

Artículos

ESCUCHAS TELEFÓNICAS FORTUITAS Y MERMA DE LAS ATRIBUCIONES PRESIDENCIALES*

ALESSANDRO PACE **

SUMARIO:

1. PREMISA
2. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES
3. LOS HECHOS QUE ORIGINARON EL CONFLICTO
4. LAS BASES JURÍDICAS DEL CONFLICTO. LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO
5. EL RECURSO INFUNDADO EN SU CONTENIDO Y LAS CRÍTICAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL MISMO
6. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA. LA DISCUTIBLE «RELECTURA» DEL ART. 271 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
7. EL RECONOCIMIENTO DEL PODER DEL JUEZ PARA EVALUAR LAS ESCUCHAS
8. LA PREGUNTA FINAL: ¿Y LA PRIVACIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO Y DE LOS MINISTROS?

1. PREMISA

Le agradezco al prof. Francisco Balaguer y a la Universidad de Granada —donde ya he tenido el honor de ser invitado varias veces, desde que era profesor de esta Universidad el inolvidable Juan José Ruiz-Rico— la invi-

* Traducido del italiano por Sabrina Ragone.

Introducción al seminario de estudio sobre «La Sentencia de la Corte Constitucional italiana núm. 1 de 2013 y la inmunidad del Presidente de la República» (Universidad de Granada, Facultad de Derecho, 22 de marzo de 2013).

** Profesor emérito de Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Roma «La Sapienza».

tación para que introduzca el seminario de hoy, sobre la sentencia 1/2013, del 15 de enero, de la Corte Constitucional italiana: una sentencia de gran relevancia, pues por primera vez, no solamente en Italia, se analiza el problema muy peculiar de la regulación de las escuchas «accidentales» (o «fortuitas» o «casuales») de las comunicaciones telefónicas del Jefe de Estado.

Confieso que no era mi intención participar en el debate científico sobre esta decisión, puesto que, con otros colegas, defendí a la Fiscalía del Tribunal de Palermo en el conflicto que el Presidente de la República planteó ante la Corte Constitucional.

Sin embargo, el hecho de que se hayan sumado en el mismo día este seminario y la presentación de los recientes «Escritos» en mi honor —lo cual me halaga inmensamente— ha disuelto, como niebla en el sol, todos mis recelos, incluso porque debatir este problema en una perspectiva comparada puede ser especialmente fructífero desde el punto de vista científico.

2. TRES CONSIDERACIONES PRELIMINARES

Son inexcusables algunas premisas, con referencia: 1) al contexto político-institucional en el que la sentencia fue adoptada; 2) a la relevancia particular, como «parte en causa», del Presidente de la República en los conflictos de atribución entre poderes del Estado; 3) a las diferencias entre una sentencia emitida en el conflicto entre poderes y una emitida en el control de legitimidad constitucional de una disposición legislativa.

Sobre el primer punto, hay que tener en cuenta el papel tan peculiar desempeñado por el Presidente de la República Giorgio Napolitano después de la dimisión del Presidente del Gobierno Silvio Berlusconi y del posterior nombramiento de Mario Monti. Siendo la mayoría parlamentaria del Gobierno Monti una mayoría «transversal», es decir, formada por los tres principales partidos presentes en el Parlamento: Partido de la Libertad, Partido Democrático y Unión de Centro (de los cuales, dos de oposición), el Jefe del Estado ha tenido, desde noviembre de 2011 y durante toda la duración del Gobierno Monti, un indiscutible papel de apoyo al Gobierno, legitimado por el respeto unánime de los partidos más grandes y por la popularidad en la opinión pública. De allí surgió la preocupación, no sólo del

Presidente Napolitano, que la difusión del contenido de escuchas casuales, como ya había pasado anteriormente al Presidente Scalfaro¹, pudiese dañar no solamente la popularidad del Presidente, sino también, a la vez, la estabilidad del Gobierno en un momento de gravísima crisis económico-financiera.

Sobre el segundo punto, no se puede no compartir, por lo menos en los casos en los que entran en juego las prerrogativas del Jefe de Estado, lo que afirma Gustavo Zagrebelsky, con su autoridad de constitucionalista y antiguo Presidente de la Corte Constitucional. En la reciente reedición de su volumen «Giustizia costituzionale», éste subraya que, siendo el Presidente también, como la Corte, aunque por diferentes vías, «defensor de la Constitución», hay «algo que desentona, cuando el Presidente es una parte activa del conflicto». Y añade: «Es inimaginable que, en el conflicto que él mismo interpuso, sucumba. Sería un hecho contrario a la solidez de las instituciones constitucionales, instituciones que ambos tienen que defender. En estos casos, el conflicto de hecho pasa de ser un juicio basado en la paridad de armas entre las partes, a un instrumento del Presidente, incómodo para la Corte, para obtener su aval o una cobertura»².

