

ACTOS POLÍTICOS, INTELIGENCIA NACIONAL Y ESTADO DE DERECHO

FERNANDO SANTAOLALLA LÓPEZ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LA APARENTE DESAPARICIÓN LEGISLATIVA DE LOS ACTOS POLÍTICOS.—2. EL DETONANTE: LA SENTENCIA SOBRE LOS PAPELES DEL CESID.—3. SOBRE LOS ACTOS POLÍTICOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL.—4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.—5. LA REAPARICIÓN DEL TEMA: EL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA.—6. EL MODELO BRITÁNICO COMO ALTERNATIVA.—7. LA REFERENCIA EUROPEA: EL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS DE 1950.—8. A TÍTULO DE CONCLUSIÓN.

1. INTRODUCCIÓN. LA APARENTE DESAPARICIÓN LEGISLATIVA DE LOS ACTOS POLÍTICOS

El presente comentario pretende propiciar una reflexión sobre la desaparición de los llamados actos políticos del Gobierno. Por actos políticos (1) entendemos aquí los que adopta el Gobierno como órgano de dirección estatal, y que precisamente por ello responden a una visión puramente política. Su contenido, lejos de estar regulado por el Derecho, viene determinado por razones de oportunidad.

Los cambios a los que inmediatamente nos vamos a referir han determinado sino la desaparición de esta categoría de actos, al menos su neutralización jurídica, esto es, la privación de un régimen especial para los mismos. Esta de-

(1) Sobre esta categoría de actos puede verse APARICIO: «¿Hacia una nueva figura de actos políticos del Gobierno?», en la obra colectiva *El Gobierno en la Constitución española y en los estatutos de autonomía*, Diputación de Barcelona, 1985; PORRAS NADALES: «Actos políticos y función del Gobierno», en *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, núm. 3, 1991.

saparición ha producido viva controversia. Por algunos sectores ha sido saludada como una culminación del Estado de Derecho, por cuanto pondría coto a un último reducto de arbitrariedad gubernativa, tan peligrosa para las libertades individuales. Por otros ha sido criticada como inoportuna y precipitada. Adelantemos que nos incluimos en este segundo grupo. Precisamente, nos proponemos demostrar que la muerte civil de esta categoría de actos implica un serio riesgo para el Estado de Derecho. Pero lo primero es presentar los datos en que se enmarca la cuestión.

Como se recordará, la supresión de la que hablamos se ha podido producir con la Ley del Gobierno de 1997 y la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998. El artículo 26.5 de la primera (Ley 50/1997, de 27 de noviembre) dispone:

«Los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en su Ley reguladora.»

Nada que objetar a lo que dice esta norma. Pero sí a lo que parece faltar. Esto es, al no incluir la cláusula de exoneración del control jurisdiccional de los llamados «actos políticos», que sí recogía el artículo 2 de la ley de la JCA de 1956 (que los definía «como los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad exterior y mando y organización militar»), cabría entender derogada dicha cláusula. Todos los actos gubernamentales, políticos o no, quedarían sometidos al normal control jurisdiccional.

Más claramente, la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, no sólo omite la categoría de actos políticos, sino que además define (artículo 9) el ámbito de esta jurisdicción utilizando criterios terminantes, entre ellos el siguiente:

«La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos.»

El último inciso es claramente revelador del cambio sufrido. Parece admitirse la existencia de actos políticos, al admitir que los actos del Gobierno puedan ser de cualquier «naturaleza». Sin embargo, ello no sirve para reconocer un régimen especial para los mismos, pues quedan sujetos al normal control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

2. EL DETONANTE: LA SENTENCIA SOBRE LOS PAPELES DEL CESID

Esta nueva regulación, silenciosa sobre los actos políticos gubernamentales y, sobre todo, omisiva de toda excepción expresa de su control jurisdiccional, no fue ajena a la sacudida jurídica y política que provocó la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (2), aparecida pocos meses antes de la Ley del Gobierno. Se trataba del llamado caso de los «papeles del CESID» que, en síntesis, consistió en que requeridos por un juzgado para la instrucción penal de una causa unos documentos de dicho organismo, los mismos fueron denegados por tratarse de documentos concernientes a la lucha antiterrorista y declarados secretos por el Gobierno, al amparo de la Ley de Secretos Oficiales. Contra esa denegación se recurrió en vía contencioso administrativa, al amparo de la Ley 62/1978, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales. El Tribunal Supremo, en la sentencia que se cita (3), estimó el recurso y ordenó al Gobierno la cancelación de la clasificación como materia secreta de tal documento y su entrega al juzgado de instrucción.

