

**EL EPISODIO JUDICIAL DE LA DESCLASIFICACION
DE LOS PAPELES DEL CESID:
LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 4 DE ABRIL DE 1997.
PARADOJAS Y PARALOGISMOS DE UN CONFLICTO
ENTRE LA FUNCION DE GOBIERNO
Y EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

Por

NURIA GARRIDO CUENCA
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Castilla-La Mancha

SUMARIO: 1. ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO DE UN CASO SINGULAR. DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCION DE 14 DE DICIEMBRE DE 1995 A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 1997.—2. LAS PREMISAS JURIDICAS DE LAS SENTENCIAS: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SECRETOS OFICIALES Y LAS MATERIAS RESERVADAS COMO PARADIGMA DE LA FUNCION GUBERNAMENTAL DE DIRECCION POLITICA: a) *Algunas notas sobre el contenido formal y material de la Ley de Secretos Oficiales.* b) *La olvidada potencialidad del control parlamentario sobre las materias clasificadas articulado en la Ley de Secretos tras su reforma en 1978.* c) *La naturaleza del acto denegatorio de la desclasificación. Una aproximación dogmática al ámbito y significado de la competencia constitucional de dirección política como fundamento del contenido material del debatido «acto de gobierno».*—3. LOS LÍMITES DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS MATERIAS RESERVADAS. ¿UN CONTROL MERAMENTE DE LEGALIDAD O TAMBIÉN DE OPORTUNIDAD? ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN PARÁMETRO DE CONTROL DE PURA CREACIÓN JUDICIAL: LOS «CONCEPTOS JUDICIALMENTE ASEQUIBLES».—4. EL FALLO DEL TRIBUNAL: LA ESTIMACIÓN PARCIAL DE LOS RECURSOS. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA ADMITIDA.—5. CONCLUSIÓN. LA IMPRESCINDIBLE REVISIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE SECRETOS OFICIALES.

1. ANTECEDENTES DE HECHO Y DE DERECHO DE UN CASO SINGULAR.
DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE CONFLICTOS DE JURISDICCION
DE 14 DE DICIEMBRE DE 1995 A LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 4 DE ABRIL DE 1997

La cuestión medular del proceso que resuelven las tres sentencias objeto de este comentario es, empleando los propios términos del Tribunal Supremo, «determinar los límites de la potestad jurisdiccional para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos», en un espacio de «ponderación y compaginación de intereses constitucionales que en apariencia se revelan como de difícil conciliación»: la protección de la seguridad del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva.

Antes de analizar estas decisiones judiciales, conviene tener presentes algunas características del caso en cuestión, que lo hacen ciertamente singular y que permiten entender mejor la solución finalmente adoptada. Porque el asunto enjuiciado, en cuyo trasfondo relucen conceptos jurídicos de, al menos, controvertido significado, se ha colocado en el epicentro de una larga y acalorada discusión política, mediática y social.

En un contexto de fuerte crispación y enrarecido clima político, es importante recordarlo, el problema ha sido objeto de una auténtica «guerra de papel», cargada de medias verdades, cuando no versiones interesadas o absolutamente manipuladas. Con el peligro cierto de desvirtuar o confundir, o a veces cegar, los verdaderos y estrictos términos jurídicos del debate (1), a los que nos intentaremos ceñir en estas páginas, abstrayéndonos de la marejada mediática.

Hay que destacar, por tanto, que las peculiaridades que circundaron este caso hacen previsible y deseable que ésta sea una sentencia de «caso único» (2). Y así se valore en un futuro, meramente como la respuesta desde la instancia judicial a un singular conflicto al que hubo que repentinizar una solución inmediata. Que tan difícil misión recayera en el Tribunal Supremo quizás no fue la solución idónea, pero sí ha servido, casi más política que jurídicamente, para que el caso se dejara de utilizar como piedra de escándalo, incluso contra el propio poder judicial (3).

Hechas estas aclaraciones, creo también conveniente resaltar que el sonado origen de este proceso judicial lo constituye una sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, resolviendo el planteado por el Ministerio de Defensa y el Juzgado de Instrucción núm. 5 de la Audiencia Nacional sobre el acceso a los documentos, informaciones o materias clasificados legalmente como secretos (4). Aunque archiconocidos, los antece-

(1) Así lo resaltaba M. SÁNCHEZ MORÓN, *Actos políticos*, en el diario «El País», 7 de enero de 1997.

(2) Así lo entiende también M. SÁNCHEZ MORÓN, *Caso único*, diario «El País», 16 de abril de 1997. Y compartiendo este deseo, B. LOZANO, *El control judicial de los secretos de Estado: las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 sobre los documentos del CESID*, «REDA», núm. 94, 1997, pág. 256.

Y así parece desprenderse de la doctrina del propio Tribunal Supremo, que reiteradamente advierte sobre la utilización de la técnica del enjuiciamiento del caso concreto, donde ha debido acudir «a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial» (FJ 7.º y 8.º del recurso 726/96 y FJ 9.º del caso Urigoitia).

(3) Como se desprende de este *obiter dicta*, iterado en las tres sentencias: «cabe sostener que la Seguridad Estatal se perjudicará si no descansa en la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Fuerzas de Seguridad se ajusta en todo caso a las exigencias legales, y que la actuación judicial, cuando investiga presuntas ilegalidades policiales, se desarrolla libremente».

(4) Aunque sobre algunas de las cuestiones relacionadas con la llamada «guerra sucia» ya existían pronunciamientos judiciales anteriores. En concreto, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992, dictada en el caso GAL, donde ya se afirmó que la calificación como reservadas de determinadas partidas implicaba su carácter secreto, vedando cualquier publicidad sobre las mismas con apoyo en el artículo 367 del Código Penal, que castiga al funcionario o autoridad que lo haga: «la situación legal o estatus jurídico de la cuestión está expuesto por encima y aparte de cualquier consideración que merezca su contenido, en conformidad o disconformidad».

También es verdad que alguna decisión posterior se manifestó en sentido diametral-

dentes de este caso merecen una breve y serena exposición, clave para el entendimiento de su resolución (5) y del episodio político jurisprudencial que le sucedió y culminó con las sentencias que aquí comentamos.

El conflicto se produce ante los sucesivos requerimientos del juez de instrucción, primero al CESID (por siete veces), después al Ministerio de Defensa, para la entrega de diversos documentos relativos a la supuesta guerra sucia contra ETA, organización del GAL, información sobre determinados altos cargos del Ministerio de Interior y estructura de los archivos del CESID. El director del Centro reiteró en todas y cada una de las ocasiones el carácter secreto de las informaciones, documentos y datos obrantes en el CESID, así como el deber de secreto que la legislación de secretos oficiales impone al Centro. El Ministro de Defensa, y con idéntica argumentación, formula primero un requerimiento de inhibición al Juzgado en los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, entendiéndolo que la autoridad judicial carece de competencia para conocer sin más las materias clasificadas. Con fecha de 2 de noviembre de 1995, el juez dicta un Auto en el que dispone «no admitir a trámite el conflicto de jurisdicción planteado por el Ministerio» en base, esencialmente, a dos razones: los documentos dejan de ser secretos al haberse mostrado en la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso, haberse referido a ellos algún encausado en la investigación y estar algunos publicados en el diario «El Mundo» (6); y, por otro lado, que los documentos en

mente opuesto, por más que de modo bastante ambiguo, en concreto el Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995, que afirma: «Revelar a la autoridad judicial que investiga la posible comisión de un delito de uso concreto de los fondos reservados no integra delito alguno y es una obligación del funcionario no implicado, que no puede ampararse en el artículo 417 de la LECRIM.» Pero también matiza algo que no se ha resaltado suficientemente respecto a esta revelación, que constituye, «en cambio, para el funcionario imputado una facultad, al poderse hacer uso por él del derecho fundamental a no declarar en su contra que establece el artículo 24 CE». Aunque en mi opinión esta decisión judicial no tiene el alcance general que en algún foro se le ha otorgado, pues este fundamento tiene como único efecto el de desestimar la existencia de coacción o provocación para la comisión de delito de revelación de secretos por parte del juez instructor (magistrado señor Garzón), que pregunta a un funcionario (el ex alto cargo de Interior don Rafael Vera) sobre el uso o destino de unos fondos reservados.

(5) Con todo detalle ha sido ya analizada críticamente esta decisión del Tribunal de Conflictos y el propio sistema, al que se tacha (como a la legislación de secretos vigente) de inconstitucional, por Blanca LOZANO, *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración*, «REDA», núm. 91, 1996, págs. 438 y ss. En similares términos, R. PARADA VÁZQUEZ, en recensión a la obra *Democracia, jueces y control de la Administración*, núm. 139 de esta REVISTA, 1996, págs. 525 y ss.

(6) Argumentos todos ellos que serán rechazados con la máxima contundencia en las sentencias que resuelven definitivamente el conflicto.

La circunstancia de que parte de la documentación judicialmente interesada se encontrara entre la que fue objeto de información en la Comisión de Secretos no puede constituir nunca argumento que permita su traslado a instancias distintas de las parlamentarias específicamente nominadas. Es precisamente esta regulación particular para esta especialísima materia la que justifica la comisión secreta, a la que el juez en cuestión parece pretender equipararse jurídicamente, vaciando de contenido la normativa reguladora.

Ni mucho menos, y quizás en este punto es donde el juez pensamos ha cometido el mayor error interpretativo, que un secreto oficial deje de serlo porque alguien, transgrediendo claramente la normativa protectora de la confidencialidad, lo da a conocer al pú-

cuestión no afectan a la seguridad del Estado y por tanto no están amparados por la Ley de Secretos Oficiales. Ante esta decisión, el Ministro de Defensa formaliza el conflicto de jurisdicción, alegando la invasión de competencias en que había incurrido el juez de instrucción de acuerdo al artículo 1 de la Ley 2/1987.

Por Auto de 14 de noviembre de 1995, el Tribunal admite el conflicto declarando improcedente el Auto del Juzgado de Instrucción de 2 de noviembre, «en cuanto el órgano judicial se atribuía, por sí y para sí, la facultad de rechazar la admisión a trámite de un conflicto en el que no era el llamado a decidir sino solamente una de las partes de la controversia». Lo cual implicaba actuar como juez y parte en el asunto, contraviniendo el artículo 10.4 de la Ley de Conflictos, que únicamente permite al juez requerido de inhibición pronunciarse manteniendo o declinando su jurisdicción.

La decisión definitiva del Tribunal de Conflictos se fecha en 14 de diciembre de 1995, y su «núcleo básico se centra en determinar quién tiene competencia para resolver acerca de la entrega de documentos, informes y relaciones de personas objeto de requerimiento por el juez de instrucción», que son calificadas por el Tribunal en estos términos tan significativos:

«un conjunto de actuaciones que trascienden claramente la propia función jurisdiccional y se insertan en el ámbito de un *concreto aspecto de la función de gobierno... expresamente atribuidos por la Ley al Gobierno de la Nación*, en cuanto implican la exigencia de obtener determinados pronunciamientos como serían los de cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo 3 Ley Secretos Oficiales, o la obtención de las autorizaciones precisas para el acceso a las materias clasificadas o para su desplazamiento fuera de las dependencias en que se encuentren».

Por tanto, entender, como lo hizo el juez de instrucción, que cuando concurren con una investigación judicial forman parte de su ámbito interpretativo y es decisivo el criterio judicial frente al gubernamental para decidir la procedencia de la aportación a la causa, a efectos probatorios, de materiales cubiertos por declaración formal de secreto oficial «constituye un erróneo punto de partida del juez de instrucción», olvidando la esencia de un conflicto de jurisdicción, pero, sobre todo, la vigencia del bloque normativo constituido por la legislación reguladora de los secretos oficiales.

La segunda parte del conflicto zanja el delicado problema de los límites del poder judicial en su labor investigadora, en general y más especialmente en el proceso penal. El primer límite es la propia ley (arts. 117 CE y primero LOPJ), que puede modular el procedimiento de investigación al menos en dos sentidos: introduciendo determinadas exigencias al objeto de

blico. La declaración y también la cancelación de un secreto constituyen un «acto formal», según los artículos 7 y 10 de la Ley de Secretos, no susceptibles de ser desvirtuados o sustituidos por situaciones *de facto*.

tutelar otros valores o intereses que el ordenamiento quiere proteger, o defiriendo a otras instancias la posibilidad de apreciar la concurrencia de esos intereses, como ocurre «respecto del Consejo de Ministros, de las materias clasificadas y de la seguridad del Estado y defensa nacional». No por ello hay que entender que el ordenamiento deja fuera de la labor investigadora del juez espacio delictivo alguno,

«ni de creación de espacios de impunidad para ciertos comportamientos delictivos ni de exención para las Administraciones Públicas del deber de denunciar y perseguir los delitos de que tuvieran conocimiento... sino únicamente modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios» (7).

Una y otra línea argumentativa llevan a declarar al Tribunal de Conflictos, por unanimidad, la competencia controvertida en favor del Gobierno por entrar dentro de sus funciones directivas de gobierno.

