC que los recortes o limitaciones del derecho a la jurisdicción hayan de aparecer, en último término, justificados por la *ratio* de las distintas instituciones procesales en que dichos recortes o limitaciones se producen. (STC. 90/1985, 22 de julio, dictada en un caso de inmunidad parlamentaria que, siquiera en versión subjetiva, simplifica como aquí una limitación al mismo derecho fundamental).

Parece obvio recordar que, en un Estado democrático, el secreto oficial no puede ser nunca el medio para encubrir actos ilícitos.

Cuando la licitud misma de la actividad clasificada es lo cuestionado en el proceso no parece razonable conferir al órgano actuante, que por tal título está precisamente bajo sospecha, la facultad de obstar la investigación, monopolizando unilateralmente la valoración, y menos de modo inmotivado, de la procedencia legal del secreto.

Basta pensar en la restricción que supondría para la viabilidad de la acción penal ejercitada al amparo del artículo 102.2 CE contra el Presidente y miembros del Gobierno por cualquiera de los delitos contra la seguridad del Estado en el ejercicio de sus funciones.

O, de modo más contundente, si cabe, la condena a la inoperatividad de la previsión establecida en el último párrafo del artículo 55 de la CE al ordenar la exacción de responsabilidad penal por la utilización ilegítima o abusiva de las facultades conferidas en la legislación especial sobre actuación de bandas armadas o terroristas.

4. Una última aplicación del principio de proporcionalidad lleva a la comparación de las alternativas consecuencias acarreadas por el mantenimiento del secreto y por su alzamiento.

Alegar que este último implicaría sanciones penales graves revela una debilidad argumentadora que no hace sino realzar las sospechas de su ilicitud. Sería difícil imaginar la viabilidad de una acción penal contra quien no hace sino acatar la decisión jurisdiccional de la pertinencia del medio probatorio. Como difícil resulta negar esta pertinencia cuando lo puesto en cuestión es el anidamiento en el seno del aparato del Estado de organizaciones con objetivos que difícilmente pueden eludir su calificación de terroristas, pero que, en todo caso, subvierten el orden constitucional al que aquél debe someterse en su actuación.

En ese sentido cabe citar previsiones de ordenamientos, como el italiano, que en el artículo 204 de

su CPP excluye el secreto, como excepción de lo investigable, cuando se trate de delitos que atenten al orden constitucional, entre los que deben incluirse los cometidos por aparatos de poder paralelo que, insertos en él los del estado prescinden de los límites legales actuando violentamente en la forma características de los delitos de terrorismo.

Pero es que, además, esa proporcionalidad, como límite a la exención de declarar, encuentra acogida en nuestro ley procesal. Así en el párrafo segundo del artículo 418 de la LECr., que por su ubicación sistemática —después del 417— no cabe entender sólo excepcionando el artículo 416, al que se refiere su primer párrafo, se restaura la obligación de declarar, eximida en los dos precedentes, cuando la causa verse sobre delito que revista suma gravedad, por atentar a la seguridad del Estado o a la tranquilidad pública, conceptos en los que nada impide incluir supuestos como los enjuiciados en la sentencia de referencia ¹⁷.

A MODO DE CONCLUSION

Asumir incondicionadamente el principio *salus publica suprema lex*, implica una toma de postura en el conflicto siempre existente entre individuo y Estado, del cual el examinado es un ejemplo, y que, cuando se reproduce en él, a aquel tan vinculado, entre los poderes del Estado, acaba en la claudicación del que tiene por misión la defensa de los derechos del individuo: el Judicial.

Pero una tal premisa ideológica, que concluye sesgando, so pretexto de tecnicismo, la interpretación del ordenamiento jurídico, cándidamente alejada de los valores constitucionales, no debiera olvidar que la opacidad del poder es la negación de la democracia ¹⁸.

Angustiosas parecen las preguntas de H.M. Enzensberger: ¿hay asesinos justos?; ¿somos todos traidores?; ¿para qué sirven los secretos de Estado?; ¿hay padres de la patria que son gánsters, y gánsters que son empresarios? ¹⁹. Sólo cabe desear que la respuesta desmienta la definición de Elías Canetti subrayando la dependencia antigua, estrecha y oscura entre asesinato y política; ejerce el poder quien puede dar muerte a los súbditos. El gobernante es el superviviente ²⁰.

En todo caso cabe concluir con Sánchez Ferlosio citando a Schmitt y afirmar que «donde todo depende del estado de cosas concreto y del éxito concreto a alcanzar, la diferenciación entre lo justo y lo injusto se convierte en una formalidad inútil» ²¹.

¹⁷ Nótese que el artículo 55 CE, antes citado, tipifica los delitos derivados del abuso de las suspensiones de derechos autorizadas en la legislación antiterrorista como integrados en la rúbrica de los que atentan contra la seguridad del Estado.

¹⁸ Norberto Bobbio. *Las ideologías y el poder en crisis*. Ariel, pág. 182.

¹⁹ *Política y delito*. Anagrama. Barcelona, 1987, última página.

²⁰ *Masse und Macht*. Hamburgo, 1960, págs. 259 a 282 citado por Enzensberger, obra cita pág. 11.

²¹ De *La dictadura*. citado por Sánchez Ferlosio en el epílogo a *Amedo, el estado contra ETA*, de Melchor Miralles y Ricardo Arques Plaza y Janes. Cambio 16. Barcelona, 1987.