¹ Un caso parecido de escucha indirecta y ocasional, en el que fue involucrado el entonces Presidente de la República Oscar Luigi Scalfaro, se dio el 12 de noviembre de 1993 porque se estaban monitorizando las llamadas del consejero delegado del Banco Popular de Novara. Dicha escucha había sido dispuesta por la Fiscalía de Milán y su contenido fue publicado en el periódico «Il Giornale» el 27 de febrero de 1997. El Presidente Scalfaro no interpuso ningún conflicto pero en el Senado, el 7 de marzo de 1997, se propusieron muchas interpelaciones al Ministro de Justicia. La conducta de la Fiscalía de Milán fue considerada irreprochable. Muchos desearon una ley que garantizase en esos casos la privacidad de las comunicaciones presidenciales dando al juez el poder de destruir los documentos si no son relevantes para el proceso. Véanse las Actas de Sesiones del Senado, 146.^a sesión pública, versión estenográfica, 7 de marzo de 1997.

Las partes destacadas de la escucha y todo el caso son descritos y comentados por G. ROMA, «Un altro passo verso l'invulnerabilità del Presidente della Repubblica? Il caso della c.d. intercettazione telefonica indiretta del Presidente Scalfaro», en *Giurisprudenza costituzionale*, 1999, p. 2883 ss.

² G. ZAGREBELSKY, V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, il Mulino, Bolonia, 2012, p. 428.

Este destacado estudioso había expresado las mismas dudas con anterioridad, en un extenso artículo en el periódico «La Repubblica»³ (poco después de que se presentara el recurso del Presidente Napolitano ante la Corte Constitucional) que, sin embargo, había provocado la reprensión de Eugenio Scalfari, fundador y antiguo director del diario⁴, donde se entendía la preocupación de que la desestimación del recurso podría causar la dimisión del Presidente Napolitano.

Finalmente, sobre el tercer punto, hay que evidenciar que la decisión que se comenta ha sido adoptada por la Corte Constitucional en un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado. La función de la Corte en estos casos es establecer si un poder del Estado —entendido como el órgano constitucional habilitado para manifestar «definitivamente» la voluntad del poder al que pertenece— ha invadido o mermado las atribuciones que le corresponden a otro poder. Y la Corte lo hace declarando la «pertenencia» o la «no pertenencia» del poder contestado y, en su caso, disponiendo la anulación del acto perjudicial para las atribuciones constitucionales. La comprobación de la pertenencia del poder se efectúa con base en las «normas» constitucionales, incluyéndose en esta categoría los principios y las disposiciones constitucionales, las disposiciones legislativas que los integran y las normas consuetudinarias de nivel constitucional.

Justamente porque la Corte debe decidir si ha habido o no una «violación» con consecuente «merma» del poder recurrente, la decisión, en este tipo de juicio, debe de ser necesariamente «neta»: o sí o no. En otras palabras, el fallo no puede basarse en una «manipulación» del significado normativo de la disposición legislativa determinativa de la «competencia» relevante para la decisión. Al contrario, la «manipulación» del significado

³ G. ZAGREBELSKY, «Napolitano, la Consulta e quel silenzio della Costituzione», en *La Repubblica*, 17/8/2012, p. 1.

⁴ E. SCALFARI, «Perché attaccano il Capo dello Stato», en *La Repubblica*, 19/8/2012. Véase la réplica de G. ZAGREBELSKY, «Il Colle, le Procure e lo spirito della Costituzione», *ibidem*, 23/8/2012. Los temores sobre las consecuencias político-institucionales son evidentes en el artículo de E. MAURO, «Un giornale, le Procure e il Quirinale», *ibidem*, 24/8/2012.

normativo de la disposición legislativa sometida al juicio de la Corte es posible, mejor dicho frecuente, en el control de constitucionalidad, tanto en las sentencias estimatorias como en las desestimatorias.

En consecuencia, si —para decidir que un poder ha invadido o mermado las atribuciones de otro poder— la Corte estuviese obligada a manipular una norma, ello significaría que aquella norma, con aquel significado específico, no existía antes del juicio, con lo cual la decisión de estimar o desestimar el conflicto se insertaría en un marco normativo modificado.

Y así ha ocurrido en este caso.

3. LOS HECHOS QUE ORIGINARON EL CONFLICTO

La iniciativa judicial del Jefe de Estado en este conflicto tiene su origen en una entrevista. Le preguntaron al fiscal auxiliar («sostituto procuratore») Antonino Di Matteo si entre las comunicaciones telefónicas del antiguo Ministro del Interior (Nicola Mancino), sometidas a escuchas en la investigación sobre la denominada «tratativa» entre Estado y Mafia entre 1992 y 1994, había alguna conversación con el Presidente de la República Giorgio Napolitano, y éste dijo que «En las actas depositadas no hay rastro de conversaciones del Jefe de Estado y esto significa que no son nada relevantes». La entrevista fue publicada en el periódico «La Repubblica» del 22 de junio de 2012. El Abogado general del Estado, con el impulso del Secretario general de la Presidencia de la República, pocos días después, el 27 de junio, le escribió al fiscal de Palermo, Francesco Messineo, pidiéndole que confirmara o desmintiera las escuchas de llamadas telefónicas en las que participase el Presidente de la República. El fiscal contestó así el 6 de julio: «Le comunico que esta Fiscalía, habiendo ya considerado irrelevante para el procedimiento cualquier eventual comunicación telefónica presente en las actas y dirigida al Jefe de Estado, no prevé ninguna utilización investigadora o procesal de las mismas, sino exclusivamente su destrucción a realizar conforme a la ley».