Como la materia no puede ser más importante, y como la nueva regulación arranca de esta famosa sentencia, no estará de más que nos detengamos brevemente en su análisis (4). Se trata, a nuestro juicio, de un pronunciamiento dictado con ánimo de satisfacer a todos, en un clima altamente enrarecido, pues fue caballo de batalla de la contienda partidista y tema de una polémica periódica no pocas veces irresponsable, si se tiene en cuenta que el caso aparecía cuando el Estado y la sociedad eran objeto de un cruento asedio terrorista. Mal marco, ciertamente, para sentar precedente.

En lo que ahora importa, esta sentencia se caracteriza por su signo ambivalente, que no sería de preocupar si no se estuviese tratando de un tema que afecta a la vida de los ciudadanos y del propio sistema democrático. Sus afirmaciones se ven seguidas súbitamente de negaciones de lo que se acaba de defender. Así, se parte de *«la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de*

(2) Así lo afirma, bien que en referencia a la Ley 29/1998, DÍAZ LEMA en «La Constitución y el Derecho administrativo», publicado en la obra colectiva *Administraciones públicas y constitución: reflexiones sobre el XX aniversario de la Constitución española de 1978*, INAP, Madrid, 1998, pág. 222.

(3) En realidad fueron tres las sentencias dictadas, todas ellas con el mismo planteamiento y fundamentos jurídicos.

(4) Para un examen más pormenorizado, pero con conclusiones no muy distintas a las aquí defendidas, puede verse GARRIDO CUENCA: «El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del Cesid: las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997», *Revista de Administración Pública*, núm. 143, 1997, págs. 229 y sigs.

Derecho (lo que) puede justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal», reconociéndose la aplicabilidad del Convenio de Roma de 1950, que admite que los derechos fundamentales puedan ser restringidos por razones de seguridad nacional, y la vigencia de la Ley de secretos oficiales. Pero, se añade: «... sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación, no puedan a su vez, ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal». Luego, tras haber afirmado nada menos que la potestad clasificatoria de documentos se mueve «en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional», se concluye en que «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». Pero avance tan decidido se ve compensado por la inmediata apelación al derecho constitucional del artículo 24.1 de la Constitución, que «... nos lleva a apreciar la dificultad de principio de negar la tutela judicial, cuando alguna persona legitimada la solicite».

Es decir, se invocan dos elementos o valores de signo distinto: por un lado, el orden constitucional; por otro, el derecho individual a la tutela judicial. Visto su contraste, el Tribunal Supremo se decanta por dar prioridad al segundo: «... no hay razón para que... (no demos) prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. ... (pues) es patente la trascendencia que la no desclasificación de la nota interior que nos ocupa, tenía para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución que los recurrentes reclaman... En consideración a lo expuesto, estimamos que el acuerdo impugnado al otorgar preponderancia a la Seguridad del Estado, no realizó adecuadamente el juicio de ponderación, pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva...».

Por ser muchos los aspectos tratados en dicha sentencia y por no ser éste el lugar adecuado para realizar un examen profundo de la misma, nos limitaremos a exponer unas consideraciones elementales.

Yendo de lo más general a lo particular, podemos decir que la sentencia se desembaraza pronto de la premisa de la que parece partir: la necesidad de preservar el Estado para la conservación del orden constitucional. Si esto es así, se debió reconocer que esta idea implica la posibilidad de que se sacrifiquen derechos concretos, que el sistema democrático en su conjunto prima sobre determinados derechos de los ciudadanos, como lo prueban las excepciones que se regulan en los artículos 105.b) y 116 de la Constitución. Pues la derrota del Estado constitucional frente a los peligros que eventualmente pueden acecharle, significará más pronto o más tarde la paralela derrota de los derechos y libertades de los individuos.

Aunque el orden constitucional tiene por eje la libertad humana, no hay que olvidar que precisamente, en aras de ese principio, la libertad del mayor número se impone sobre la libertad de los menos (en el caso resuelto, un porcentaje despreciable). El gran fallo de la sentencia reside en la paridad inaceptable de valores que establece. La equiparación del derecho fundamental del individuo con la pervivencia del Estado de Derecho ignora que si grave es la conculcación del primero, mucho más es la del segundo. Pues es el Estado de Derecho lo que permite la vigencia y disfrute de los derechos fundamentales, que no son imaginables al margen del mismo. Si se quebranta ese Estado, no es una libertad de uno o varios individuos lo que resulta dañado, sino el conjunto de libertades de la sociedad.

Ciertamente, el juzgador debe tratar de salvar todos los valores constitucionales, compatibilizándolos hasta donde sea posible, y reduciendo su sacrificio al mínimo indispensable. Mas lo que ahora queremos decir es que puede haber situaciones en que se enfrenten valores de distinta entidad e imposible conciliación, y en las que lógicamente habrá de darse preferencia a los que sean superiores.