Que esta decisión provocara críticas airadas era algo absolutamente predecible en nuestra galdosiana cotidianidad, especialmente por suponer un espaldarazo a la legitimidad de la razón de Estado, permitiendo zonas opacas a la investigación de los delitos, o la abertura de espacios de impunidad frente al juez, al blindar y absolutizar el secreto oficial ante el poder judicial (8). Sin embargo, cuando la acción popular interpone frente a la decisión recurso de amparo, el Tribunal Constitucional lo inadmite mediante providencia de 20 de mayo de 1996, por carecer la demanda de contenido que justifique una decisión sobre el fondo, ya que la sentencia no ha lesionado el derecho a la prueba del artículo 24.2 CE, «limitándose a resolver un conflicto entre órganos y no a declarar que las denominadas materias reservadas no son susceptibles de control jurisdiccional alguno».

(7) Resaltando el Tribunal de Conflictos que es precisamente en el ámbito del proceso penal donde se producen las modificaciones más significativas del procedimiento probatorio: unas veces por la especial tutela que la misma Constitución reconoce al secreto por razones profesionales —arts. 20.1.d) y 24.2—, otras por la protección del derecho a no *inculparse o no declarar sobre presuntos hechos delictivos por razón del parentesco* (arts. 24.1 y 24.2); también la Ley de Enjuiciamiento Criminal en sus artículos 416 y 417 consagra la dispensa de declarar para parientes y abogado del procesado, ministros religiosos y funcionarios públicos que no pudieran hacerlo sin violar el secreto que estuviesen obligados a guardar.

(8) Por ejemplo, vid. editorial y comentarios del diario «El País», 16 de diciembre de 1995. Y no menores fueron las críticas vertidas doctrinalmente, destacando por todas la ya mencionada de la profesora LOZANO, perfectamente lógica, por otro lado, desde la estrecha concepción que del sistema de conflictos jurisdiccionales parte la autora, al que entiende inadecuado a nuestro sistema de justicia: «por lo que no puede utilizarse fuera de la limitada función de *guardagujas* de las competencias atribuidas por el legislador para las que ha sido concebido sin comprometer el principio de unidad jurisdiccional y el propio sistema de división de poderes». Y es que para LOZANO esto es precisamente lo que ha sucedido con la decisión del Tribunal de Conflictos, erigiéndose «en órgano arbitral entre el Poder Ejecutivo y el Judicial y ha venido a reconocer a la Administración una nueva prerrogativa frente a la actividad judicial que puede constituirse en un importante obstáculo para la plena justiciabilidad de la actuación administrativa, un nuevo agujero negro» (*op. cit.*, pág. 445).

El Tribunal Constitucional estima, en definitiva, que la pretendida lesión del derecho a la prueba no ha podido producirse aún puesto que no se ha agotado la vía indicada por el Tribunal de Conflictos para que el juez interese del Consejo de Ministros el acceso a los documentos clasificados, que no es otra que solicitarle su desclasificación (9).

Y así se hizo presurosamente por el magistrado señor Garzón. Pero el Gobierno socialista le denegó los documentos solicitados como elementos probatorios en la investigación de los GAL por afectar a la seguridad del Estado. Tras las elecciones de 3 de marzo de 1996, los magistrados Garzón, Gómez de Liaño y Justo Rodríguez reclaman al nuevo Gobierno del Partido Popular los documentos clasificados (10). Invocando principalmente, como el Gobierno anterior, la defensa de la seguridad nacional, el acuerdo del Consejo de Ministros presidido por Aznar de 2 de agosto de 1996 deniega la desclasificación, vedando nuevamente a los jueces la prueba documental secreta requerida (11).

Pues bien, a partir de aquí, el abogado Iñigo Iruin —que ejerce la acusación particular en nombre de las familias de las víctimas de los GAL en los tres casos penales mencionados— interpone sucesivamente ante la Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo los correspondientes recursos, por la vía preferente y sumaria de la Ley de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996. Se invoca la violación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en relación a la utilización de los medios de prueba solicitados y declarados pertinentes por los instructores.

(9) Contraria a este razonamiento se muestra de nuevo LOZANO, al entender (compartiendo la interpretación del titular del juez de instrucción) que la declaración formal de secreto no vincula al juez, pudiendo acceder a los documentos clasificados sin precisar previamente su desclasificación (*El control judicial...*, op. cit., pág. 261, con cita de la opinión idéntica del voto particular a las tres sentencias realizado por el magistrado Jesús Ernesto Pérez Morate).

(10) En concreto, el auto de Garzón (que instruye el sumario relativo al presunto asesinato de Ramón Oñederra y otros) solicitando la desclasificación incluye la transcripción (aunque fragmentada e incompleta, como resaltan las sentencias de 4 de abril de 1997) de 18 supuestos documentos y notas del Servicio Secreto sobre actividades que el magistrado relaciona con la guerra sucia contra ETA, incautadas al coronel de los Servicios de Inteligencia Juan Alberto Perote en su celda de la prisión militar de Alcalá de Henares; Gómez de Liaño (instructor del sumario relativo a los delitos de detención ilegal, tortura y asesinato presuntamente cometidos contra Zabala y Lasa) añade a esta petición el contenido de una supuesta conversación entre Perote y un agente del CESID en el acuartelamiento de Intxaurreondo; Justo Rodríguez pide un documento sobre presunta manipulación de pruebas en la muerte de la etarra Lucía Urigoitia durante una intervención de la Guardia Civil para la detención de varios miembros de un comando de ETA. En total, se relacionan veinte documentos.

(11) Este acuerdo, precedido de un informe de la Asesoría Jurídica General del Ministerio de Defensa y de un dictamen del Consejo de Estado que lo avala, se funda en cinco razones que sintéticamente se refieren a: que los documentos afectan a la seguridad del Estado, que es la de todos los españoles; que la desclasificación implicaría un deterioro inadmisibles del crédito de España en sus relaciones internacionales, y pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son o fueron agentes del mismo; que la desclasificación se pide en el contexto de una investigación sumarial que no podría evitar la divulgación fuera de la investigación criminal, al incorporarse los documentos a un proceso penal en el que rigen los principios de contradicción y publicidad.

Admitido por la Sala y tras no pocas vacilaciones y desconciertos —de los que nuevamente fuimos testigos de las más variopintas versiones en los rotativos—, perfectamente lógicos y derivados del vacío legal procesal en que el órgano judicial decide actuar, se recibió el pleito a prueba documental. Esta consistió en un insólito e inopinado examen *in camera*, que se acordó reservar para los 33 magistrados que componen la Sala y ausentes los defensores de la acusación, de los documentos cuya desclasificación se reclamaba. Finalmente se dictan tres sentencias, todas de 4 de abril de 1997 (12), de las que fueron ponentes los magistrados Trillo Torres (en el caso Oñederra), Cancr Lalanne (en el caso Urigoitia) y Lescure Martín (en el caso Lasa-Zabala), en las que se declara la nulidad parcial del acuerdo del Consejo de Ministros que denegó la desclasificación de los documentos requeridos judicialmente, ordenándose al Gobierno la cancelación como reservados de 18 de los documentos solicitados. Las sentencias cuentan con catorce votos particulares (13). Alguno de ellos meramente suscita una interpretación alternativa del contenido material de los documentos. Pero, en su mayoría, discrepan en el tema central que se resuelve, al entender que la Sala ha realizado una ponderación política o desde criterios de oportunidad y no exclusivamente jurídica de los intereses y derechos en presencia, sustituyendo al Gobierno y sobrepasando los límites constitucionales de la función jurisdiccional.

2. LAS PREMISAS JURÍDICAS DE LAS SENTENCIAS: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SECRETOS OFICIALES Y LAS MATERIAS RESERVADAS COMO PARADIGMA DE LA FUNCIÓN GUBERNAMENTAL DE DIRECCIÓN POLÍTICA

Descartados los motivos de inadmisibilidad del recurso invocados por la representación estatal (14), y antes de entrar en el examen de su tema

(12) Sustancialmente idénticas en sus premisas y fundamentación jurídica, aunque después cada una aplique a los documentos sumariales interesados esta doctrina. Por ello en este comentario nos referimos conjuntamente a las tres decisiones, tomando como principal referente la sentencia relativa al caso Oñederra, sin perjuicio de alguna referencia específica a los otros casos.

(13) Seis en el caso Oñederra (magistrados Peces Morate, Sieira Miguez, Ledesma Bartret, Sala Sánchez, Xiol Ríos, y el presidente de la Sala, Rodríguez García); cinco en el caso Lasa-Zabala (Peces Morate, Sieira, Ledesma, Sala y Rodríguez); tres en el caso Urigoitia (Peces, Sala y Rodríguez).

(14) Uno de ellos explícito, la extemporaneidad del recurso, carente de toda razonabilidad según el Tribunal. El otro implícito, al encerrar realmente la excepción de inadmisibilidad fundada en la inadecuación del cauce procesal elegido por los recurrentes. Esto es, la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, en tanto el acuerdo del Consejo de Ministros era una decisión de carácter administrativo no sancionadora, lo que excluía la invocación de las garantías del artículo 24 CE (sólo esgrimibles en procedimientos judiciales o administrativos sancionadores) para recurrir por esta vía. El Tribunal Supremo rechaza esta alegación al estimar que el acto recurrido «estaba absolutamente incardinado en un proceso penal en curso, para el que [los documentos solicitados] podían constituir elemento de importancia a los efectos de las garantías de la tutela judicial del artículo 24 de la Constitución», y ello con independencia de la naturaleza sancionadora o no del procedimiento en que se dictó.

central, el Tribunal Supremo confirma sin ambages una cuestión capital que venía siendo objeto de interpretaciones dispares en foros jurídicos y profanos: la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la de 7 de octubre de 1978. Así lo deriva de la coexistencia en la Carta Magna del derecho a la tutela judicial efectiva y el control de la Administración (arts. 24, 103, 106 y 117.3 CE) con otros valores, en concreto: «las exigencias de eficacia de la acción administrativa» o «la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho», que justifican

«que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado —art. 97 CE—, una competencia primaria, en los términos que fije el legislador —art. 105.b) CE—, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad».

Ahora bien, la validez constitucional de la Ley de Secretos, «al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que la ley establece», tampoco quiere decir que tales actuaciones «no puedan a su vez ser sometidas al enjuiciamiento de este Alto Tribunal», al que compete la fiscalización judicial de los actos del Consejo de Ministros, «con el fin de controlar su conformidad a Derecho» (art. 58.1 LOPJ).

Se ha procedido de tal modo a una interpretación de la Ley de Secretos Oficiales que la hace perfectamente compatible con el ordenamiento constitucional. Aunque, estamos de acuerdo con LOZANO, tampoco era absolutamente necesaria esta adecuación hermenéutica, ya no sólo por la *voluntas legislatoris* derivada de sus antecedentes legislativos (como ha resaltado

Estamos de acuerdo en lo fundamental con el Tribunal, en cuanto a la posibilidad de aplicación del artículo 24.2 CE a la parte acusadora en el proceso penal, pues, según nos sintetiza perfectamente la profesora LOZANO al analizar este extremo (*op. cit.*, págs. 258-260), el Tribunal Constitucional ha reconocido, en relación a la modalidad de este derecho referida al uso de los medios de prueba pertinentes para la defensa, que «no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino... también a quienes mediante la querrela intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio» (STC 89/1986, de 1 de julio). Doctrina recientemente confirmada por STC 41/1997, de 10 de marzo, en la que tras discriminar perfectamente el derecho de acción y el derecho material de penar (este último de inexcusable titularidad estatal), afirma incontestablemente la procedente aplicación de las garantías del artículo 24 CE al ejercicio por los particulares de esta acción (FJ 5.^o).

De esta forma, se desarbola la tesis mantenida por RUBIO LLORENTE en el sentido de que la no aportación al proceso de pruebas de carácter inculpatario (como son las de este caso) no produciría una vulneración de las garantías de defensa judicial de los presuntos inculcados, las únicas que a su juicio ampara el iterado precepto constitucional (en el artículo *Idolos judiciales*, diario «El País» de 30 de marzo de 1997). También el voto particular a las sentencias formulado por el magistrado Sicira (Fundamento Primero en el caso Oñederra).

GARCÍA DE ENTERRÍA y a los que seguidamente nos referiremos), sino también, creemos nosotros, a tenor de su dictado explícito.

a) *Algunas notas sobre el contenido formal y material de la Ley de Secretos Oficiales*

La Ley de Secretos Oficiales antes de su reforma en 1978 respondía, obviamente, a un régimen político radicalmente distinto del actual, realidad que fácilmente trasciende en la amplitud con que era concebido el secreto oficial, no sólo normativamente sino, esencialmente, por la generosa amplitud con que fue aplicado (15). La palmaria inadecuación de la Ley de 1968 al nuevo sistema político que iba a concretar inmediatamente la Constitución de 1978 condujo a la tramitación paralela de una ley de modificación parcial que llevó a cabo la citada Ley 48/1978, de 7 de octubre.