La respuesta implicaba que la escucha, habiendo sido considerada irrelevante para el procedimiento pendiente, se destruiría tras una audiencia a puerta cerrada con la presencia de los defensores de los demás investiga-

dos conforme al art. 269.2 del Código de procedimiento penal (c.p.p.), con lo cual el contenido de las escuchas se haría probablemente público. Por lo tanto el Presidente de la República planteó, sin demora, el conflicto de atribuciones en contra de la Fiscalía de Palermo el 30 de julio.

Al personarse, el fiscal de Palermo especificaba que las escuchas sobre los números del antiguo Ministro Mancino habían sido en total 9.295, en cuatro de las cuales el interlocutor era el Presidente de la República.

4. LAS BASES JURÍDICAS DEL CONFLICTO. LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO

¿Cuáles eran las bases jurídicas del conflicto? En su recurso, la Abogacía general del Estado sostenía que «las escuchas de las conversaciones en las que participa el Presidente de la República, aunque indirectas y ocasionales, (...) tienen que considerarse absolutamente prohibidas y no pueden, entonces, de ningún modo ser evaluadas, usadas o transcritas y el fiscal debe solicitar su destrucción inmediata al juez». Como base de la tesis se mencionaban los arts. 3⁵ y 90⁶ de la Constitución y el art. 7, apartados 2 y 3, de la ley 219 de 5 de junio de 1989⁷ y en las conclusiones se pedía que la Corte «declare que no es competencia de la Fiscalía del Tribunal de Palermo omitir la destrucción inmediata de las escuchas casuales del Pre-

⁵ El art. 3 de la Constitución garantiza el principio de igualdad, pero la jurisprudencia constitucional individualiza también el principio de racionalidad/razonabilidad.

⁶ Art. 90 de la Constitución: El Presidente de la República no será responsable de los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, salvo por alta traición o atentado a la Constitución.

En estos casos será acusado por el Parlamento en sesión conjunta, por mayoría absoluta de sus miembros.

⁷ Art. 7, apartados 2 y 3, de la ley 219/1989: «2. Deben en todo caso ser deliberados por el Comité los actos que disponen escuchas telefónicas o de otras formas de comunicación, o registros personales o domiciliarios, y los que aplican medidas cautelares limitativas de la libertad personal de los investigados. 3. No se pueden adoptar los actos indicados en el apartado 2 para el Presidente de la República a no ser que la Corte Constitucional haya dispuesto previamente su suspensión del cargo».

sidente de la República ni evaluar su (ir)relevancia ofreciendo una parte de ellas en la audiencia, conforme al art. 268 del Código de procedimiento penal».

Cuidado: en el recurso se le pedía a la Corte que obligase a la Fiscalía de Palermo, es decir, al ministerio fiscal, a no evaluar la relevancia de las escuchas y disponer su destrucción. Pero este poder, conforme a los arts. 269 y 271 c.p.p., no le corresponde al ministerio fiscal, sino al juez. Por lo tanto el recurrente pretendía que la Fiscalía realizase una conducta que no se le podía exigir.

Tras esta excepción de la Fiscalía, la Abogacía general del Estado, posteriormente (pero fuera de la forma correcta) modificó las conclusiones del recurso en un sentido diferente, es decir, pidió que el juez destruyera las escuchas y no el ministerio fiscal⁸. Por su parte, la Corte consideró, con cierta benevolencia, como lo había hecho con anterioridad⁹, que con base en una lectura global del recurso, éste se podía interpretar en este sentido¹⁰.

En este escrito nos interesan más los aspectos sustanciales del conflicto, con lo cual no profundizaré en los procesales. Sin embargo, hay que decir que la decisión de admitir el recurso del Presidente en contra de la Fiscalía aunque la misma no sea competente para destruir las escuchas ha tenido consecuencias en la estructura de la sentencia. Veamos cuáles.

⁸ Así en las conclusiones del escrito presentado por el Presidente de la República el 23 de noviembre de 2012.

⁹ Piénsese en el recurso interpuesto por el ex Presidente de la República Cossiga que fue admitido, a pesar de que en las conclusiones faltaba la solicitud de anulación de las dos sentencias de la Corte de Casación contestadas en el recurso (véase el auto 455/2002 de la Corte Constitucional, en *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 3745 ss., con comentario crítico de A. PACE, «Habent sua sidera lites: la discutibile ammissibilità del ricorso per conflitto tra poteri di un ex Presidente»).

¹⁰ La Corte ha sostenido que mediante «una lectura global del escrito de interposición» se podía llegar a una solución opuesta, pues en el recurso el recurrente no desconocería que «la destrucción del material probatorio depende de la decisión del juez» (sic!). En otras palabras, como en el escrito se mencionaba de paso el art. 271 c.p.p. que le otorga al juez el poder de destruir las escuchas, haber indicado en las conclusiones sólo al ministerio fiscal no sería resolutivo.

Para una crítica severa de la sentencia, desde esta perspectiva, véase L. CARLASSARE, «Napolitano, la Consulta e i dubbi che restano», en *Il manifesto*, 17/1/2013.

En el fallo de la sentencia, la Corte declara que «no le correspondía a la Fiscalía de Palermo evaluar la relevancia de las escuchas de conversaciones telefónicas del Presidente de la República, realizadas en el juicio penal n. 11609/08» y que «no le correspondía a la misma Fiscalía omitir pedir al juez la destrucción inmediata de los documentos relativos a las escuchas indicadas, conforme al art. 271.3 c.p.p., sin someter las mismas al contradictorio entre las partes y con modalidades idóneas para asegurar el secreto del contenido de las conversaciones escuchadas».