Si descendemos a las particularidades del caso y aplicamos las reflexiones anteriores, resulta que la clasificación de una materia como secreta o reservada siempre puede resultar lesiva para los derechos o intereses de algunos ciudadanos. Es posible, incluso, que esta circunstancia sea la que conduce a esa declaración. Pero en un Estado democrático hay que presumir que restricción tan grave no es gratuita, sino por exigencias de interés común. De hecho, el artículo 105.b) de la Constitución reconoce como valor y límite de ciertos derechos «*la seguridad y defensa del Estado*». De modo, que habrá de optarse entre mantener la posibilidad de secretos oficiales o la más absoluta intangibilidad de las libertades individuales. Si lo primero, ha de admitirse la posible postergación de algunos derechos individuales; si lo segundo, ha de privarse al Estado de un instrumento de defensa como la declaración de materias reservadas o secretas. Pensar que puede simultanearse el régimen de clasificación de documentos con la vigencia irrestricta de las libertades individuales parece más un pío deseo que otra cosa.

Ciertamente, y por las consecuencias advertidas, el régimen de secretos oficiales puede conducir, no ya a preterir derechos individuales, sino hasta el abuso en su ejercicio. Pero el Estado de Derecho no ha encontrado más remedio que el que deriva de la legitimidad de un Gobierno democrático y del conjunto de controles institucionales, entre los cuales los políticos del Parlamento. Habrá de presumirse que un Gobierno salido directa o indirectamente de las urnas será sensible con los derechos y libertades constitucionales, y que no impondrá otros sacrificios que los estrictamente necesarios derivados del interés

general. Si no se comporta así, podrá ser despojado de su condición a través de los oportunos cauces constitucionales. En último extremo, habrá de convenirse que el pueblo se equivocó cuando eligió al gobierno que se excedió en su poder. En todo caso, las nuevas elecciones depararán una ocasión para que aquél otorgue su confianza a un nuevo grupo de gobernantes más respetuoso con los derechos individuales. La vigilancia de la opinión pública, el control del Parlamento y de otras instituciones pueden también coadyuvar en el uso templado de las potestades gubernamentales. Como ha escrito Crick, «un gobierno fuerte necesita una oposición fuerte para ser libre y eficaz» (5).

En todo caso, ¿cuál es la alternativa, especialmente en un país cuyo régimen de libertades hace agua por los sangrientos ataques terroristas? ¿qué otra salida cabe para conseguir el triunfo sobre los que buscan la destrucción del Estado constitucional? En el Reino Unido la *Official Secrets Act* de 1988 concede protección penal a los secretos oficiales relativos a seis grandes áreas (6). De otra parte, los sucesos del once de septiembre de 2001 han demostrado cómo reacciona un país de larga y consolidada trayectoria constitucional, cual son los Estados Unidos. Sin que ahora pretendamos dar por buenas todas las medidas adoptadas (7), la conclusión que se desprende de estos sucesos es que un Estado de Derecho no sólo puede, sino que debe adoptar medidas especiales cuando se enfrenta a fenómenos extraordinarios que amenazan su supervivencia.

3. SOBRE LOS ACTOS POLÍTICOS Y SU CONTROL JURISDICCIONAL

Llegamos así a la cuestión planteada al comienzo, esto es, la de la desaparición de los actos políticos o, lo que viene a ser lo mismo, el control judicial de

(5) Véase B. CRICK: *En defensa de la política*, Tusquets, Barcelona, 2001, pág. 80.

(6) Estas áreas son las siguientes: seguridad e inteligencia; defensa; relaciones internacionales; criminalidad y poderes especiales de investigación; información obtenida de publicaciones no autorizadas o confiada bajo reserva; e información confiada bajo reserva a otros Estados y organismos internacionales. Sobre esta ley y sus antecedentes es ilustrativa la obra de R. THOMAS: *Espionage and secrecy*, Ethics International Press Ltd., St. Andrews Castle, Suffolk, 2000.

(7) Entre la legislación aprobada urgentemente puede citarse: Public Law 107/38 de concesión de créditos suplementarios de emergencia para la recuperación y respuesta a los ataques terroristas; Public Law 107/39, por la que se expresa el juicio del Senado y Cámara de Representantes con relación a los ataques terroristas lanzados contra los Estados Unidos el 11 de septiembre de 2001; Public Law 107/40, por la que se autoriza el uso de las fuerzas armadas contra los responsables de los recientes ataques lanzados contra los Estados Unidos; Public Law 107/45, de enmienda de la Ley de inmigración y nacionalidad en orden a dotar de autoridad permanente para la admisión de no inmigrantes con visado.

los mismos. Para comprender la necesidad de estos actos (procedentes de un órgano político y con una motivación política), no debe olvidarse que el Gobierno resulta elegido, directa o indirectamente, en las urnas, en un proceso de enfrentamiento entre distintas opciones programáticas y partidistas. El Gobierno conduce el Estado con arreglo a unos postulados legítimos, pero subjetivos, parciales, mudables. Refleja unas preferencias sociales, producto del pluralismo político, reconocido como valor constitucional por el artículo 1.1 de la Constitución. Esto determina que estas decisiones gubernamentales no puedan enjuiciarse en su contenido más que desde una vertiente política, y esto hace, a su vez, que los tribunales resulten totalmente inadecuados para ello.