Los cambios introducidos fueron esencialmente dos: el primero, relativo al sujeto legitimado para proceder a la clasificación; el segundo, la exclusión de las limitaciones que implica la declaración de las materias clasificadas respecto al Congreso de los Diputados y Senado, que tendrán acceso a cuanta información reclamen en la forma que determinen sus respectivos reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas.

En efecto, la Ley circunscribe exclusivamente la competencia para formular la declaración, en la esfera de sus propias competencias, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor, al tiempo que excluye la posibilidad de declarar la materia clasificada por razones de urgencia y con carácter provisional (16).

El procedimiento para la declaración se puede resumir en las siguientes fases:

1.ª) Las materias declaradas clasificadas podrán, a su vez, calificarse en las categorías de «secreto» y «reservado» en atención al grado de protección que pretenda dispensárseles, mayor en el primer caso. Estas dos variedades constituyen un *numerus clausus*. Por otro lado, en su redacción originaria, la Ley de Secretos establecía que podrían ser declaradas mate-

(15) Aplicación motivada no sólo como medio de preservar la seguridad o defensa del Estado (salvo que se interpretara esta expresión de una manera tan amplia como inaceptable), sino como un instrumento para, sencillamente, impedir la difusión de noticias más o menos adversas desde un punto de vista político. Valga como muestra el ejemplo límite que señala GÓMEZ REINO de la declaración como materia clasificada de los acuerdos de la Junta de Profesores de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense (*El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales*, «REDA», núm. 8, 1976, pág. 131, nota 41).

(16) Anteriormente se encontraban legitimados el Consejo de Ministros y sus miembros, los Jefes de las Misiones diplomáticas de España en el extranjero y el Jefe del Alto Estado Mayor. No obstante, se permitía que «por razones de urgencia y con carácter provisional», ejercitaran las facultades de clasificación los Directores generales de seguridad y de la Guardia Civil, los Jefes de Estado Mayor de cada uno de los tres ejércitos, el Jefe de la Defensa Aérea, los Capitanes generales de las Regiones militares, departamentos marítimos y regiones aéreas y los Gobernadores civiles.

rias clasificadas «los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pudiera dañar o poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometan los intereses generales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional». La Ley de modificación redujo las razones justificadoras exclusivamente al «daño o riesgo de su divulgación para la seguridad y defensa del Estado».

Pero lo más importante de esta regulación es la consagración de que la declaración de la materia se efectúa mediante acto formal de acuerdo con los términos del Reglamento de desarrollo de la Ley (art. 10.1). Así lo avalan además las sentencias que comentamos, desbaratando uno de los principales argumentos en que el juez de instrucción del Juzgado núm. 5 había fundado su competencia directa para acceder al material clasificado. El hecho de que los documentos hayan sido objeto de difusión por la prensa y otros medios «no ha alterado formalmente su naturaleza jurídica de declarados legalmente secretos». Razonamiento perfectamente coherente (aunque no en sus consecuencias, como veremos) con la contundente afirmación que expresa el siguiente fundamento jurídico de las sentencias analizadas:

«la naturaleza de las resoluciones sobre la desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución. La justificación de la atribución de esta potestad al ámbito de la actuación política del Gobierno se encuentra en que una excepción de la trascendencia que hemos descrito —art. 105.b) CE— solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional».

2.º) Junto a las materias clasificadas, tendrán también el carácter de secreto, sin necesidad de previa clasificación, las que sean declaradas como tales por ley.

3.º) La declaración de una materia como clasificada tendrá el efecto inmediato de permitir exclusivamente su conocimiento por aquellas personas debidamente facultadas al efecto, y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen. El personal que tenga conocimiento de tales materias estará específicamente obligado a mantener el secreto, y si se previera que una materia clasificada pudiera llegar a conocimiento de los medios de comunicación, se notificaría a éstos la calificación de secreto o reservado, con el objeto de evitar su difusión. Los medios represivos articulados en la Ley frente a la vulneración del deber de secreto se refieren al ámbito penal y disciplinario, con especial atención a este último, que puede acarrear la comisión de falta muy grave y dar lugar, incluso, a la separación de servicio (17).

(17) Un aspecto importante es que, frente a su redacción originaria, el nuevo artículo 13 únicamente se refiere a las sanciones conforme a las leyes penales y disciplinarias.

Pues bien, aunque las reformas introducidas eran indispensables en orden a su adecuación democrática (y ciertamente han tenido su trascendencia práctica), transcurrido ya un tiempo de su aprobación, aquéllas se muestran sensiblemente insuficientes para dar respuesta a alguno de los problemas que el desenvolvimiento constitucional ha ido planteando —como, por ejemplo, la posibilidad de declaración de materias clasifica-

excluyendo cualquier referencia a la imposición de sanciones administrativas generales. Como nos cuenta el profesor Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (en aquellos momentos senador del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes), la preocupación de los senadores en relación a la reforma de la Ley de Secretos se centraba en las limitaciones que la ley franquista imponía a la libertad de prensa, siendo una de las principales las sanciones administrativas previstas por el incumplimiento de la ley (*En los albores de la democracia*, Guara Editorial, Zaragoza, 1979; la cita la tomo de LOZANO, *op. cit.*, pág. 264, nota 13).

Aparte, esta modificación es importante porque en alguna ocasión se ha intentado buscar en la Ley de Secretos Oficiales cobertura suficiente para satisfacer la reserva de ley prevista en el artículo 25 de la Constitución, a los efectos de regular reglamentariamente la potestad sancionadora general. Recientemente, el Consejo de Estado, en su Dictamen núm. 2307/1994, de 7 de diciembre, afirmó que la Ley de Secretos Oficiales no era cobertura para las previsiones sancionadoras recogidas en el entonces Proyecto de Real Decreto por el que se establecían normas que regulan la representación cartográfica en publicaciones y la obtención de imágenes desde plataformas aéreas de zonas e instalaciones para la defensa nacional.

Por otro lado, hay que tener presente que estas cuestiones se han regulado de modo específico en leyes posteriores. Así, el deber de sigilo genérico o general que abarca todas aquellas cuestiones que el funcionario conozca por razón de su cargo, y que puede suponer la comisión de falta grave según prevé el artículo 7 del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado (RD 33/1986, de 10 de enero): «son faltas graves... j) no guardar el debido sigilo respecto a asuntos que se conozcan por razón del cargo, cuando causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio». Distinto del deber de sigilo específico que contiene el artículo 31.1.e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública, y reproducido en el artículo 6 del Reglamento de régimen disciplinario, que considera como falta muy grave (como ya hiciera la Ley de Secretos Oficiales) la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por Ley o clasificados como tales.

En este mismo sentido cabe citar la incorporación al artículo 31.1 LMRFP de un nuevo apartado ñ), por la Ley 12/1995, de 11 de mayo, de incompatibilidades de los miembros del Gobierno de la nación y de los altos cargos de la Administración General del Estado, que reza así: «se considerarán como faltas muy graves... ñ) el quebrantamiento por parte del personal que preste servicios en los Registros de Actividades y Bienes y derechos patrimoniales del deber permanente de mantener en secreto los datos e informaciones que conozca por razón de su trabajo, establecido en la Ley de incompatibilidades...».

Desde el punto de vista penal, la perspectiva adoptada por la Ley de Enjuiciamiento Criminal es la de compatibilizar el deber general de colaboración con la justicia (art. 118 CE) con la potestad de los cargos públicos de no declarar como testigos cuando no puedan hacerlo «sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar» (en una interpretación de los artículos 301 y 417 de la citada Ley procesal, sobre la que profundiza P. SANTOLAYA MACHETTI, *El control de los secretos de Estado; la experiencia en derecho comparado*, texto mecanografiado de la conferencia pronunciada en el seminario organizado por Jueces para la Democracia con el título «El control democrático de los secretos de Estado», págs. 14 y ss.). Es ésta una facultad cuyo incumplimiento puede llegar a constituir un delito (art. 417 Código Penal) y que, además, se agrava en la pena cuando se trata de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones «relativas a la seguridad nacional o defensa nacional», cuando esta información se encuentre «legalmente calificada como reservada o secreta». Así se tipifica en los artículos 598 a 603 del Código Penal, donde, ciertamente, no se establece excepción alguna a esta obligación de no divulgación, tampoco respecto al poder judicial.

das por los Ejecutivos o la ley autonómicos— (18). Pero, como los últimos acontecimientos han demostrado sobradamente, el problema capital de la normativa sobre materias clasificadas se reduce fundamentalmente a los mecanismos para su fiscalización.

b) *La olvidada potencialidad del control parlamentario sobre las materias clasificadas articulado en la Ley de Secretos tras su reforma en 1978*

Independientemente de la labor hermética del operador jurídico, es lo cierto que el marco normativo de los secretos oficiales no contempla de modo explícito ni la procedencia ni la exclusión de su control judicial. Efectivamente, en la reforma operada en 1978, y tras aceptarse una enmienda del entonces senador don Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, se suprime el contenido del artículo 10.2, que rezaba:

«No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley.»

La justificación, que el propio senador se encargó de defender ante el Pleno, fue la siguiente: «Con la modificación que se introduce ahora nada impedirá que las declaraciones en relación con los secretos oficiales puedan ser enjuiciadas por los Tribunales de lo Contencioso y enervado, por tanto, el actuar incorrecto de la Administración Pública» (19). De tal modo, y si nos atenemos exclusivamente al elemento interpretativo de los antecedentes legislativos, al menos implícitamente, de la Ley se deduce la procedencia del control judicial.

No obstante, creemos que no se ha resaltado suficientemente —más

(18) Posibilidad, sin embargo, afirmada por la Sentencia del Tribunal Constitucional 220/1991, resolviendo sobre la denegación de información por el Gobierno vasco al amparo de la declaración como reservado del destino de diversos gastos habilitados en los presupuestos generales de 1988 y 1989. En esta sentencia aparece meridianamente explícita la licitud de la actuación autonómica declarando determinados fondos reservados. Y también los riesgos evidentes del control judicial de las relaciones entre los poderes estatales, incluso cuando lo que está en juego son las conflictivas materias clasificadas:

«las respuestas o actuaciones del Gobierno en réplica a tal ejercicio (de las facultades que integran la función parlamentaria) constituyen, también en principio, ejercicio de las facultades gubernamentales propias, susceptibles de control político y parlamentario —en última instancia electoral— pero no revisables, en general, desde consideraciones de corrección jurídica, so riesgo de pretender una judicialización inaceptable de la vida política, no exigida en modo alguno con la Constitución... el cauce de control de la actuación gubernamental es el de la acción política de dichos parlamentarios, lo contrario sería suplantar dicha acción política por la de este tribunal».

(19) Este episodio legislativo es recogido por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, en *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 3.ª ed. ampliada, 1997, págs. 327-328.

bien, se ha obviado y silenciado casi sin excepción— que justo el dictado de este precepto es sustituido precisamente por el que dispone una vía explícita de control, ahora sí ejercitable en un marco democrático, el parlamentario.

Y es que entre las novedades más sobresalientes introducidas por la Ley de 1978 se encuentra en esta nueva redacción del derogado artículo 10.2 la de disponer el acceso del Congreso de los Diputados y del Senado a cuanta información reclamen en relación con materias clasificadas, en la forma que determinen sus respectivos reglamentos. Así, de modo general y extremadamente amplio, la Ley consagra la compatibilidad entre la facultad del Gobierno de declarar secretos de Estado con su control parlamentario, exigido genéricamente por el artículo 109 de la Constitución. Este precepto constitucional establece lo que SAINZ MORENO denomina principio de competencia universal de las Cortes para conocer la acción del Gobierno y de la Administración (20), cuyo fundamento se encuentra en su primigenia naturaleza de representantes del pueblo español (art. 66.1 CE), en quien reside la soberanía nacional y de quien emanan los poderes del Estado (art. 1.2 CE). La determinación concreta del procedimiento a través del cual ejercer esta prerrogativa parlamentaria se lleva a cabo, ante el vacío normativo del Reglamento del Congreso de los Diputados de 10 de febrero de 1982, con la aprobación por la Presidencia del Congreso de la Resolución de 18 de diciembre de 1986 «sobre acceso por el Congreso a materias clasificadas», sustituida posteriormente por la Resolución de 2 de junio de 1992 (21). El acceso a las materias clasificadas se articula de este modo:

1.º) Los sujetos legitimados para solicitar información sobre materias reservadas son las Comisiones y uno o más grupos parlamentarios que comprendan, al menos, la cuarta parte de los miembros del Congreso, solicitud que se tramitará por conducto de la Presidencia de la Cámara. Una vez recabada la información a través de la vía reglamentaria, ésta se facilitará en los siguientes términos:

- a) si se trata de materia clasificada en la categoría de «secreto», el Gobierno facilitará la información a un diputado por cada grupo parlamentario, elegidos al efecto por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos;
- b) si es materia clasificada como «reservada», la información se facilitará a los representantes de los grupos parlamentarios en la Comisión de la que hubiera partido la iniciativa de recabar la infor-

(20) F. SAINZ MORENO, «Secretos e información en el Derecho Público», en *Estudios sobre la Constitución. Homenaje al profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA*, Civitas, Madrid, 1991, tomo III, págs. 2958 y ss.