Pero lo que tenía que hacer el juez —lo cual era el verdadero objeto del juicio, tras la modificación de las conclusiones— se encuentra en el último párrafo de la motivación (fundamento jurídico 16) y no en el fallo de la sentencia; por lo tanto, el juez habría podido no adecuarse a la decisión de la Corte y decidir, conforme a la posición de la Corte de Casación (véase el § 6), adoptar su decisión en la audiencia regulada en el art. 127 c.p.p. en presencia de los abogados de las demás partes.

5. EL RECURSO INFUNDADO EN SU CONTENIDO Y LAS CRÍTICAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL MISMO

En el fondo, los Abogados del Estado consideraban que «la esfera de inmunidad que la Constitución reserva para el Jefe de Estado no constituye un privilegio inadmisibles, ligado a experiencias ya superadas definitivamente. Al contrario, las prerrogativas que la Constitución le atribuye al Jefe de Estado son funcionales a las fundamentales tareas que es llamado a desempeñar en el ejercicio de la mencionada función de garantía global de la correcta articulación del sistema que ejerce manteniendo justamente la unidad de la Nación. Es completamente evidente que, en el ejercicio de estas tareas, al Presidente de la República hay que asegurarle la máxima libertad posible de acción y privacidad, porque algunas de las actividades que realiza, además no poco significativas, no están formalizadas»¹¹.

¹¹ Recurso, p. 7.

Esta posición (es decir, que las escuchas, aunque accidentales, son contrarias a la inmunidad presidencial) en gran parte se apoyó en los fundamentos jurídicos de la sentencia, que la Corte dedicó a la reconstrucción de los poderes formales e informales del Presidente que justificarían la «privacidad absoluta» (fundamento jurídico 9) conforme a una supuesta interpretación sistemática¹². Pero tanto esta posición como el amplio listado de poderes presidenciales levantan ciertas dudas. La primera, porque en la jurisprudencia constitucional (sentencias 10/2000, 11/2000, 24/2004 y 262/2009) siempre se ha expresado la tesis de que las prerrogativas constitucionales, en la medida en que derogan el principio constitucional de igualdad, necesitan un fundamento explícito en normas constitucionales¹³. El segundo, porque el listado era irrelevante. Sólo habría sido relevante si en el conflicto se hubiese discutido la existencia o no de un caso de irresponsabilidad del Jefe de Estado conforme al art. 90 Const. y se hubiese evaluado la legitimidad o licitud de actos o comportamientos que hubiesen vulnerado intencionalmente las atribuciones presidenciales. Ahora bien, con referencia al primer punto, la sentencia misma excluye la aplicabilidad al caso del art. 90 Const. (fundamento jurídico 12); sobre el segundo, la Corte admite que las escuchas contestadas eran accidentales. Entonces no es la cantidad y calidad de atribuciones presidenciales las que podrían darles la naturaleza de «prohibidas».

Sin embargo, es cierto que cuanto más amplia es la esfera de atribuciones de un poder del Estado, más extensa es el área de la prohibición, pero esta prohibición (como la autorización) puede referirse a los actos y conductas voluntarias, no a hechos fortuitos, cuya responsabilidad, en nuestro ordenamiento, puede tener relevancia a lo mejor sólo en algunas hipótesis

¹² Véase el fundamento jurídico 8.1 y allí la afirmación de que «la evaluación de conformidad a la Constitución misma debe hacerse con referencia al sistema».

¹³ Compartimos las observaciones al respecto de A. ANZON DEMMIG, «Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione», en la revista *telemática AIC*, 2013, n. 1, que subraya que la Corte, en esta sentencia, ha abandonado, en parte, el rigor de las anteriores decisiones (24/2004 y 262/2009) para individualizar las prerrogativas constitucionales.

de responsabilidad objetiva previstas por el derecho civil¹⁴, pero nunca en el ámbito penal (ex art. 27.1 Const.).

Hemos dicho que esta posición constituye la base de la mayor parte de los fundamentos jurídicos, no de toda la motivación. En el fundamento 14, donde se afronta el punto central del conflicto —sobre si las escuchas «casuales» de las conversaciones del Presidente de la República debían considerarse prohibidas tal y como las escuchas «directas» (con la consecuencia que ambas serían vedadas conforme al art. 7.3 de la ley 219/1989)— la Corte no acepta la equiparación, confirmando, aunque no lo haga expresamente, su jurisprudencia sobre las escuchas casuales de las comunicaciones telefónicas de los parlamentarios, no equiparables a los registros previstos en el art. 68 Const. (sentencias 390/1997, 213/2010 y 214/2010)¹⁵.

La argumentación de la Corte sobre este punto es importante y merece una lectura atenta: «Si la escucha ha sido casual, es decir, no era previsible ni evitable, el problema no es afirmar su prohibición a priori, que, en general, existe pero no puede aplicarse en este caso —debido también a la modalidad técnica de su ejecución— justamente por la casualidad e imprevisibilidad de la captación (consideración que, por otro lado, excluye la necesaria premisa lógica de la solicitud del recurrente que se declare que no le correspondía a la Fiscalía no interrumpir la grabación de las conversaciones)».