Un falso pudor ha llevado a desconocer en la legislación la realidad de los actos políticos, tal vez por el mal recuerdo que dejó el franquismo. Pero, el mal no está en que existan actos políticos, pues ¿cómo podría no haberlos en una democracia? si, como afirma Crick siguiendo a Aristóteles, la política es la aceptación de la existencia de grupos diferentes y, por tanto, de diferentes intereses y tradiciones, dentro de una unidad territorial sujeta a un gobierno común (8). El mal estriba en la falta de controles apropiados.

Es imprescindible que existan actos políticos (con este nombre o con otro, que eso es lo que menos importa), pues lo contrario equivale a agostar la democracia. Y en la medida que los haya, su control, indiscutible, deberá corresponder a las instancias políticas, no a unos órganos nacidos para medir los actos desde la perspectiva de la legalidad. Claro está, que siempre hay unos elementos reglados que serán susceptibles de control por estos últimos, como permite el artículo 2.a) de la LJCA de 1998. Tal es el caso de la competencia para dictar el acto, del procedimiento seguido, etcétera. Pero, cuando hablamos del posible control de los actos políticos, no nos referimos a cuestiones tan elementales, que hay que darlas por cumplidas: es difícil imaginar que un alcalde pueda ordenar la negociación de un tratado internacional, o que un jefe de negociado del ministerio de Agricultura pueda presentar una moción de censura en el Congreso. Lo que se discute es si un tribunal puede controlar el mérito de estas decisiones cuando se hayan adoptado por el órgano competente y siguiendo el procedimiento establecido. La respuesta no puede ser más que decididamente negativa, tanto para salvar la política reservándola a las instituciones conectadas con la voluntad de los ciudadanos, como para preservar la imparcialidad e independencia de los tribunales, que de otro modo, en contacto con cuestiones intrínsecamente

(8) Véase al respecto CRICK: *En defensa de la política*, Tusquets, Barcelona, 2001, pág. 18.

políticas, podrían acabar abdicando de su función primigenia y remedando así a aquellas instituciones (9).

Los actos políticos son ciertamente pequeños en número, pero no en importancia. Van desde los de relaciones con las Cortes Generales, regulados en el título V de la Constitución (contestación a preguntas, interpelaciones, mociones de censura y cuestiones de confianza, disolución del Parlamento, etcétera), hasta otros previstos en otros sectores del ordenamiento (directrices de política interior, nombramiento de altos cargos, elaboración de proyectos de ley, negociación y denuncia de tratados internacionales, reconocimiento de gobiernos y Estados extranjeros, etcétera).

Entre estos últimos actos debe situarse la clasificación como secreto de un documento, potestad que la Ley de Secretos Oficiales atribuye al Gobierno, y que la sentencia del Tribunal Supremo reconoce como constitucional. Pues, al margen de los elementos formales, reglados y controlables, el juicio de fondo —decidir qué documentos deben ser clasificados— obedece a puras consideraciones de oportunidad, políticas por tanto. Esta decisión es insusceptible de revisión desde una perspectiva judicial: el juez tendría que sopesar si el material correspondiente afecta suficientemente a la seguridad del Estado, y esto no es un ejercicio de aplicación de la ley al caso concreto, sino una estimación política. Si así lo hiciese, el juez se subrogaría en la misma función del Gobierno y con ello mostraría que su parámetro de actuación también es el mismo. Además, desde el momento que pueda el juez revisar la corrección de la decisión gubernativa, aparecerían no pocas ocasiones para que el documento trascendiese a terceros, y con ello su condición de secreto o reservado quedaría seriamente amenazada. Si después se confirmase la corrección del acto gubernamental, el daño a la seguridad del Estado, tan asociada al régimen constitucional, sería tal vez irreparable.

Es verdad que la sentencia del Tribunal Supremo comentada no pretende esta revisión. Pero realiza una contraposición inadecuada entre dos valores constitucionales sobre cuya primacía decide. Podría haberse discutido la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales, en cuanto contraria a derechos fundamentales, como el de la tutela judicial, lo cual y dado su condición pre-

(9) GARRIDO FALLA critica también que se ignore que los actos políticos, como son muchos de los previstos en la Constitución, deben quedar excluidos de la jurisdicción contencioso administrativa. Véase «El gobierno y su presidente», en *La Constitución española de 1978, 20 años de democracia*, Congreso de los Diputados y CEPC, Madrid, 1998, págs. 387 y sigs. Por lo demás, coincidimos con este autor en que la expresión Administraciones públicas que aparece en el citado artículo de la LJCA debe entenderse como comprensiva del Gobierno, pues también es Administración.

constitucional, podría haber llevado al Tribunal Supremo a declararla directamente como derogada. En ese caso habría sido coherente declarar un acto gubernamental adoptado a su amparo como inconstitucional y contrario a un derecho fundamental. Pero, lejos de hacer esto, la sentencia reconoce la constitucionalidad de la ley. Pues bien, a partir de ese momento, si el acto gubernamental contrariaba a la ley, debía haber sido declarado ilegal y nulo; pero si resultaba conforme a la misma, como parece ser el caso, debía haber sido reconocido como constitucional y legal. Sobraba entonces toda ponderación con otros valores constitucionales y, en concreto, con los derechos fundamentales, tal como hizo la sentencia comentada.