(21) De su naturaleza normativa e incardinación en el Reglamento de los Diputados cuya laguna se dirigía a cubrir no cabe duda alguna tras el pronunciamiento específico de la STC 118/1988, de 20 de junio (vid. R. L. BLANCO VALDÉS, *La ordenación constitucional de la defensa*, Tecnos, Madrid, 1988, en especial págs. 154 y ss.).

mación, o a los portavoces de los grupos parlamentarios si la iniciativa proviene de uno o varios de éstos.

2.º) Con carácter excepcional y motivadamente, el Gobierno —y exclusivamente él— «podrá solicitar» de la Mesa de la Cámara que la información sobre una determinada materia declarada secreta sea facilitada exclusivamente al Presidente del Congreso, o al de la Comisión implicada. O que lo sea en sesión secreta a la Comisión que la requirió o a cualquier Comisión competente en la materia si la iniciativa ha partido de un grupo parlamentario, a la que sólo podrán asistir los miembros de dichas Comisiones. Sobre ellas, claro está y según sanciona el artículo 16 del Reglamento de la Cámara, pesa la obligación de no divulgación de las actuaciones secretas o reservadas.

Así, no cabe decir tan sencillamente que la atribución por el Gobierno de condición secreta a una determinada materia significa su blindaje absoluto a cualquier fiscalización. Más bien al contrario, el legislador ha entendido obligada la accesibilidad para otro poder del Estado, justamente el que expresamente lo tiene encomendado constitucionalmente (arts. 66.2 y 108 y ss. CE) (22). Por ello, la reacción frente a una denegación de facilitar información (expresa o presunta, manifiesta o encubierta bajo el velo de una respuesta insuficiente, tautológica o incongruente) puede venir, al menos, por una doble vía: la exigencia de responsabilidad política y, jurídicamente, por el planteamiento de un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (art. 42 LOTC) —vía esta última utilizada ya en varias ocasiones (SSTC 196/1990 y 220/1991)—. Además, no estaría de más recordar, con la mejor doctrina constitucionalista, que el derecho de información es simplemente un trámite o presupuesto habilitador del control parlamentario, por lo que aún quedarían todas las vías arbitradas constitucional y legalmente para proceder a tal control (23).

Tampoco es ocioso aclarar que este esquema había funcionado pacíficamente al menos hasta mediados de 1995. Y quizás por ello no planteó ningún problema la decisión de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, de centrar los instrumentos de control de utilización de los créditos destinados a gastos reservados «en el Congreso de los Diputados, a través de una Comisión parlamentaria compuesta por el Presidente de la Cámara y aquellos diputados que, de conformidad con la normativa parlamentaria, tengan acceso a los secretos oficiales» (art. 7).

(22) Como al hilo de la polémica ha escrito Claudio MOVILLA ALVAREZ (*El secreto de Estado, entre el control y el privilegio*, en «Jueces para la Democracia», núm. 25, marzo 1996, pág. 16): «El poder legislativo tiene a su disposición una serie de mecanismos que posibilitan un cierto control del uso de las materias clasificadas, que si no son lo suficientemente efectivos no es tanto por los defectos de la propia normativa y sí por la inacción de los propios grupos parlamentarios o por el juego de alianzas, pactos y mutuas concesiones de aquéllos.»

(23) Vid. por todos J. GARCÍA MORILLO, *La democracia en España*, Alianza Editorial, Madrid, 1996, págs. 391 y ss. La doctrina del Tribunal Supremo (SSTS 9 de junio y 2 de octubre de 1987, Ars. 4018 y 6688) y del Tribunal Constitucional sigue también este criterio.

- c) *La naturaleza del acto denegatorio de la desclasificación. Una aproximación dogmática al ámbito y significado de la competencia constitucional de dirección política como fundamento del contenido material del debatido «acto de gobierno»*

Despejada por las sentencias la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales, y desde la aceptación de las restricciones al pleno conocimiento de determinados documentos «en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado» que prevé el artículo 105.b) de la Constitución, el Tribunal Supremo entra en lo que entendemos la cuestión clave del proceso, averiguar la naturaleza del acto controvertido. En apretada síntesis, determinar si el acuerdo del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos secretos es un mero acto administrativo o un acto político o de gobierno. Las premisas anteriores conducen al Tribunal a sentar sin vacilaciones que

«la naturaleza de las resoluciones sobre la desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución».

Más aún, en estas sentencias se refrenda la «clara» y «pacífica» doctrina jurisprudencial que ha derivado de la interpretación sistemática de los artículos 97 y 106.1 de la Constitución la posibilidad de «una actividad política del Gobierno no sujeta a revisión judicial» (24). Incluso el Tribunal Supremo parece entender vigente la regulación legal del llamado acto político que se encuentra en el artículo 2.b) de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (25), cuando reconoce que

(24) Con cita expresa y literal de la sentencia que resolvió sobre la legalidad del nombramiento del Fiscal General del Estado de 28 de junio de 1994 (cuyo ponente fue también Trillo Torres) y las del Tribunal Constitucional desde la de 15 de marzo de 1990 hasta la de 26 de noviembre de 1992. También la del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995, al menos en lo referido «al ámbito de la motivación en que puede fundamentarse el acto denegatorio de la desclasificación».

(25) Recordemos que, según este precepto, quedan excluidas del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueran procedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa».

Si bien el Tribunal acierta al recoger la tendencia jurisprudencial postconstitucional que, por influencia del artículo 24 CE, «ha abandonado la cita del artículo 2.b) de la Ley de la Jurisdicción, como si en él permaneciese latente el sentido elusivo de la Administración frente al control jurisdiccional de determinadas actuaciones de naturaleza plenamente administrativa».

En su lugar, la jurisprudencia —ordinaria y constitucional— relativa al acto de gobierno prefiere el soporte normativo del artículo primero de la misma Ley procesal, que implica consecuencias idénticas, por inadecuación del elemento subjetivo y objetivo de control en esta sede («la jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al derecho ad-

«nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar».

El fundamento jurídico de la sentencia del Tribunal Constitucional 45/1990, de 15 de marzo, reproducido en las decisiones que nos ocupan, es bien explícito:

«no toda actuación del Gobierno cuyas funciones se enuncian en el artículo 97 del texto constitucional está sujeta al derecho administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley u otros semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 CE. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a unas u otras parcelas de la acción».

No es objeto de este comentario reproducir ni terciar en la agria polémica que en torno al acto político vienen suscitando decisiones judiciales como la presente (aunque no ha sido ni será la única), o reformas legislativas culminadas (como la Ley 30/1992) o en curso (la de la jurisdicción contencioso-administrativa) (26). Pero tampoco podemos renunciar, por constituir el núcleo duro de la doctrina de estas tres sentencias, a precisar algu-

ministrativo»). Pero evita recuerdos sobre los indeseables abusos que a su amparo se cometieron en otras épocas, que aún lastran profundamente nuestro sistema jurídico y a nuestra mejor doctrina, que tan valientemente luchó entonces, con ciertos motivos, contra las inmunidades del poder.

En nuestra opinión, este precepto se ha visto afectado por la Constitución, aunque tampoco creo que de ella se derive su derogación sobrevinida. Lo que en todo caso resulta ya imprescindible es su depuración literal, puesto que en el mismo se encuentran más excepciones de las admisibles (por exigencias de la articulación sistemática de los arts. 24.1, 103.1 y 106.1 CE), y otras, como las relativas a las relaciones entre los poderes estatales, ni se mencionan [de esta opinión, E. COBREROS MENDAZONA, *Actos políticos y jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1995, pág. 57; o A. EMBID IRUJO, «La justiciabilidad de los actos de gobierno (De los actos políticos a la responsabilidad de los poderes públicos)», en *Estudios sobre la Constitución española*, op. cit., vol. III, pág. 2736).

(26) La cita sería ingente, por lo que nos ceñimos a una de las más recientes que, creemos, perfectamente sintetizan estos dos artículos: E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Aún sobre la reforma de la justicia administrativa y el «modelo constitucional»*. Nota última, «REDA», núm. 93, 1997, págs. 67-80; y LEGUINA VILLA, SÁNCHEZ MORÓN y ORTEGA ALVAREZ, *La polémica con el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA*, Revista «Otrosí», del Colegio de Abogados de Madrid, octubre 1996.

Para un estudio más en detalle, me remito modestamente a N. GARRIDO CUENCA, *El acto de gobierno. Un análisis en los ordenamientos francés y español*, Ed. CEDECS, Barcelona, 1997.

nas cuestiones sobre la siempre en entredicho función de dirección política del Gobierno con la que se ha venido vinculando estrechamente (y desde bien antiguo) (27) la irremediable existencia del acto de gobierno.

La función de gobierno es en nuestra Constitución una actividad material, de impulso e iniciativa en el funcionamiento del sistema político, que se plasma posteriormente en el ejercicio de potestades legislativas, ejecutivas e incluso jurisdiccionales. Como actividad normada tiene su fuente y fundamento en la Constitución, que la enuncia de modo genérico en el artículo 97 para después manifestarse, condicionarse y delimitarse por medio de competencias constitucionales diversas. Ello exige una interpretación sistemática de nuestra Carta fundamental que, desde la manifestación general de su papel director, faculta al Gobierno para realizar su función constitucional con actuaciones difícilmente encorsetables desde el punto de vista de su naturaleza. Y es que, en su actividad de dirección, el Gobierno realiza actos de heterogénea naturaleza ya que, como indica LUCAS MURILLO, «gran parte de la función de dirección política no puede ser juridificada, se ejerce a través de gestos, actos, declaraciones, conversaciones, compromisos, en fin, decisiones de naturaleza política que no se formalizan jurídicamente y que tienen su apoyo constitucional en el artículo 97 CE» (28).

En este sentido, como escribe LÓPEZ GUERRA: «dirección equivale a orientación e impulso. La función directiva consiste, en una primera aproximación, en fijar unas metas a alcanzar (objetivos de política económica, social, de relaciones exteriores, etc.) y en impulsar al resto de los órganos constitucionales para que provean las formas y medios de alcanzar estos objetivos. La dirección política es, por tanto, en gran parte, una actividad de relación del Gobierno con otros órganos constitucionales. Como consecuencia, el papel del Gobierno presenta dos dimensiones en parte contrapuestas: es "ejecutor" de decisiones de otros, pues desempeña la función ejecutiva y, al mismo tiempo, es "director", ejerce una función creadora e impulsora, que se proyecta sobre los demás poderes del Estado» (29).

Ahora bien, delimitar el ámbito conceptual del artículo 97 no es cuestión sencilla ni mucho menos pacífica. La doctrina científica, afanada en encontrar la clave de esta incógnita formulación, se encuentra dividida. Para unos, la dirección política se circunscribe, en sentido estricto, a las directrices o declaraciones programáticas; para otros, en un sentido amplio (a imagen del concepto de *indirizzo politico*, construido doctrinalmen-

(27) Aunque existen referentes anteriores, sirva como ejemplo la construcción doctrinal de CARRÉ DE MALBERG sobre el acto de gobierno como manifestación del poder de gobierno derivado directamente de la Constitución que encontramos en el clásico *Contribution à la théorie générale de l'Etat spécialement d'après les données fournies par le droit constitutionnel français*, tomo I, Sirey, París, 1920 (en la reimpresión de CNRS de 1962, vid. págs. 524 y ss.).

(28) P. LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, en la voz «Gobierno», del *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pág. 378. En el mismo sentido, J. L. PÉREZ FRANCESCH, *El Gobierno*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 83 y ss.

(29) L. LÓPEZ GUERRA, *Funciones del Gobierno y dirección política*, en «Documentación Administrativa», núm. 215, 1988, págs. 15 y ss.

ten en Italia) (30) y de modo general, implicaría el ejercicio de unas competencias constitucionales impulsoras de la actuación del Estado, de la orientación general de su funcionamiento (31).

En definitiva, el mayor problema que presenta esta genérica función gubernamental es el de su conformación y delimitación. Doctrinalmente se podrá entender más o menos ampliamente —y en nuestra opinión todas las interpretaciones son igualmente respetables—, pero el problema resur-

(30) Aunque dentro de este concepto también existen gradaciones. Por ejemplo, MARTINES distingue tres fases en la dirección política: la teleológica o de fijación de fines a conseguir; la instrumental, en la que se sitúan los mecanismos para su actuación; y la de realización o comprobación empírica de resultados. GALIZIA excluye, sin embargo, esta última fase, mientras GALEOTTI excluye la fase instrumental; CHELI, por su parte, limita esa actividad de dirección a la conversión en el terreno jurídico de directrices fijadas previamente. Es decir, no existe un concepto unívoco de la dirección política. Sobre esta doctrina pueden consultarse, entre otros, T. MARTINES, voz «Indirizzo politico», en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXI, 1971, págs. 134 y ss.; A. MANZELLA, *Il parlamento*, Il Mulino, Bolonia, 1977; C. MORTATI, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, Cedam, Padua, 1975; MANNINO, *Indirizzo politico e fiducia nei rapporti tra Governo e Parlamento*, Giuffrè, Milán, 1973; E. CHELI, «Funzione di governo, indirizzo politico, sovranità popolare», en AA.VV., *Manuale di Diritto Pubblico*, Il Mulino, Bolonia, 1984; AA.VV., *La dirigenza pubblica*, Il Mulino, Bolonia, 1990, dirigido por M. D'ALBERTI.