¹⁴ Arts. 2048, 2049, 2050, 2053, 2054 del Código Civil. Véase también G. COTTINO, voz «Caso fortuito e forza maggiore», en *Enc. dir.*, vol. VI, Giuffrè, Milán, 1960, p. 377 y ss.

¹⁵ En la sentencia 390/2007, en el fundamento 5.3, la Corte, al excluir que se pueda aplicar el art. 68 Const. a las escuchas «fortuitas» de un parlamentario, había afirmado correctamente que «la eventualidad que la ejecución del acto sea expresión de un comportamiento persecutorio (...) queda excluida, normalmente, por la misma accidentalidad del ingreso del parlamentario en el área de escucha». Por la misma razón, con referencia a la sentencia que se comenta, las escuchas «fortuitas» de las conversaciones del Presidente de la República no constituían expresión de un comportamiento persecutorio y entonces no podían representar tampoco una vulneración voluntaria de la esfera de privacidad del Presidente de la República.

Ello significa que la Corte distingue entre «una prohibición específica» y una «prohibición preventiva general» que la misma deduce de la protección de la «privacidad absoluta» de las funciones presidenciales (fundamentos jurídicos 8-10) con referencia en particular a la «esencial protección de las actividades de equilibrio y enlace entre poderes del Estado» (FJ 14)¹⁶. Esta «prohibición preventiva general» —que ha despertado unas cuantas dudas, que se pueden compartir¹⁷— no tiene relevancia práctica a la hora de decidir, porque, como lo admite la misma Corte, «no puede aplicarse en este caso —debido también a la modalidad técnica de su ejecución— justamente por la casualidad e imprevisibilidad de la captación».

Pero hay algo más. La Corte no solamente niega que las escuchas accidentales puedan ser objeto de una prohibición específica (con lo cual considera que «la solicitud del recurrente que se declare que no le correspondía a la Fiscalía no interrumpir la grabación de las conversaciones» carece de su necesaria premisa lógica) sino que añade, desde el punto de vista de la responsabilidad de la Fiscalía de Palermo, que la posición de «quien se encuentre ocasionalmente delante de una conversación captada durante una actividad de control legítimamente dirigida hacia otro sujeto» es muy diferente de la «posición de quien deliberadamente interfiere de forma ilegítima en la esfera de privacidad de un órgano constitucional». Entonces el fiscal de Palermo no podía considerarse responsable.

¹⁶ La Corte, para demostrar que las escuchas casuales de las comunicaciones presidenciales estarían prohibidas en general, sostiene, en el fundamento 14, que, del hecho de que «el hecho fortuito no puede ser prohibido» no deriva que las escuchas casuales están permitidas, porque el nivel de tutela de la privacidad del Presidente no puede bajar debido a circunstancias no previstas. Es seguramente correcto que las escuchas casuales no pueden decirse permitidas, pero por una razón distinta a la que menciona la Corte. Sólo los comportamientos voluntarios pueden estar prohibidos o permitidos. Lo que es fortuito no se puede regular en ninguno de los dos sentidos (véase el § 5).

¹⁷ M. OLIVETTI, «Quella sentenza fa storia (ma rafforza qualche dubbio)», en *Avvenire*, 17/1/2013, p. 2, subraya la necesidad de una «mayor prudencia frente a la idea de una privacidad absoluta para los actos informales del Jefe de Estado, que corre el riesgo de ser configurado como una suerte de «gran tutor oculto de la Constitución».

Pero si las escuchas ocasionales no están prohibidas y el fiscal no puede considerarse responsable, ¿cómo puede haberse dado una merma de las atribuciones presidenciales? ¿Cómo puede ser posible que un acontecimiento fortuito merme las atribuciones constitucionales del Presidente de la República o de otro poder del Estado?

6. LAS CONTRADICCIONES DE LA SENTENCIA. LA DISCUTIBLE «RELECTURA» DEL ART. 271 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL

La Corte entonces, confirmando su anterior jurisprudencia, excluye en el fundamento 14 que una escucha fortuita de una comunicación esté prohibida. De ello deriva la consecuencia que la prohibición de las escuchas telefónicas prevista en el art. 7.3 de la ley 219/1989 no se puede aplicar también a las escuchas fortuitas.

Lo que sorprende, por lo tanto, es el error de la Corte en el siguiente fundamento (15), cuando identifica en el art. 271.3 c.p.p. la disposición que permitiría la destrucción de las escuchas «fortuitas». Esta disposición —argumenta la Corte— «prevé que el juez ordene la destrucción de la documentación de las escuchas que no pueden ser usadas conforme a los apartados anteriores del mismo artículo, en particular y en primer lugar porque fueron realizadas fuera de los casos permitidos por la ley, a no ser que ésta constituya cuerpo de delito. Por las razones mencionadas hasta aquí, las escuchas de las conversaciones del Presidente de la República se sitúan dentro de esta amplia previsión, aunque se realicen de forma ocasional».