La clasificación como secretos de ciertos documentos constituye, por si misma, una excepción del Derecho ordinario y, con ello, promotora de ciertas situaciones que en circunstancias normales serían inadmisibles. Actúa a la manera de la legislación antiterrorista (artículo 55.2 de la Constitución) con relación a los derechos reconocidos en los artículos 17.2 y 18.2 y 3 de la carta magna.

Las materias clasificadas constituyen una parcela exorbitante, digna de ser interpretada y aplicada con circunspección máxima. Pero en la medida que resulten admisible no hay más remedio que aceptar sus consecuencias naturales: su capacidad de enervar algunos derechos e intereses legítimos. Invocar, como hace el Tribunal Supremo, un derecho fundamental para postergar ese Derecho especial, es tanto como decretar su inutilidad. Como ha escrito Sáinz Moreno en un caso parecido, «los controles sobre fondos reservados o son falsos controles (sólo para guardar las apariencias) o anulan la naturaleza de los mismos. O se tiene confianza en la persona a cuya disposición se ponen o no se tiene. Y si no se tiene sólo cabe no crearlos» (10).

Nuestro Derecho, por lo demás, es consciente de esta necesidad. Y así el artículo 37.5.b) de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) dispone que el derecho de acceso de los ciudadanos a los expedientes administrativos no podrá ser ejercido respecto a «*los que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad del Estado*».

(10) Véase de este autor «Consideraciones sobre algunos límites del derecho de información de las cámaras» en la obra colectiva *Instrumentos de información de las cámaras parlamentarias*, CEC, Madrid, 1994, pág. 87.

Y alguien tan poco sospechoso de conservadurismo, como el Ministro de Interior alemán, Otto Schily, ha declarado que «la base de la libertad es la seguridad. Tenemos que defendernos y a la sociedad abierta contra sus enemigos. Los enemigos usan las posibilidades de la sociedad abierta, por lo que necesitamos lo que llamamos una democracia defensiva». Fuente: *International Herald Tribune* de 14 enero de 2002.

4. LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Afortunadamente lo que venimos defendiendo resulta armonioso con la doctrina del Tribunal Constitucional. Diversas sentencias suyas han admitido con naturalidad la categoría de actos políticos y reconocido su exención jurisdiccional. Así, pueden citarse las siguientes:

Sentencia 45/1990, de 15 de marzo, relativa a una impugnación por supuesta atribución discriminatoria de recursos materiales a los tribunales de determinada Comunidad Autónoma, realizada por el Gobierno:

«no toda la actuación del Gobierno, cuyas funciones se enuncian en el art. 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, como son los actos que regula el Título V de la Constitución, o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de Ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado art. 97 de la Constitución. 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 que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes»

Sentencia 196/1990, de 29 de noviembre, dictada en relación a un recurso de amparo de un diputado autonómico respecto a la denegación de información por el Gobierno vasco:

«El Tribunal Supremo ha entendido, por tanto, que el acto sometido a su control —contestación del Gobierno Vasco a una solicitud de información parlamentaria— no es un acto de la Administración Pública sujeto al Derecho administrativo, sino que es un acto de relación institucional del Gobierno Vasco con la Cámara legislativa vasca, sustraído al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo. Esta conclusión se alcanza después de analizar el marco parlamentario en que dicho acto se produce y de comprobar que la relación entre el recurrente y el Gobierno Vasco no constituye una relación entre ciudadano y Administración. Así centrada la cuestión, la decisión adoptada por el Tribunal Supremo es razonable y conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva del recurrente. No hay duda, en efecto, de que la relación en cuyo seno se produjo el acto impugnado escapa de las que son objeto de control por la jurisdicción contencioso-administrativa (arts. 9.5 LOPJ y 1.1 LJCA)... Quiere decirse con ello que en tales casos el Gobierno actúa como órgano político y no como órgano de la Administración, no ejerce potestades administrativas ni dicta actos de esta naturaleza y, por lo mismo, su actuación no puede calificarse