En general, la doctrina italiana del *indirizzo politico* puede tomarse como punto de referencia para una comprensión de la idea de orientación política general del Estado, aunque la falta de consenso en su concreción nos sitúa en el mismo problema que revierte una y otra vez sobre la indefinición del concepto jurídico. Si bien la doctrina italiana es particularmente interesante en cuanto fue de las primeras que reformuló esta teoría en los años cuarenta, hasta entonces justificada en el poder exorbitante del Gobierno y de su Capo bajo el fascismo, poniéndola al servicio de los fines estatales que afectan a la unidad e integridad del Estado. En este contexto, la programación política deviene el elemento central a desarrollar por los agentes constitucionales adecuados, partidos, Parlamento y Gobierno, convirtiéndose en este sentido en un «programa de gobierno» que debe llevarse a cabo en el marco de las estructuras constitucionales (de especial interés resulta la obra de V. CRISAFULLI, *Per una teoria giuridica del indirizzo politico*, Studi Urbinate, 1939-1940). Esta teoría en sus rasgos esenciales ha sido acogida por nuestra doctrina actual, como demuestra la obra de PÉREZ FRANCESCHI, *El Gobierno* (op. cit., en especial en las págs. 86 y ss.). Más radical se muestra E. GARCÍA LLOVET, *Control del acto político y garantía de los derechos fundamentales*, «REDC», núm. 36, 1992, donde se llega a afirmar la imposición de un «programa constitucional» a las mayorías políticas en cada momento actuantes como consecuencia obligada de la fuerza vinculante que el texto constitucional incorpora, superponiendo este programa a las posibilidades de elección que al órgano llamado a realizar la función de dirección política se le ofrecen.

Posteriormente la doctrina en Italia desarrolló el concepto de *indirizzo politico di maggioranza* como actividad que corresponde a los órganos políticos, relativa al establecimiento de los fines fundamentales de la acción estatal y que conlleva, en último término, la traducción al plano jurídico de las opciones políticas que forman la mayoría de gobierno (en especial CHELI, «Funzione di governo...», op. cit.).

(31) Sobre los problemas de un tratamiento dogmático jurídico de la dirección política «en tanto no afecta directamente a los ciudadanos en la medida que se trata de áreas de actividad que se mueven en las altas esferas de la vida política», siendo su importancia más política que jurídica, PÉREZ FRANCESCHI, *El Gobierno*, op. cit., pág. 86.

La concepción amplia como capacidad de iniciativa en la orientación de la actividad estatal ha sido expuesta por L. LÓPEZ GUERRA, «La posición constitucional del Gobierno», en *Gobierno y Administración en la Constitución*, IEF, vol. I, págs. 17-33; y del mismo autor, *Funciones del Gobierno...*, op. cit., págs. 15-40, destacando el planteamiento de un área de acción reservada al Gobierno especialmente frente al Parlamento y con alguna duda respecto al poder judicial. Y en esta línea, I. DE OTTO, *La posición constitucional del Gobierno*, «DA», núm. 188, 1980, págs. 139-182.

ge rozagante cuando el operador jurídico debe encararse ante uno de estos actos de ejercicio directivo, encontrándose con severos inconvenientes para su catalogación jurídica. Por ello es labor principal proceder, más que a una definición genérica del concepto, a desglosar este artículo 97 CE en el sentido de derivar, a la luz del dictado constitucional, las competencias formales o instrumentales que lo comprenden.

En una primera aproximación, la posición constitucional propia y ámbito genérico de competencias que para el Gobierno establece el artículo 97 implica la definición de un *status* del que derivan una serie de mecanismos que aquél ostenta para orientar primero, e instrumentar después, los fines de la acción estatal. El propio texto constitucional pone en sus manos todo un arsenal de medios formales e instrumentales que implican un reconocimiento de su papel central, dinamizador, impulsor y protagonista de la política estatal y del funcionamiento de los poderes estatales.

Efectivamente, por un lado, la dirección política se ejerce mediante una actividad básicamente relacional respecto a otros órganos, en la que activa o pasivamente el Gobierno ostenta en ciertos asuntos incluso una indudable posición de preeminencia. Podríamos hablar aquí de un bloque de auténticos actos constitucionales del Ejecutivo en un régimen parlamentario (32). Su nota específica sería una facultad de iniciativa que, definida genéricamente en el artículo 97 CE, se completa constitucionalmente en un catálogo normativo que encomienda al Gobierno, bien en exclusiva, bien de modo predominante, un abanico de actuaciones de dirección política que implican la relación con el resto de poderes, pero en las que aquél actúa libremente en la elección de su momento y orientación (33). Respecto a estas competencias derivadas directamente de la Constitución, esta misma es quien prevé y soluciona los mecanismos de control de su ejercicio, casi siempre por el Tribunal Constitucional y fundamentalmente por la vía del control político-parlamentario —pues incluso alguna de estas potestades se integra finalmente en alguna de otras funciones estatales, por ejemplo en la legislativa la iniciativa legislativa, la ratificación de los tratados internacionales o la declaración de estados excepcionales—.

Antes del recrudecimiento de la polémica sobre el acto político (espe-

(32) Vid. AA.VV., *Estudios sobre el Gobierno. Seminario sobre el proyecto de ley reguladora del Gobierno*, Universidad Carlos III de Madrid-Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1996. En particular, los análisis de PAREJO ALFONSO (págs. 59 y ss.) y AGUIAR DE LUQUE (págs. 72 y ss.).

(33) Entre estas manifestaciones serían destacables: la iniciativa legislativa —especialmente en el ámbito presupuestario—, la elaboración de normas con fuerza de ley, la interposición por el Presidente del Gobierno de recursos de inconstitucionalidad, la titularidad de la potestad reglamentaria, la dirección sobre la Administración, las facultades en relación con las Comunidades Autónomas —como el control que sobre ellas se ejerce por asignación de una ley de delegación del art. 150.2 CE en relación con el art. 153.b), o el supuesto extremo del art. 155 CE o el 161.2 CE, que permite al Gobierno, junto con la impugnación, la suspensión provisional de las normas o disposiciones autonómicas—, el referéndum consultivo del artículo 92 CE, la presentación de la cuestión de confianza o la disolución de las Cámaras, las competencias compartidas con el Parlamento en relación con los estados excepcionales, la dirección de la política exterior (en especial en el supuesto del art. 94.2) o la dirección de la defensa del Estado.

cialmente por el proyecto socialista de reforma de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa), el propio GARCÍA DE ENTERRÍA nos alumbraba cuerdamente esta renovada concepción del órgano gubernamental y su actuación:

«El Gobierno actúa, pues, constituido en órgano central de la Administración, precisamente en su centro motor o de mando. Con independencia de su posición constitucional propia, el Gobierno... es el órgano central de la Administración del Estado.

Pero el Gobierno no agota en eso sus funciones, sino que ejerce otras varias funciones constitucionales: actúa ante las Cámaras, disuelve éstas, interpone recursos de inconstitucionalidad, nombra ciertos titulares de ciertos órganos constitucionales, ejerce la gracia en materia penal, se relaciona con otros Estados, etc. *Estos actos, en los que el Gobierno no actúa como órgano de la Administración del Estado, no son por ello verdaderos actos administrativos, y no son justiciables ante los tribunales contencioso-administrativos —art. 2.b) LJ—, pero podrán en su caso ser impugnables ante el Tribunal Constitucional —la mayoría tampoco en esta vía—* (34).

Sin embargo, junto a este primer bloque, existe otro ámbito mucho más difuso de actos emanados de competencias instrumentales, inherentes o ancjas, una serie de actuaciones de respuesta a problemas o necesidades no previstos especialmente por el ordenamiento, de situaciones en que resulta necesaria, en un estado de vacío normativo casi siempre, «una acción estatal que “por la naturaleza de las cosas” hubiera de llevarse a cabo por el órgano gubernamental» (35). Incluso puede ocurrir que aquellas competencias constitucionalmente regladas conlleven una posibilidad de iniciativa en la actuación o inactuación tan amplia e indeterminada que hagan casi imposible imponer su ejercicio, pues este mismo se caracteriza por su libertad o autonomía decisional (pensemos en la puesta en marcha de la potestad reglamentaria). Y en un Estado con una fuerte carga intervencionista este tipo de actividad no se manifiesta precisamente de modo excepcional sino que, muy al contrario, puede llegar a asumir una importancia decisiva en el funcionamiento estatal más cotidiano.

El problema aquí se traslada directamente a la esfera del control judicial, en cuanto los cataloguemos como actos gubernamentales expresivos de la dirección política. A partir del artículo 24 de nuestra Carta Magna queda fuera de discusión la afirmación inicial de que en el ordenamiento

(34) *El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público*, núm. 129 de esta REVISTA, 1992, pág. 202 (la cursiva es nuestra).

(35) L. LÓPEZ GUERRA, *Funciones del Gobierno...*, op. cit., pág. 37. En este mismo sentido, A. J. PORRAS NADALES, *Actos políticos y función de dirección política*, en «Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario», núm. 3, 1991, pág. 136.

español no existen otros límites al control jurisdiccional sobre la actividad de los poderes del Estado que los contemplados en la propia Constitución. La juridificación integral del sistema se construye, junto con la cláusula del *due process* del artículo 24, a través de tres circuitos sobrepuestos: la atribución de fuerza normativa a la Constitución unido al principio de legalidad (art. 9 CE), el mecanismo de defensa de los derechos fundamentales (art. 53) y la concesión al Tribunal Constitucional de la potestad para resolver conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales del Estado. La Constitución sería en este punto la culminación de un proceso de autodesarrollo de nuestro Derecho Público español. Pero, también es verdad, no resuelve definitivamente los problemas, y el hecho de que tras su promulgación la jurisprudencia siga considerando vigente, más aún, perfectamente legítimo, aunque sometido a reformulación, el recurso a la categoría del acto de gobierno en el sentido de considerarlo inmune a su control, puede resultar ejemplar. Dos argumentos básicos se sitúan alrededor de la formulación del problema de los actos de los poderes estatales no controlables en vía judicial.

El primero es que, dentro de los límites máximos que determinan la justiciabilidad de estos actos (control de la Administración, actos lesivos de derechos fundamentales y actos que interfieren en la esfera competencial de otros poderes), es la propia Constitución la que configura esferas competenciales propias de los distintos poderes del Estado, diseñadas en base al principio de división de poderes. El segundo sería que, en consecuencia, el concepto de control, entendido habitualmente de modo simplificado como un único control jurisdiccional de legalidad (o de constitucionalidad), debería sufrir un proceso paralelo de reformulación que redimensionara su innovativa proyección, dando entrada a conceptos como el de control político, social, responsabilidad de los poderes públicos, e incluso control de la opinión pública (36).

El panorama que ofrece nuestra jurisprudencia a propósito del objeto del acto de gobierno, desde estas dos premisas, parece girar en lo fundamental alrededor de la cuestión de la configuración de la función de dirección política y, particularmente, de sus soportes decisionales. En el supuesto de actos inherentes a la dinámica del régimen parlamentario, previstos constitucionalmente, parece claro que es la norma suprema la que define y garantiza un ámbito de autonomía en la actuación del órgano gubernamental, siendo mínimos o casi inapreciables los problemas en sede jurisprudencial. El orden contencioso-administrativo se abstiene de entrar en el fondo, ni siquiera para controlar sus posibles elementos reglados, de estos conflictos, que encierran su solución en cauces jurídico-políticos que no son el control judicial ordinario. Desde el punto de vista dogmático, la aceptación de esta inmunidad judicial parece no plantear tampoco serias dudas (37).

(36) Así entiende el tema, en una posición que compartimos en su totalidad, A. J. PÓRRAS NADALES, *Actos políticos...*, op. cit., págs. 130-131.

(37) Así parece desprenderse de tesis radicalmente negadoras de la categoría del acto de gobierno, como B. LOZANO, *El control judicial...*, op. cit., pág. 274.

Ahora bien, en el resto de actuaciones gubernamentales que no cabe enmarcar tan sencillamente en este ámbito relacional, escasamente jurificados e insuficientemente definidos sus soportes normativos, el problema del control judicial se torna realmente conflictivo. Sólo una esmerada concreción casuística, jurisprudencial y dogmática, ha permitido ir encasillando distintas actuaciones gubernamentales en el ámbito de la dirección política del artículo 97 CE. En un contexto material donde, además, el órgano judicial se ha visto, en más casos de los imaginables, ante la ausencia de un parámetro normativo suficiente. Parafraseando al profesor ARAGÓN, en estos supuestos el juez se encontraría en «la franja fronteriza entre el parámetro de control considerado como conjunto normativo, preexistente y no disponible, frente a la inexistencia de un canon fijo y predeterminado de valoración, que expresa en definitiva la diferencia entre control jurídico y control político» (38).