Con esta argumentación la Corte se equivoca dos veces. La primera vez sobre el primer apartado, pues la imposibilidad de usar las escuchas que esta norma establece se refiere sólo a aquellas escuchas que fueron realizadas fuera de los casos permitidos por ley, que no puede aplicarse a las escuchas ocasionales de las comunicaciones, ya que poco antes ha afirmado que éstas no pueden ser prohibidas.

Y la Corte se equivoca la segunda vez sobre el apartado 2, conforme al cual no se pueden usar las escuchas «relativas a comunicaciones de las personas indicadas en el art. 200.1, cuando tienen como objeto hechos co-

nocidos por su ministerio, oficio o profesión»¹⁸. Quedando claro que las disposiciones de los dos primeros apartados del art. 271 c.p.p. son ambas taxativas¹⁹, no se ve cómo las funciones del Presidente de la República puedan ser consideradas estructural y funcionalmente análogas a las que desempeña el profesional hacia su cliente o el ministro del culto hacia el feligrés que le confiesa sus pecados.

Pero hay algo más. La Fiscalía de Palermo, en sus escritos presentados en el juicio, había tempestivamente mencionado que tanto la Corte de Casación²⁰ como la doctrina²¹ opinan, en la interpretación del art. 271 c.p.p., que la destrucción también tiene que ser ejecutada según la norma y, no diversamente de los artt. 268 y 269 c.p.p., es decir, ordenada en audiencia a puerta cerrada conforme al art. 127 c.p.p., por tanto, con respeto a la garantía constitucional del derecho de defensa y del principio de contradicción

¹⁸ Es decir, los ministros de un culto, los abogados, los detectives privados, los asesores técnicos y los notarios, los médicos, los cirujanos, etc.

¹⁹ La jurisprudencia considera que las hipótesis de prohibición son taxativas. Véase Corte de Casación, I sección penal, 17/12/1999, n. 790, en Cass. pen., 2001, p. 569; Corte de Casación, IV sección penal, 17/9/2004, n. 49306, en Cass. pen., 2006, fasc. 5, p. 1878; Corte de Casación, IV sección penal, 28/2/2005, n. 20130, en Giur. it., 2006, p. 583; Corte de Casación, VI sección penal, 24/11/2009, n. 48968, en CED Cass. pen., 2009, p. 245542 y en Cass. pen., 2010, fasc. n. 12, p. 4311; Corte de Casación, V sección penal, 13/3/2009, n. 14783, en CED Cass. pen., 2009, p. 243609.

²⁰ Véase en este sentido Corte de Casación, VI sección penal, 26/4/2007, n. 33810; Corte de Casación, VI sección penal, 2/4/2009, n. 14461, en CED Cass. pen., 2009, p. 243515, donde se afirma que no se puede realizar la destrucción en el procedimiento incidental «de libertate», pues presupone «una decisión sobre la imposibilidad de usar [las escuchas] en el juicio, no susceptible de modificaciones, que lleve a excluir la posibilidad de un uso futuro en el juicio en contra de otros imputados por la consideración autónoma y diferente del juez competente».

²¹ L. FILIPPI, art. 271, en A. GIARDA, G. SPANGHER (eds.), *Commentario al codice di procedura penale*, Ipsoa, Milán, 2007, p. 1998 ss.; también O. DOMINIONI, P.M. CORSO, R. GAITO, G. SPANGHER, *Procedura penale*, Giappichelli, Turín, 2010, p.319; A. GAITO, *Codice di procedura penale commentato*, Utet, Turín, 2012, p. 618. En este sentido véase asimismo F. CORDERO, «Se la procedura resta una cosa seria», en *La Repubblica*, 25/7/2012, p. 26; ID., «La geometría del diritto», en *La Repubblica*, 6/12/2012, p. 35.

(artt. 24 e 111.2 Const.). La Corte Constitucional evidentemente no ha considerado oportuno respaldar esta posición.

La consecuencia es que la Corte ha aplicado una disposición —el art. 271 c.p.p.— inaplicable por varias razones (como se ha argumentado con anterioridad) y además le ha atribuido un significado diverso de aquel que comúnmente le dan jurisprudencia y doctrina. La decisión de estimar el recurso se ha tomado, por tanto, en un contexto normativo innovado retroactivamente por la misma Corte Constitucional, lo cual no se encuentra entre las potestades de los magistrados en los conflictos entre poderes (véase supra § 2).

Tampoco se puede sostener, como algunos lo han hecho, que la Corte Constitucional, para superar el obstáculo del «derecho viviente», debería de haberse auto-planteado de forma incidental una cuestión de constitucionalidad, durante el conflicto entre poderes, acerca del art. 271 c.p.p. por su contrariedad al art. 3 Const., debido a la irracionalidad del carácter indefectible del derecho de defensa y del principio de contradicción si se trata de escuchas «fortuitas» de conversaciones del Presidente de la República irrelevantes para el juicio.

Esta cuestión habría sido inadmisibile por irrelevancia en el juicio «a quo»²², porque el art. 271 c.p.p., manipulado de esta forma, habría sido aún más manifiestamente innovador y no habría podido ser la norma a través de la cual resolver el conflicto entre poderes.