como «administrativa» cuyo control corresponda ex arts. 106.1 de la Constitución y 8 LOPJ a los Tribunales de Justicia... 6. La conclusión alcanzada, que conduce a la denegación del amparo que se nos pide, no significa, sin embargo, que actividades como la que acabamos de examinar, que se sitúan fuera del control contencioso-administrativo por ser ajenas al ámbito de aplicación del Derecho administrativo, estén exentas de sujeción al Derecho y de todo control jurisdiccional. Tales actos producidos en el seno de las citadas relaciones entre Gobierno y Parlamento agotan por lo general sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de instrumentos de control político. ... Ahora bien, ello no excluye que, excepcionalmente, en el desarrollo de esas relaciones institucionales se pueda ver comprometido el ejercicio de los derechos fundamentales que a los representantes elegidos democráticamente les reconoce el art. 23 de la Constitución (STC 181/1989, Fundamento jurídico 4.º) y se puedan efectivamente lesionar esos derechos, bien por el Ejecutivo, bien por los propios órganos de las Cámaras a través de los cuales se articulan las peticiones de información de los parlamentarios y otras actividades similares o cercanas... A este Tribunal no le corresponde el control de cualesquiera alteraciones o irregularidades que se produzcan, dentro del ámbito parlamentario, en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo, pero sí le compete ciertamente el conocimiento y, en su caso, la reparación de las lesiones de derechos fundamentales que excepcionalmente tengan lugar en dicho campo».

Sentencia 220/1991, de 25 de noviembre, con relación a recurso de amparo interpuesto por nueve parlamentarios vascos contra negativa del Gobierno vasco a proporcionar la información concerniente al destino de determinados gastos, habilitados como «reservados» en la ley de presupuestos de la Comunidad Autónoma:

«El caso presente es uno de esos supuestos excepcionales en el que la interposición directa del amparo no determina su inadmisibilidad, pues la violación de derechos fundamentales se imputa a un acto —negativa del Gobierno vasco a facilitar la información solicitada por parlamentarios vascos— ante el cual la Ley no concede medio de impugnación ante los Jueces en cuanto que, por su naturaleza política, está excluido del control de la jurisdicción contencioso-administrativa o de cualquier otra de orden distinto, siendo por lo tanto improcedente el imponer a los recurrentes de amparo que acudan a los órganos judiciales en demanda de una revisión para la cual carecen éstos de jurisdicción, y que se manifiesta por lo tanto, innecesaria por inútil... Los actos a través de los cuales se articulan las peticiones de información y preguntas de los parlamentarios a los miembros del Gobierno y, en general, todos aquellos que produzcan en el ámbito de las relaciones entre Gobierno y Parlamento, incluidos los autonómicos, agotan normalmente sus efectos en el campo estrictamente parlamentario, dando lugar, en su caso, al funcionamiento de los instrumentos

de control político, que excluye, generalmente, tanto la fiscalización judicial como la de este Tribunal Constitucional, al que no le corresponde el control de cualquier clase de alteraciones o irregularidades que se produzcan en las relaciones políticas o institucionales entre Legislativo y Ejecutivo...»

5. LA REPARACIÓN DEL TEMA: EL CENTRO NACIONAL DE INTELIGENCIA

La cuestión de los actos políticos del Gobierno y de su control jurisdiccional se ha reabierto con la creación del Centro Nacional de Inteligencia. Recientemente, y tras una aprobación abrumadora en las Cortes, se han promulgado dos leyes sobre este nuevo organismo: la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del mismo, y la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia.

El citado centro viene a sustituir al CESID en su misión de velar por la seguridad del Estado. En concreto el artículo 4 de la Ley 11/2002 le otorga las siguientes funciones:

«a) *Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España, pudiendo actuar dentro o fuera del territorio nacional.*

«b) *Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población.*

«c) *Promover las relaciones de cooperación y colaboración con servicios de inteligencia de otros países o de Organismos Internacionales, para el mejor cumplimiento de sus objetivos.*

«d) *Obtener, evaluar e interpretar el tráfico de señales de carácter estratégico, para el cumplimiento de los objetivos de inteligencia señalados al Centro.*

«e) *Coordinar la acción de los diferentes organismos de la Administración que utilicen medios o procedimientos de cifra, garantizar la seguridad de las tecnologías de la información en ese ámbito, informar sobre la adquisición coordinada de material criptológico y formar al personal, propio o de otros servicios de la Administración, especialista en este campo para asegurar el adecuado cumplimiento de las misiones del Centro.*

«f) *Velar por el cumplimiento de la normativa relativa a la protección de la información clasificada.*

«g) *Garantizar la seguridad y protección de sus propias instalaciones, información y medios materiales y personales».*

A los efectos que aquí interesan, acaso las funciones más relevantes sean las previstas en el apartado *a*), en cuanto ampara la obtención de información y difusión de inteligencia relacionada con fines tan genéricos como los que se citan, y en el apartado *b*), que permite neutralizar actividades de grupos o personas que pongan en peligro o atenten contra el ordenamiento constitucional, la soberanía y la seguridad del Estado. Sin duda, un campo de aplicación de estas funciones será la lucha antiterrorista y el contraespionaje (11).