Y es que es fácil comprobar que, en más de un caso, la actuación del Gobierno como respuesta a las demandas propias de un Estado social y democrático remite a una proyección no jurídica de la función de control —imposible por ausencia de norma referencial—, y por tanto a una dimensión más bien institucional, política o aun social de la fiscalización, lo que conduce a su vez a la afirmación del carácter relativamente autónomo de la función de impulso que la Constitución reserva al órgano gubernamental (39).

Dentro de este impredecible contenido de la dirección política encontrarían cabida, además de las actuaciones en ejercicio de la función de seguridad propias del Estado (que en el moderno Estado social intervencionista habría rebasado con mucho la vieja categoría de los *actes diplomatiques* del período liberal) (40) —aunque la seguridad exterior y, en general, la política de relación con otros Estados siga incluida por expreso mandato constitucional en esta función directiva—, toda una dinámica expansiva de actos, lo que OFFE ha denominado como seguridad estratégico-comercial (en el ámbito exterior) o políticas de *crisis management* (en el interior), que afectarían básicamente a la órbita de gestión del Presupuesto del Estado y al control financiero de las variables macroeconómicas esenciales (41).

Y es que la proyección secular del poder ejecutivo como potencial instrumento delimitador de los derechos y propiedades de los ciudadanos

(38) M. ARAGÓN REYES, *La interpretación de la Constitución y el carácter objetivado del control jurisdiccional*, «REDC», núm. 17, 1986, págs. 85-136.

(39) Aunque existen opiniones disidentes, como nos recuerda AGUIAR DE LUQUE, citando a LÓPEZ GUERRA, en *Estudios sobre el Gobierno...*, op. cit., págs. 72-73. Si bien es irremediable admitir que «pueden presentarse situaciones en que “por la naturaleza de las cosas” hubiera de llevarse a cabo una acción estatal por el poder ejecutivo».

(40) A. PORRAS NADALES, *La función de gobierno: su ubicación en un emergente modelo de Estado postsocial*, «REP», núm. 56, págs. 76 y ss.; ampliando esta idea, del mismo autor, *Introducción a una teoría del Estado postsocial*, PPU, Barcelona, 1988, págs. 76 y ss.

(41) Claus OFFE, «Dominio político e struttura di classe», en *Lo Stato nel capitalismo maturo*, Etas Libri, Milán, 1977 (la cita la tomo de A. PORRAS NADALES, *Actos políticos...*, op. cit., pág. 139, nota 28).

coexiste en una relación compleja con su alternativa proyección intervencionista, concebido como generador necesario de políticas y violador del principio de igualdad a través de políticas asistenciales o de favorecimiento de sectores sociales determinados. En este marco, la función de dirección política debe entenderse y defenderse como capacidad para decidir una actuación (o no actuación) en el amplio abanico de posibilidades finalistas del Estado y a partir de la apreciación de los complejos condicionamientos que impone una realidad fáctica oscilante y en constante proceso de transformación (42). Por ello algún autor ha llegado a hablar de la asunción de una «cierta naturaleza legislativa por parte del Ejecutivo en el desarrollo de la función de dirección política, al menos en el concreto sentido del reconocimiento constitucional de una esfera de atribuciones o competencias cuyo ejercicio implica un cierto margen de autonomía decisional» (43).

Por tanto, las mayores dificultades surgen cuando desplazamos el soporte causal de la actuación de dirección política desde un plano normativo al plano práctico del caso concreto. El problema de su control judicial, estamos de acuerdo con el profesor PORRAS NADALES, es más de fondo que procedimental, está más en encontrar el parámetro del control que en la inexistencia de normas procesales que permitan o no al juez el conocimiento —aunque tampoco pueden obviarse las importantes limitaciones que la actual norma procedimental le impone—. Porque intentar un control del ejercicio de esta función política puede suponer rebasar la función judicial pasando al terreno de la apreciación y valoración política dentro de opciones plurales alternativas, lo que ha conducido, por regla general, a la propia autorrestricción jurisdiccional (44). Así se ha señalado en el voto particular de XIOL RÍOS a las sentencias que comentamos:

«El principio de división de poderes supone necesariamente aceptar una serie de limitaciones para el acto judicial de control. Existe un núcleo de poderes de ejercicio discrecional... en donde la llamada a la autorrestricción o autonegación de los tribunales adquiere una presencia necesaria. Cuando se trata de los actos del Gobierno, la aplicación de las técnicas de control tiene que orientarse atendiendo a la

(42) Compatibilización de rasgos definitorios de nuestro Estado que ha resaltado magníficamente J. TORNOS MAS, *La situación actual del proceso contencioso-administrativo*, núm. 122 de esta REVISTA, 1990, págs. 103 y ss.

(43) A. J. PORRAS NADALES, *Actos políticos...*, op. cit., pág. 144. Tesis que toma de la doctrina italiana, y en concreto de G. DI GASPARE, *Considerazioni sugli atti di governo e sull'atto politico*, Giuffrè, Milán, 1984. Sin embargo, esta propuesta ya había sido apuntada por la siempre adelantada dogmática francesa. René CAPITANT, en su trascendental aportación a la teoría del acto de gobierno, ya definió la naturaleza «quasi legislativa» del acto de gobierno, en una argumentación alternativa y en comparación a la naturaleza ejecutiva de ciertas leyes intervencionistas (en «De la nature des actes de gouvernement», *Etudes juridiques offertes a Léon Julliot de la Morandière*, Dalloz, París, 1964, págs. 101 y ss.).

(44) A. J. PORRAS NADALES, *Actos políticos...*, op. cit., págs. 144 y ss.

función constitucional que corresponde a este órgano, evitando el riesgo de sustitución en la acción de gobierno, motivo de las acusaciones de extralimitación que a veces se dirigen contra los tribunales y de las llamadas a actuar en una función de colaboración con el buen gobierno» (Fundamento Cuarto).

3. LOS LÍMITES DEL CONTROL CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LAS MATERIAS RESERVADAS. ¿UN CONTROL MERAMENTE DE LEGALIDAD O TAMBIÉN DE OPORTUNIDAD? ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE UN PARÁMETRO DE CONTROL DE PURA CREACIÓN JUDICIAL: LOS «CONCEPTOS JUDICIALMENTE ASEQUIBLES»

Pues bien, estas últimas consideraciones nos abocan al siguiente razonamiento judicial, el más problemático de las sentencias que analizamos. Y es que, admitiendo y compartiendo la jurisprudencia que ha reconocido la existencia de una actividad política del Gobierno no sujeta al régimen común de revisión judicial, el Tribunal advierte —en un argumento perfectamente comprensible— que aquella «se oscurece y origina auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento que presionan a favor de su restricción y que obligará con frecuencia a acudir a la sensibilidad jurídica casuística propia del ejercicio de la función judicial». Entre ellas, los artículos 9 y 24 CE, que llevan a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial cuando alguna persona legitimada lo solicite,

«obligándonos a asumir aquel control (el jurisdiccional de legalidad) cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto, los tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión».

Sin perjuicio de lo que seguidamente digamos sobre esta doctrina, y aclarando que estamos de acuerdo en lo esencial con las premisas de que parte el Tribunal, el problema es que las consecuencias extraídas de la aplicación al caso concreto de esta impecable tesis vienen a desvirtuarla casi por completo. Y es que, de acuerdo a la interpretación judicial de los conceptos de seguridad y defensa del Estado como justificación de la potestad de dirección política del Gobierno para la clasificación de las materias reservadas, precisamente en el caso que le ocupa: «la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del

Estado y, por eso, acreedora de secreto» (FJ 7 caso Oñederra). Incluso que una de las notas interiores «podía incidir en la seguridad estatal... y que la actividad antiterrorista en la que se produjeron los hechos de los que deriva este recurso guarda una directa relación con la estabilidad del Estado» (FJ 10 caso Urigoitia).

Queda, por tanto, confirmada la legalidad o «el acuerdo a derecho» del ejercicio de la competencia gubernamental «desde la perspectiva de proteger la seguridad del Estado» (FJ 7). Pues bien, si el Gobierno ha actuado su competencia legal y constitucionalmente, el caso debería haber acabado aquí. Sin embargo, dando un inexplicable salto en el vacío, produciéndose un quiebro o falta de nexo lógico entre las premisas admitidas y el razonamiento subsiguiente (45), la idea de «conceptos judicialmente asequibles» (ya esgrimida en sentencias anteriores también por uno de los ponentes, el magistrado Trillo) sirve al Tribunal para realizar un juicio de ponderación entre los intereses jurídicos en lid, dando prevalencia al derivado del artículo 24 CE y desnaturalizando el otro, la competencia constitucional del *Gobierno en orden a garantizar la seguridad nacional, que se traslada en su ejercicio, pura y sencillamente, al órgano judicial*. Sintetizan este argumento los votos particulares disidentes, que centran en este punto su desacuerdo con el criterio mayoritario, en el sentido que expone el magistrado Ledesma:

«la sentencia no nos dice cuáles son los conceptos judicialmente asequibles que el Acuerdo ha aplicado o ha interpretado de modo contrario a Derecho, y tampoco expone aquellos elementos que demuestran (certeza negativa) que la seguridad del Estado no se ve afectada por la desclasificación (46)... Tal planteamiento podría ir más allá de lo judicialmente posible, puesto que, sin señalar los vicios de legalidad en que hubiera podido incurrir el acuerdo impugnado, sustituye el criterio del Consejo de Ministros por el del Tribunal, y ello, insistimos, tras aceptar la propia sentencia que el Gobierno ejerció funciones de dirección política y que el contenido de la información clasificada era acreedora de la calificación de secreta» (Cuarto).

Porque, en definitiva, la sentencia ha omitido el juicio de legalidad de los aspectos no reglados del acuerdo impugnado, pues no ha podido encontrar ni acotar un parámetro jurídico de referencia para proceder a su control. Esto es, el órgano juzgador esquivo la respuesta sobre los requisitos

(45) En el que han coincidido sus comentaristas (LOZANO, *El control judicial...*, op. cit., págs. 269 y 275) y los votos particulares, principalmente, de Ledesma y Sala.

(46) Idéntico argumento es expresado por el voto particular de Xiol Ríos, en el punto b) de sus conclusiones: «Excluidas las zonas de certeza negativa, debemos considerar que los documentos interesados afectan a la seguridad del Estado como valor constitucional y abstenernos de hacer valoraciones y gradaciones que no nos son asequibles ni el legislador nos ha aproximado.»

objetivos o límites legalmente exigidos que el acuerdo del Gobierno no ha ponderado debidamente, no ha tenido en cuenta o no ha apreciado con el acierto y la objetividad exigibles, precisamente porque nada de esto ha ocurrido o puede ocurrir sentada previamente la bondad y perfecto acomodo a la legalidad del acto de gobierno (47). Así, el juicio de legalidad a que se encuentra constreñido el juez de lo contencioso-administrativo ha sido sustituido por un juicio de ponderación de los intereses en conflicto que en absoluto le corresponde. O, por decirlo de otro modo, el juicio desde parámetros jurídicos o desde aquellos «conceptos jurídicamente asquibles» se ha visto sustituido por un juicio puramente político y desde conceptos «políticamente asequibles», pero, claro está, no a los jueces, sino justamente a las instancias políticas. Como concluye el voto particular del Presidente de la Sala, el señor Rodríguez García: «si el acuerdo recurrido está ajustado a derecho mal pueden resultar lesionados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes, que no son absolutos o ilimitados sino de configuración legal» (en idéntico sentido el Fundamento Décimo del voto particular de Ledesma). Pues

«la sujeción de los poderes públicos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9), a lo que conduce es a efectuar un control del acuerdo recurrido desde parámetros jurídicos, nunca desde criterios de oportunidad, como son los que, a mi entender, han estado presentes en la valoración recíproca de los intereses en juego efectuada por la Sala... dando lugar a un juicio de contravalor respecto al realizado por el Gobierno en concordancia con lo dictaminado por el Consejo de Estado, favorable a tener en cuenta “principalmente” el interés de la seguridad del Estado, que el Gobierno podía realizar, como responsable último de dicha seguridad, pero no un Tribunal constreñido constitucionalmente a operar siempre desde criterios jurídicos en la fiscalización de la actuación sometida a su control» (punto B).

Argumento en que también coincide el voto particular del magistrado Pascual Sala, al entender que sólo el Gobierno puede determinar lo que afecte al concepto de seguridad del Estado, «porque es el único a quien compete definir en su función de dirección política el concepto de seguridad del Estado, lógicamente con el control, fundamental en todo sistema

(47) O como expresa el voto particular del magistrado Sala: «el juicio de ponderación debe discurrir partiendo de la motivación expuesta en el acuerdo recurrido, averiguando si la denegación con que concluye puede estimarse arbitraria, desproporcionada, desprovista de racionalidad o razonabilidad, falta de coherencia, separada, en suma, del valor o valores que trata de salvaguardar» (punto noveno).