7. EL RECONOCIMIENTO DEL PODER DEL JUEZ PARA EVALUAR LAS ESCUCHAS

Como se advirtió al principio, el destino del juicio que terminó con la sentencia 1/2013 ya estaba marcado en su origen. En primer lugar, porque desestimar el recurso habría hecho posible la difusión del contenido de las escuchas accidentales, que habría sido fatal para el delicadísimo equilibrio sobre el cual se basaba el contexto político-institucional si se hubiese en-

²² Art. 23 de la ley 87/1953, del 11 de marzo.

contrado, en hipótesis, algún comentario no muy positivo del Jefe de Estado sobre uno de los líderes de la mayoría parlamentaria que apoyaba al Gobierno Monti. En segundo lugar, porque la Corte Constitucional se habría encontrado en una situación muy incómoda al contradecir al Jefe de Estado sobre el alcance de las que éste considera como prerrogativas de su función.

La Corte Constitucional, a costa de violaciones notables de normas procesales y sustanciales y de contradicciones internas, ha esquivado estos obstáculos llegando a una conclusión del juicio aceptable, al fin y al cabo, pero con algunas reservas.

Por un lado, la Corte ha admitido la imposibilidad de prohibir las escuchas ocasionales de las comunicaciones, pero por otro lado ha sustancialmente «regulado» una materia donde hay reserva de ley (con referencia a las competencias del ministerio fiscal y del juez: artt. 112 y 101 Const.), intentando establecer las consecuencias de las escuchas ocasionales del Presidente de la República.

Una vez excluida una tutela ex ante de la privacidad del Presidente, la Corte la ha recuperado ex post, pero no mediante el uso de la cobertura del secreto de estado por parte del Presidente del Gobierno acerca del contenido de una escucha que se considerase perjudicial para la estabilidad institucional —como lo había planteado la defensa de la Fiscalía²³—, sino imponiendo «a las autoridades que han ordenado y realizado las escuchas el deber de no agravar el daño a la esfera de intimidad de las comunicaciones presidenciales, adoptando todas las medidas necesarias y útiles para impedir la difusión del contenido de las escuchas» (fundamento 14).

La Corte, sin embargo, no ha estimado las pretensiones radicales de la Abogacía general del Estado, según la cual la Fiscalía de Palermo, tras haber recibido las grabaciones de las escuchas fortuitas, debería de haber solicitado al juez su destrucción inmediata. Que justamente esta sería la so-

²³ Obviamente si el Presidente del Gobierno hubiera considerado que se daba una de las hipótesis previstas en el art. 39 de la ley 124/2007. Análogamente en septiembre de 2012 había actuado en el Reino Unido el «Attorney General» vetando la difusión de algunas cartas del Príncipe de Gales.

lución adoptada por la Corte Constitucional había parecido entenderse del breve comunicado de prensa de la Corte el mismo día de la audiencia ²⁴. En aquella ocasión algunos periodistas habían deducido que el juez tendría que haber destruido las escuchas sin analizar su contenido, con una consecuente manifiesta vulneración de la independencia del poder judicial (art. 101.2 Const.).

En el fundamento 16 la Corte reconoce que las escuchas ocasionales del Presidente de la República tienen que ser destruidas, pero en el último párrafo añade que, aunque quede excluida en todo caso la audiencia a puerta cerrada con la participación de los abogados, «la autoridad judicial deberá tener en cuenta la exigencia eventual de evitar el sacrificio de intereses relativos a principios constitucionales supremos: tutela de la vida y de la libertad personal y salvaguardia de la integridad constitucional de las instituciones de la República (art. 90 Const.). En estos casos extremos, la misma Autoridad adoptará las iniciativas permitidas por el ordenamiento».

Ello debería implicar que el juez disponga la destrucción de la escucha casual no de forma inmediata, como se temía, sino sólo si en su opinión dicha escucha: 1) no contiene elementos relevantes para el juicio en el cual se desarrolla la investigación; 2) no contiene ninguna «notitia criminis» ²⁵; 3) no contiene pruebas de culpabilidad relevantes en otros juicios ²⁶.

²⁴ Comunicado de la Corte Constitucional del 4/12/2012: «La Corte Constitucional, estimando el recurso en el conflicto interpuesto por el Presidente de la República, ha declarado que no le correspondía a la Fiscalía del Tribunal ordinario de Palermo evaluar la relevancia de la documentación relativa a las escuchas de las conversaciones telefónicas del Presidente de la República, captadas en el juicio penal 11609/08 y tampoco le correspondía omitir pedir al juez su inmediata destrucción conforme al art. 271.3 c.p.p. y con modalidades idóneas para asegurar el secreto de su contenido, quedando excluido de todas formas su sometimiento al contradictorio entre las partes».

²⁵ En este sentido, véase Corte de Casación, VI sección penal, 9/3/1983, «Piermaria», en Cass. pen., 1985, p. 421; Corte de Casación, VI sección penal, 16/4/1984, «De Salve», en Giust. pen., 1986, III, p. 339; Tribunal de apelación de Génova, 22/2/1986, «Agnese e altro», en Difesa pen., 1986, fasc. 11/12, p. 82; Corte de Casación, IV sección penal, n. 2596, «A.E.», en Cass. pen., 2008, p. 284; Corte de Casación, I sección penal, 2/3/2010, n. 16293, «A. e altro», en Cass. pen., 2011, p. 2684;

La sentencia no incluye entre los principios constitucionales supremos que el juez tiene que considerar ni el derecho de defensa ni el principio de contradicción, aunque la Corte los haya considerado tales²⁷. Pero la exclusión era obvia porque éste era el objetivo del recurso del Presidente y la misma razón de ser de la decisión.