Antes de proseguir, conviene aclarar si las actividades atribuidas al nuevo Centro Nacional de Inteligencia son o no actos políticos y si, por consiguiente, podría reclamarse el régimen especial que reclamamos para ellos. Es evidente que todas esas funciones no son ejercidas por el Gobierno en cuanto tal, sino por el organismo en cuestión, por lo que en un sentido estricto podría rechazarse esa calificación. Ahora bien, otros preceptos revelan claramente que el mismo aparece como un instrumento directo al servicio del Gobierno, controlado y dirigido por este último. Así, el artículo 1 define al Centro Nacional de Inteligencia como

(11) Uno de los posibles defectos de esta regulación es su carácter excesivamente genérico e indiferenciado. Repárese en la pluralidad de fines cubiertos en los apartados *a* y *b* y en la previsión de actuación del nuevo organismo fuera y dentro del territorio nacional. Lo cual queda confirmado por el artículo 1, luego transcrito, con su mención de prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión. En parte esta regulación recuerda a la vigente sobre el CESID (Orden Ministerial de Defensa 135/1982, Real Decreto 135/1984, Real Decreto 1/1987 y Real Decreto 1883/1996). Este organismo se sitúa como un órgano integrado en el Ministerio de Defensa, a pesar de lo abierto de sus fines. Sin embargo, en dicha legislación existen referencias ocasionales a su coordinación con los servicios de inteligencia dependientes de los Estados Mayores de los ejércitos. La nueva ley que comentamos, meritoria en la medida que por primera vez una norma de este rango regula esta materia, tampoco realiza un deslinde con las competencias de organismos de inteligencia distintos al CNI. Y eso que es consciente de su existencia: el preámbulo y, especialmente, el artículo 6 así lo revelan. El apartado 1 de último dispone que *«la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos de Inteligencia velará por la adecuada coordinación de todos los servicios de información e inteligencia del Estado para la formación de una comunidad de inteligencia»*. Y el apartado 4.c menciona a *«los servicios de información de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado»*.

En relación a lo anterior, debe tenerse en cuenta que, según J. M. UGARTE, uno de los rasgos propios de los servicios de inteligencia en las democracias consolidadas es su diferenciación en organismos diversos, dependientes de Ministerios distintos, para afrontar los distintos aspectos de esta materia (conflictos externos e internos, defensa y civil, etcétera). Con ello se pretende especializar los servicios e impedir la creación de un único organismo excesivamente poderoso. Esto último implicaría una amenaza latente al sistema democrático. Véase de este autor *Legislación de inteligencia, legitimidad y defensa*, Guatemala 2000, Oficina en Washington para asuntos latino-americanos, págs. 17 y sigs.

«el organismo público responsable de facilitar al Presidente del Gobierno y al Gobierno de la Nación las informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones».

Más claramente todavía el artículo 3 determina que es el Gobierno el que en definitiva rige la actividad del nuevo organismo:

«El Gobierno determinará y aprobará anualmente los objetivos del Centro Nacional de Inteligencia mediante la Directiva de Inteligencia, que tendrá carácter secreto».

Por otro lado, apenas suscita duda la calificación de las funciones del Centro Nacional de Inteligencia como parte esencial de la seguridad del Estado, materia de la máxima importancia y que con unas palabras o con otras está reconocida por la propia Constitución. Así, aparecen claras referencias a la misma en sus artículos 8.1 (*soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional*), 104.1 (*seguridad ciudadana*) y 105.b) (*seguridad y defensa del Estado*). Todo ello por no mencionar el artículo 116, relativo a los estados de alarma, excepción y sitio.

Siendo esto así, no debieran existir dudas en la consideración como actos políticos del Gobierno los que se refieren a la seguridad del Estado o, si no todos, al menos sí los más característicos. Entre estos últimos cabría incluir muchas de las actividades del organismo examinado.

Llegados a este punto, nos topamos con el mismo dilema que veíamos en el caso de los secretos oficiales. Si por razón de seguridad nacional se decide disponer de unos servicios de inteligencia (cosa que, por cierto, todos los Estados hacen) ha de admitirse que los mismos han de escapar en mayor o menor grado al Derecho ordinario (12). No puede pretenderse mantener unos servicios de inteligencia y una simultánea vigencia irrestricta de los derechos individuales. Forzosamente, si se opta por lo primero, ha de aceptarse que alguna repercusión negativa tenga en los segundos. Se trata, sin duda, de una opción difícil y que exige el máximo atemperamiento. Pero lo importante es decidir si al Estado interesa a la larga dicha operación, esto si, si al régimen de libertades conviene más la amenaza que pueda provenir por ese lado que la procedente de grupos o países enemigos de su libertad e independencia. La implantación de

(12) Así lo reconoce J. M. URIARTE: «Legislación de inteligencia, legitimidad y defensa», *ob. cit.*, pág. 74.

un organismo como el comentado dentro de un Estado democrático pasa por la aceptación de que, cualquiera que sea su coste, éste siempre será inferior al que se causaría dejando al mismo indefenso frente a los violentos de cualquier signo. De modo que si no existe este convencimiento, lo mejor es abstenerse de una creación semejante. Si se considera que el Estado no está amenazado en su independencia o en su régimen constitucional o que estándolo puede defenderse por su medios regulares, debe entonces prescindirse de organizaciones de inteligencia, como las aquí comentadas. Pues establecerlas para someterlas al Derecho ordinario viene a ser una contradicción en los términos.