Justamente nada de lo que la sentencia mayoritaria objete, pues más bien no sólo no hace reproche alguno de arbitrariedad, sino que, antes al contrario, admite expresamente la constitucionalidad y legalidad del Acuerdo y el fin lícito y esencial para el que se toma, la salvaguarda y seguridad del Estado.

democrático, de los órganos que encarnan directamente la soberanía popular... y a salvo siempre la competencia del Tribunal Constitucional» (punto séptimo). Para aclarar que la seguridad del Estado es un «concepto puramente político, no susceptible de definición jurídica», o, como ingeniosamente intitula, «concepto político indeterminado». En el caso que nos ocupa, lleva razón el magistrado disidente, no hay «siquiera definición legal o jurídica de tan repetido concepto que, por eso mismo, ha de quedar sustraído a la definición jurisdiccional; la asequibilidad a este concepto la pueden tener los jueces como cualquier otro ciudadano, si se quiere, especialmente informado al efecto, pero sin ningún otro título particular» (Fundamento Séptimo).

Y es que esta doctrina de pura creación jurisprudencial —cuyo contenido y significado nos han resumido perfectamente los votos particulares referidos, y que compartimos— puede resultar en ocasiones insuficiente (48), cuando no improcedente (con el ejemplo paradigmático de su pacífica inaplicación judicial en los supuestos de actos de gobierno relativos a las relaciones entre los poderes) (49), para garantizar la compatibilidad constitucional de principios de difícil armonización. Y en ningún caso «las atribuciones del órgano jurisdiccional alcanzan, ni aun al socaire de la defensa a ultranza de los derechos fundamentales, a la posibilidad de constreñir a ninguno de los poderes del Estado a una actuación positiva y determinada en cuestiones que están dentro del marco de su propia y exclusiva competencia» (STS 31-10-1983).

Estamos de acuerdo con BELTRÁN DE FELIPE en que «la efectividad de la justicia ha de garantizarse dentro del marco constitucional y del equilibrio entre los poderes constituidos, y por lo tanto para tal garantía no es lícito anular un principio o estructura constitucional (como es la posición constitucional de la Administración)» (50). Trasponiendo este razonamiento y quizás con mayor motivo, tampoco la posición constitucional del Gobierno, en tanto diferenciable plenamente de la Administración (STC de 26 de noviembre de 1992). En fin, no debemos olvidar que el propio derecho a la tutela judicial efectiva, como cualquier derecho y aunque éste sea fundamental, «no es absoluto ni incondicionado», debiendo someterse al cumplimiento de los requisitos procesales que legalmente se impongan (STC 32/1991, de 14 de febrero).

(48) Como observa el voto particular de Xiol Ríos: «me ofrece dudas que, al menos en un caso de tanta trascendencia como el que nos ha correspondido resolver, el principio de configuración legislativa asequible sea una base suficientemente sólida y lo necesariamente extensa para asentar un control judicial riguroso sobre los actos políticos». Doctrina que se confirma en la STC 220/1991, citada.

(49) Así se sintetiza en la STS 15-11-1988: «los actos de relación institucional entre los poderes políticos no son actos administrativos, y la eventual infracción de cualquiera de sus elementos reglados no puede someterse al control de los tribunales sin desplazar a éstos la decisión en una materia cuyo contenido es exclusivamente político o si se quiere político-parlamentario».

(50) M. BELTRÁN DE FELIPE, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1995, págs. 212 y ss.

4. EL FALLO DEL TRIBUNAL: LA ESTIMACIÓN PARCIAL DE LOS RECURSOS. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA RELEVANCIA DE LA PRUEBA ADMITIDA

Desde estas premisas el Tribunal Supremo procede, por último, a la revisión del acuerdo del Consejo de Ministros, realizando la ponderación entre los principios de seguridad del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva en cada uno de los documentos. En el balance casuístico este derecho prevalecerá en la mayor parte de los documentos «como contrapunto dialéctico» al esgrimido por el Gobierno para la no desclasificación (51).

Sobre esta cuestión, el Tribunal establece que la valoración a efectos penales de la capacidad probatoria de los documentos constituye una competencia exclusiva del juez penal. En consecuencia, corresponde también a esta sede la determinación de las consecuencias que, en cuanto a un eventual deterioro de su relevancia como medio de prueba, deban extraerse de las circunstancias que circundan el caso, «siendo presunto que los documentos interesados fueron sustraídos ilícitamente del CESID y durante un tiempo permanecieron fuera del control de este organismo». Es por esta razón que el Tribunal Supremo acepta el juicio sobre la pertinencia de la prueba y su relevancia probatoria en el caso en los términos que expone y razona el juez penal, remitiéndose en su propio análisis a la valoración del juez instructor. Incluso, en relación a algún documento, la prevalencia del derecho a la tutela judicial que postula el mantenimiento del secreto se explica exclusivamente por la aceptación *in totum* del juicio penal de relevancia de los documentos probatorios (52). Los votos particulares a los casos Oñederra y Lasa-Zabala de los magistrados Sieira y Ledesma coinciden en su crítica a este razonamiento, entendiendo que el Tribunal debía haber realizado un juicio de relevancia constitucional de los documentos desde la perspectiva del artículo 24 CE. Y no olvidemos —como resalta el magistrado Sieira— que «el procedimiento de la Ley 62/1978 en que nos encontramos tiene como única finalidad obtener, en sede jurisdiccional ordinaria, el amparo frente a posibles violaciones de derechos fundamentales, mediante un exclusivo juicio de constitucionalidad en el que ha de analizarse la relevancia que la omisión de un medio

(51) De hecho, sólo en los documentos cifrados como 6.f), 11.k) y 17.p) del caso Oñederra el Tribunal admite la prevalencia de la seguridad del Estado, y decide el mantenimiento de la clasificación, pues «la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son o fueron agentes operativos del mismo, o de sus familiares y allegados». El Tribunal también acepta la «certeza» de la declaración del Gobierno sobre los documentos que no se encontraban en los archivos del CESID, en los que no procede, en consecuencia, aventurar una ponderación.

(52) Así, en relación al documento 4.d), relativo a la tan traída y llevada «Acta fundacional de los GAL», sobre el que, aun reconociendo su carácter de estudio o análisis «propio de lo más interno de la inteligencia», declara la procedencia de su desclasificación «dado el carácter básico que le atribuye el juez de instrucción». Y también en los documentos 7.g) y 16.o), sobre los que puramente se afirma que «su eventual afección a la seguridad del Estado en absoluto puede compararse con la que penalmente se deriva de la petición judicial».

de prueba pueda tener en la resolución del litigio en que aquélla se produce».

Como nos recuerda LOZANO —aunque entienda inaplicable esta doctrina a los casos, por tratarse de un proceso penal en curso—, la STC 45/1990, de 15 de marzo, puede ser ilustrativa del significado de la vulneración del derecho a la prueba:

«para que tenga consistencia una queja fundada en la indebida admisión de una prueba no basta con alegar que dicho medio probatorio guardaba relación con el *thema decidendi* o que no es razonable la motivación judicial sobre la impertinencia de la prueba propuesta, sino que es necesario, además, que el demandante de amparo razone acerca de la trascendencia que dicha inadmisión pudo tener en la Sentencia, ya que sólo entonces podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho fundamental invocado en amparo»

Y es que un punto relevante, en que también sincronizan los votos particulares, se refiere al método de ponderación esgrimida en relación al contenido constitucional del derecho a la prueba. En concreto, en el caso de que los documentos no constituyan prueba directa de hechos gravemente delictivos (justamente ninguno de los desclasificados) o, «aun siéndolo, sean fácilmente sustituibles por otros medios probatorios». En estos supuestos, y de acuerdo a la doctrina constitucional, el valor ínsito en la protección de la seguridad del Estado debe prevalecer, y no precisamente al contrario, como ha ocurrido en las sentencias (voto particular de Xiol Ríos, Undécimo).

Pero, en todo caso, lo que nos parece más grave es que las sentencias no afirman con rotundidad y convicción absoluta la vulneración «material y efectiva» del derecho a la tutela judicial efectiva (según doctrina constante del Tribunal Constitucional; por todas, la reciente 169/1996 y las que en ella se citan). No creemos de recibo que, en el análisis detallado de los documentos a desclasificar, la ponderación del Tribunal se realice en términos de mera «posibilidad», cuando no empleando razonamientos totalmente anfibológicos (53). Más peligroso aún nos resulta que de la lectura de las sentencias se desprenda sin duda alguna que la información reclamada por los Juzgados de Instrucción fuera incompleta y fragmentaria, sobre todo porque el Tribunal acepta en su totalidad el juicio de relevancia que aquellos Juzgados realizaron sobre tales documentos. Así lo advierte el Tribunal Supremo resaltando la conveniencia de interpretar lo solicitado en el conjunto de los documentos íntegros que analizó *in camera*, pues en caso contrario pudiera llegarse a

(53) En lo que insiste fundamentalmente el voto particular del magistrado Xiol Ríos (Fundamentos Cuarto y Decimotercero), no siendo escasas las «argumentaciones que soportan una inversión del sentido de la decisión adoptada sin que se advierta la necesidad lógica de alterar los términos de la motivación, las cuales inevitablemente sugieren una carga de voluntarismo selectivo» por parte del Tribunal.

una apariencia de verdad formal contraria o diferente a la verdad material (54).

En fin, las sentencias anulan el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996 en cuanto deniega la desclasificación de los documentos reclamados por los Juzgados de Instrucción, ordenando al Gobierno su cancelación como materia secreta y su entrega a los Juzgados solicitantes. Así se cumplió por acuerdo gubernamental de 18 de abril de 1997, cerrando —por más que pensamos, aunque no deseamos, que provisionalmente— el conflictivo caso.

5. CONCLUSIÓN. LA IMPRESCINDIBLE REVISIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE SECRETOS OFICIALES

En definitiva, el proceso judicial que culmina en las sentencias analizadas ha puesto de manifiesto que, independientemente de la valoración de

(54) Sobre estos extremos, es fundamental el contenido íntegro del voto particular del magistrado Sieira Miguez, que pone en estrecha conexión esta parcialidad de los documentos a desclasificar con el hecho reconocido mayoritariamente de su afectación a la seguridad del Estado que, a su juicio, debería haber llevado a la no desclasificación (en igual sentido el voto particular del magistrado Ledesma, punto undécimo). Y recordemos que estos documentos, completos, ya habían sido objeto de estudio en su totalidad por el juez de instrucción, que parece haber procedido también a una valoración muy *sui generis* de su contenido, solicitando una desclasificación parcial e incompleta de los documentos. Significativo es el FJ 11 de la sentencia del caso Oñederra, también en cuanto a la inexistencia de convicción absoluta sobre su incidencia en el derecho fundamental («posible», «probablemente», «quizás», son sólo algunas de las locuciones adverbiales, precisamente calificadas semánticamente como de duda, que lo confirman):

«los documentos 5.e) y 18.q) son partes desgajadas de un único documento mucho más amplio. Su *posible* relación con el citado anteriormente determina que sigan la suerte de aquél, si bien haciendo constar que, por razón de congruencia procesal, nos limitamos a desclasificar lo interesado por el juez de instrucción... y que la plenitud de su correcta interpretación *probablemente* dependería de que sea visto íntegramente, pudiendo, por eso, ser insuficientes para su definitiva valoración penal... con respecto al 14.n) también debemos hacer la aclaración de que su contenido se completa con un último párrafo, cuya desclasificación no ha sido interesada por el juez de instrucción y que *quizás* podría tener alguna incidencia en el sentido en que haya de ser interpretado...».

O el FJ 11 de la sentencia dictada en el caso Lasa-Zabala, sobre la desclasificación de la nota de despacho de 28 de septiembre de 1983, relativa a la prevista realización de acciones violentas en Francia contra ETA, que justifica la desclasificación «habida cuenta de la *posible* relación que tal documento guarda con el relativo a las diversas concepciones, opciones y posibles efectos de realizar acciones en Francia».

En concreto, los documentos para los que se recomienda su conocimiento íntegro son los 4.d), 18.q), 14.n), 7.g), 16.o), aparte de aquellos que, como reconoce la sentencia, se encuentran «vinculados directamente a ellos», como el 5.e) o 15.ñ).