Sin embargo, plantea dudas la evaluación autónoma por parte del juez sobre la relevancia o no del contenido de la escucha en el juicio en el que había sido ordenada. Limitadamente a esta hipótesis, la presencia de los defensores sería prescindible sólo en caso de irrelevancia absoluta, para evitar que en el futuro se diga que «aquel juez no (tenía) en el cuerpo al espíritu santo: a lo mejor se equivoca(ba) definiendo irrelevante algo que era útil o esta(ba) zanjando material constituyente del cuerpo del delito»²⁸.

8. LA PREGUNTA FINAL: ¿Y LA PRIVACIDAD DEL PRESIDENTE DEL GOBIERNO Y DE LOS MINISTROS?

Queda un aspecto que no parece secundario: ¿la tutela ex post de la privacidad, de la que deriva el procedimiento peculiar de evaluación y destrucción de las escuchas fortuitas que se acaba de examinar, constituye una

Corte de Casación, V sección penal, 5/11/2010, n. 4951, «G.», en Cass. pen., 2012, p. 199; Corte de Casación, II sección penal, 7/7/2011, n. 64, en Guida al dir., 2012, n. 15, p. 77; Corte de Casación, V sección penal, 23/2/2012, n. 12252, «B. e altro», en CED Cass. pen., 2012.

²⁶ En este sentido, véase Corte de Casación, II sección penal, 23/4/2010, n. 19699, en CED Cass. 2010, rv 247104: «La prohibición de usar los resultados de las escuchas telefónicas en otros juicios se refiere sólo a su evaluación como elementos de prueba y no como noticia de delito para que se pongan en marcha nuevas investigaciones y se adquieran nuevas pruebas. (caso de uso para la adopción de un secuestro probatorio)». En esta línea también Corte de Casación, IV sección penal, 3/10/2006, n. 2596, en Cass. pen., 2008, p. 284.

²⁷ Lamenta que no se haya considerado A. ANZON DEMMIG, «Prerogative costituzionali implicite e principio della pari sottoposizione alla giurisdizione», cit.

²⁸ Así F. CORDERO, *La geometria del diritto*, cit.

exclusiva del estatus del Presidente de la República o se aplica también a los titulares de otros órganos constitucionales?

La duda tiene fundamento, pues el Presidente de la República, a pesar de todas las atribuciones puntualmente subrayadas por la Corte, no tiene «poderes activos» desde el punto de vista operativo²⁹. La misma Corte, en la sentencia que estamos comentando, ha usado (fundamento 8.3) el conocido sintagma «poder de persuasión» justamente en consideración de los poderes «no activos» que caracterizan su papel y funciones³⁰.

Ahora bien, una escucha fortuita de una llamada telefónica del Presidente del Gobierno y de un Ministro, dotados todos de «poderes activos» relacionados con competencias operativamente más importantes que las del Presidente de la República, ¿no merece quizás un tratamiento al menos análogo al Jefe de Estado, a la luz de la trascendencia de las funciones que éstos desempeñan y de la importancia política, judicial, económica y financiera que podría tener el conocimiento accidental «por parte de terceros» de una comunicación del Presidente del Gobierno o de un Ministro?

Aun admitiendo que a esta pregunta se conteste de forma positiva, es deseable que tanto la decisión sobre los ámbitos subjetivos de la extensión de la tutela de la privacidad de los órganos constitucionales extendida al caso fortuito, como la regulación concreta de las formas de tutela ex post, las tome el legislador con mayor profundidad en los detalles respecto a la sentencia comentada, y no la Corte Constitucional con otra sentencia dictada en un conflicto de atribuciones entre poderes del Estado.

²⁹ Poderes que justamente porque no son activos no implican la responsabilidad política y jurídica del Presidente de la República que recae sobre los Ministros que refrendan sus actos (art. 89 Const.). Véase la nota siguiente.

³⁰ En este sentido, véase P. BARILE, «I poteri del Presidente della Repubblica», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1958, 317 ss., quien hablaba de ello con referencia a los poderes de control y freno, estímulo e impulso a la implementación de la Constitución, y poderes dirigidos a la cobertura y al funcionamiento de los órganos constitucionales. En este sentido, véanse P. BARILE, E. CHELI, S. GRASSI, *Istituzioni di diritto pubblico*, XIII ed., Cedam, Padua, 2011, 234 ss.

Resumen:

Este trabajo es un comentario crítico de la Sentencia 1/2013 de la Corte Constitucional italiana referida a las interceptaciones casuales o fortuitas de las conversaciones telefónicas del Presidente de la República. Explica los hechos que dieron lugar al conflicto entre órganos y luego realiza una valoración crítica de la sentencia.

Palabras Clave: Corte constitucional, secreto de las comunicaciones, Presidente de la República, Sentencia 1/2013.

Abstract:

This paper is a critical commentary of the Corte Costituzionale's decision 1/2013, where the Court judged the privacy of the President of the Republic against the inquire powers of the Public Prosecutor. The essay explains the facts that raised the conflict between constitutional powers and puts forward a critical assessment.

Keywords: Corte costituzionale, privacy, President of the Republic, Decision 1/2013.