Tomando nota de esta sugerencia, el Consejo de Ministros decidió definitivamente en 18 de abril de 1997 la desclasificación íntegra de los documentos, yendo más allá de lo interesado por el juez, salvando este grave problema. Lo que, sin embargo, no aminora la preocupación por las consecuencias que resoluciones judiciales de este calado pueden producir.

la solución adoptada, la regulación actual del secreto de Estado se ha mostrado insuficiente para responder desde un punto de vista exclusivamente jurídico a los interrogantes que se han planteado desde la decisión del Tribunal de Conflictos de finales de 1995. Lo que en todo caso está claro es que si el problema fundamental es encontrar un procedimiento equilibrado que huya de planteamientos garantistas maximalistas que puedan poner en peligro la subsistencia misma del Estado, su regulación no debe ser producto, como lo ha sido hasta ahora, de la creación e interpretación judicial, por cualificada que ésta resulte, sino objeto de una Ley. Y en todo caso, siguiendo las reflexiones de SANTOLAYA, habrá que tener presente que «cualquier sistema que ideemos, por teóricamente perfecto que sea, sólo funcionará si está basado en el sentido común, en la autolimitación y en la mutua confianza en el ejercicio legítimo de los poderes constitucionales» (55), y no sólo del poder judicial, también del Parlamento y del Gobierno, que también se encuentran legitimados —estos últimos incluso popularmente— en un sistema democrático (56).

En mi opinión, la modificación deseable del actual sistema debe ser profundamente meditada y gozar del consenso de las distintas fuerzas políticas y los distintos poderes constitucionales, alejada del condicionamiento de coyunturales acontecimientos. Que tenga en cuenta el equilibrio entre los principios constitucionalmente garantizados del secreto oficial y la tutela judicial efectiva. No ignorar uno ni el otro no es desde luego tarea sencilla, pero al menos debe intentarse de modo no polémico. Pues tan perverso puede ser un sistema como el que se propuso por el anteproyecto de ley orgánica aprobado por el Consejo de Ministros de 23 de agosto de 1996, poniendo todo su acento en las facultades del Ejecutivo (ampliando los órganos competentes para la clasificación y el abanico de materias clasificables) con escasa atención a las facultades de control parlamentario (57), como el que ambiguamente circula en los últimos meses en los medios de

(55) *Op. cit.*, pág. 21.

(56) Sobre la también reciente polémica respecto a la graduación de legitimidad en un modelo democrático y de derecho de los tres poderes del Estado, vid. P. ANDRÉS IBÁÑEZ, *Contra las inmunidades del poder: una lucha que debe continuar*, «REDA», núm. 93, 1997, págs. 5 y ss. Sin embargo, a veces se olvida que, como ha señalado SANTAMARÍA PASTOR («La actividad del Gobierno y la Administración como objeto del control parlamentario», texto manuscrito presentado a las *VI Jornadas de Derecho Parlamentario*, Senado, Madrid, 1995, pág. 10):

«si la titularidad de cualquier poder sólo puede admitirse en la medida que conlleve una dosis pareja de responsabilidad, constituiría una negación de los fundamentos mismos del sistema democrático de gobierno que el ejercicio del control sobre el Ejecutivo quede abandonado de hecho a instancias absolutamente respetables y necesarias, pero que ni extraen su legitimidad de la acción popular, ni responden directa y efectivamente ante los ciudadanos, como ocurre con el sistema judicial y el complejo de empresas mercantiles y profesionales de la información. Tales instancias pueden coadyuvar al ejercicio del control que al Parlamento corresponde por naturaleza, nunca sustituirlo».

(57) Diario «El Mundo», 3 de septiembre de 1996, págs. 7-9.

comunicación, relegando en el puro y más absoluto control judicial la actividad clasificatoria (58), con la creación de una Comisión de Secretos de Estado integrada por el Presidente y otros dos magistrados del Tribunal Supremo elegidos por su sala de gobierno (59). Quizás el único acierto de este nuevo texto sea el de prever la posibilidad de recurso ante el Tribunal Constitucional de la decisión judicial.

Esta última vía del control constitucional último, pero arbitrada como mecanismo directo, nos parece en definitiva la más apropiada si es que al final se opta por un control judicial de los secretos de Estado. Porque la prohibición, que creemos existente, de fiscalización material de la jurisdicción ordinaria no impediría un eventual desvelamiento del secreto por el Tribunal Constitucional si una parte alegase en amparo su indefensión en el proceso al privársele de una prueba determinante contenida en el documento clasificado. Pues, como señala el profesor SOLOZÁBAL, en este tipo de recurso se realiza un control de constitucionalidad sin las constricciones que para el juez ordinario se derivan (incluso desde la Ley 62/1978) de su estricta vinculación a la ley (60).

Pero nuestra opinión es que la vía de control de los secretos de Estado debe articularse a otro nivel, siendo principalmente el Parlamento quien tenga la llave de la postrera y definitiva decisión sobre un posible conflicto en la materia. Quizás pudiera hacerlo a través de una especial y amplia comisión que pudiera incluso dilucidar posibles indicios racionales de ilegalidad, por lo cual podría arbitrarse la incorporación de representantes de los otros dos poderes e incluso alguna otra alta institución estatal, como por ejemplo del Consejo de Estado (61). Ya algún autor se ha mostrado en favor de esta opción fiscalizadora, como SAINZ MORENO, al entender que «parece claro que en nuestro ordenamiento constitucional el uso o abuso

(58) Diario «ABC», 24 de marzo de 1997, pág. 13; de 5 de abril de 1997, pág. 24, y de 6 de abril de 1997, pág. 35.

(59) Una solución similar fue propuesta en un primer momento por L. M. DÍEZ PICAZO, *El secreto de Estado en el proceso penal (a propósito de la sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995)*, en «La Ley», 15-1-1996, pág. 3; y por Blanca LOZANO, sumándose a esta postura, *op. cit.*, págs. 464-465. Sin embargo, posteriormente, el profesor PICAZO parece haber variado su posición, en mor de un control parlamentario, como se desprende de su artículo *Los olvidados deberes de la política*, en sección «Debates» del diario «El País» (seleccionado en Internet, noviembre de 1996), en el que puede leerse:

«creer que la solución del caso GAL puede venir sólo de los tribunales es, en la mejor de las hipótesis, una ingenuidad; y además favorece ese peligroso fenómeno que suele designarse como “judicialización de la política”... hacer absoluta dejación de un asunto como éste a los jueces es malo para la justicia y malo para la política... porque comporta dejar que el curso de los acontecimientos políticos dependa de los ritmos y las imprevisibles incidencias de un proceso penal».

(60) SOLOZÁBAL, *¿Se deben desclasificar los papeles del CESID?*, en la sección «Debates» (seleccionado en Internet, noviembre de 1996).

(61) Una propuesta en este sentido puede verse en el artículo de Elías DÍAZ, *Secreto de Estado: última palabra*, en la sección «Debates» del diario «El País» (selección Internet, cit.).

que pueda hacerse de los secretos de Estado así declarados sólo puede ser sometido a una valoración política y no puede ser revisado con ocasión de un juicio de legalidad ordinaria» (62). Al mediar en la polémica que nos ocupa, el profesor SOLOZÁBAL ha sido también terminante:

«los jueces no pueden controlar los aspectos sustantivos de la decisión desclasificatoria... porque ello implicaría levantar el secreto de lo clasificado, despoderando de este modo al Gobierno de una facultad —la de imponer la reserva de una información, impidiendo la autenticación del contenido atribuido a la misma, dada su divulgación de hecho— que le corresponde legalmente. Hay que insistir en que la actuación clasificatoria del Gobierno es plenamente legal, en cuanto se trata de una facultad que se le atribuye en atención a exigencias de la protección de bienes constitucionales como son la seguridad o defensa del Estado o la vida de determinadas personas y en que los jueces en sus actuaciones se encuentran sometidos a la ley, y la exigencia al Gobierno de una conducta contraria a la permitida por la ley sería ilegal» (63).

En fin, soy de la opinión que ni las críticas desaforadas ni el aplauso maximalista e indulgente a la solución de este difícil capítulo de nuestro derecho público deben componerse sin matices. Que la investigación judicial debe seguir los procedimientos marcados por las leyes no quiere decir que el Gobierno actúe incontroladamente. Precisamente, lo controla el Parlamento por expreso mandato legal, derivado de nuestra Constitución, única excepción al secreto de las materias clasificadas.

En un Estado de Derecho, tanto los ciudadanos como los poderes públicos están sometidos a éste, pero de este principio no cabe deducir tan fácilmente ni la competencia del juez para examinar materias reservadas ni el deber judicial de los funcionarios o el Gobierno de declarar sobre ellas o aportarlas. Primero porque el Estado de Derecho no es el único pilar de nuestro ordenamiento, por más que sea uno de sus cimientos esenciales. También la Constitución contiene, en principio al mismo nivel, las máximas del Estado democrático o la competencia del Gobierno para dirigir la política interior y exterior y la defensa del Estado. Todo ello en un marco de división de poderes consustancial al Estado de Derecho de modo tal que son inimaginables uno sin el otro, y por ello el propio constituyente arbitró mecanismos eficaces para resolver los conflictos de derechos y deberes, también entre los poderes públicos, y éste es un hecho que no debe

(62) F. SAINZ MORENO, «Secretos...», *op. cit.*, págs. 2914 y ss.

(63) Para concluir postulando y defendiendo el control parlamentario de esta actividad, verificado por la Comisión de Secretos del Congreso o el que cupiese derivar de la responsabilidad política del Gobierno exigible por los medios ordinarios de control (en *¿Se deben desclasificar...?*, cit.; en el mismo debate y compartiendo esta opinión, ELÍAS DÍAZ, *Secreto de Estado...*, cit., y, con algún matiz, L. M. DÍEZ PICAZO, *Los olvidados...*, cit.).

alarmar y que se produce mucho más frecuentemente de lo que a primera vista pudiera parecer.

Pero, además, una cosa es que cualquier hecho sea controlable por el juez y otra que para sentar la verdad sobre ese hecho se pueda recorrer por éste cualquier itinerario, incluso frente a las leyes —y la legislación sobre secretos oficiales, no lo olvidemos, está integrada en el ordenamiento jurídico y no puede ser tratada cual si fuera una regla de funcionamiento interno no invocable frente a otras personas o poderes (64)—. El sometimiento al imperio de la ley obliga al poder judicial a hacer cumplir sus resoluciones, pero también le impide dictar órdenes cuyo cumplimiento implique la violación de una ley, pues su monopolio jurisdiccional no puede llegar a la potestad de dispersar a nadie, particular o funcionario, del cumplimiento de la ley: «si el ideal del imperio de la ley se saca de su quicio normativo para tornarse en una pesquisa judicial incontrolada, la misma argumentación que se esgrime ahora para obtener la verdad material por un atajo extranormativo acabará por volverse contra el propio Estado» (65).

En nuestra opinión, las exigencias propias de la naturaleza misma del poder judicial y sus funciones impide establecer como principio general que todo juez puede acceder al secreto si un documento clasificado le puede aportar datos significativos en el proceso penal, pues si una información clasificada entra en el proceso judicial sólo la decisión en justicia estará justificada si las premisas dejan de ser secretas, ya que necesariamente, antes o después, el proceso judicial será público. Habríamos conseguido que la existencia del llamado secreto oficial quedara en nuestro sistema seriamente amenazada, lo cual seguro que embriaga y se aplaude en más de un foro jurídico o profano. Pero pensado fríamente puede producir efectos más que lamentables, pues el secreto oculta, sí, pero también protege, y protege campos de la acción de los Estados que muchas veces exceden las propias fronteras nacionales valiosas e importantes para el mismo funcionamiento de éstos: allí hay información sobre el funcionamiento de organizaciones internacionales a las que el país pertenece, acuerdos de estrategia policial internacional, datos sobre el tráfico internacional de tecnologías, patentes o marcas sensibles, identidad de confidentes...

Más aún, en plena polémica por la negativa del Gobierno a entregar al juez de instrucción los papeles del CESID sobre la supuesta guerra sucia, el Congreso aprobó el día 19 de octubre de 1995 —con 300 votos a favor, ninguno en contra y 13 abstenciones— un Convenio internacional que impide el acceso a documentos secretos de todas aquellas personas que no estén expresamente habilitadas para ello, incluidos los miembros del Poder Judicial. Se trata del Acuerdo de seguridad de la Unión Europea Occiden-

(64) G. QUINTERO OLIVARES, *Poderes y conflictos*, en la sección «Debates», en el diario «El País», 9 de noviembre de 1995, pág. 15. Además, esta posición se ha visto confirmada en las últimas sentencias analizadas.

(65) F. J. LAPORTA, en la sección «Debates», «El País», 9 de noviembre de 1995, pág. 15.

tal sobre la organización defensiva europea, firmado en Bruselas el 28 de marzo de 1995. Este convenio compromete al Gobierno a hacer

«todo lo posible por proteger la documentación secreta que le faciliten sus socios de la UEO y a abstenerse de revelar dicha información y material a terceras partes sin el consentimiento de la autoridad de origen... debiendo asegurar que sólo tengan acceso a la documentación secreta o confidencial de la UEO quienes dispongan previamente de la habilitación necesaria, sin ningún tipo de excepción» (66).

(66) Siendo este acuerdo el más reciente, son muchos similares en un sentido idéntico los que España mantiene en vigor con la OTAN, EE.UU. o Francia, principalmente, y algunas otras organizaciones mundiales y países hispanoamericanos.