Dentro de este contexto es como, a nuestro juicio, debe examinarse el control judicial previsto en la Ley orgánica antes referida. Una de sus manifestaciones principales es la relativa a la obtención de la información que constituye la finalidad del Centro Nacional de Inteligencia. En concreto, cuando la misma exija la entrada en un domicilio o la interceptación de las comunicaciones, se prevén unos claros límites y un curioso sucedáneo de control jurisdiccional. De los primeros cabe destacar que no podrá exceder de 24 horas la injerencia en el domicilio privado y de tres meses la interceptación de las comunicaciones, pero con la posibilidad de prórroga. Del segundo debe decirse que, antes de adoptar estas medidas, el director del centro deberá contar con la autorización de un magistrado del Tribunal Supremo elegido a estos efectos por el Consejo General del Poder Judicial. Dicho magistrado podrá autorizar mediante resolución motivada la intervención solicitada, a expedir dentro de las 72 horas siguientes, o de las 24 de alegarse urgencia.

En concreto, el artículo único de la Ley orgánica 2/2002, de 6 de mayo, prevé lo siguiente:

«1. El Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia deberá solicitar al Magistrado del Tribunal Supremo competente, conforme a la Ley Orgánica del Poder Judicial, autorización para la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones, siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro.

«2. La solicitud de autorización se formulará mediante escrito que contendrá los siguientes extremos: a) Especificación de las medidas que se solicitan. b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas. c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse. d) Duración de las medidas solicitadas, que no podrá exceder de 24 horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, ambos plazos prorrogables por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad.

«3. El Magistrado acordará, mediante resolución motivada en el plazo improrrogable de setenta y dos horas, la concesión o no de la autorización solicitada. Dicho plazo se reducirá a veinticuatro horas, por motivos de urgencia, debidamente justificados en la solicitud de autorización del Secretario de Estado Director del Centro Nacional de Inteligencia, que, en todo caso, contendrá los extremos especificados en el apartado anterior de este artículo. El Magistrado dispondrá lo procedente para salvaguardar la reserva de sus actuaciones, que tendrán la clasificación de secreto».

Son muchos los interrogantes que suscita la regulación transcrita. Para empezar, da la sensación de que se han trasladado precipitadamente los esquemas propios de la persecución del delito y de los delincuentes a la temática de la seguridad del Estado. Se trata de dos facetas que en parte coinciden, como lo revela el que entre los delitos más graves estén los que afectan a la seguridad del Estado (rebelión, sedición, terrorismo, delitos que comprometen la paz o la independencia del Estado y otros previstos en el Código penal). Pero también en parte se diferencian: no toda la actividad delictiva, sino sólo una pequeña parte, afecta a la seguridad del Estado. La inmensa mayoría de los delitos no tienen la dimensión política de los aquí considerados ni comprometen la independencia del Estado y la estabilidad del sistema democrático. En todo caso, lo propio de la inteligencia estatal es prevenir acciones, sean o no delitos, de particular gravedad, y cuya persecución sería hartamente difícil y costosa si llegasen a perpetrarse.

Y, sin embargo, en la regulación transcrita se aplica el esquema propio de la persecución criminal ordinaria: exigencia de autorización judicial previa para realizar acciones que supongan invasión de espacios privados. Se olvida entonces que la seguridad del Estado afronta otros peligros, normalmente de mucha mayor envergadura que los de la criminalidad ordinaria, y que entre sus fines no están sólo los represivos, sino también, muy marcadamente, los preventivos. En muchas ocasiones no se trata de conseguir pruebas o de detener a un presunto delincuente, sino de obtener información sobre grupos o personas potencialmente peligrosas para el Estado, su economía, su régimen democrático, etcétera, y de prevenir ataques futuros (13).

(13) Escribe en este sentido J. M. Uriarte: «la necesidad que tienen los organismos de inteligencia de asegurarse que sus funcionarios no serán citados a prestar declaración testimonial ante la justicia y que no deberán explicar ante el tribunal los métodos mediante los cuales obtuvieron determinadas pruebas, les convierte en un medio inadecuado para la actividad policial, en la cual, en principio, todo debe ser verificable por la defensa.» Y más adelante añade: «a diferencia de las actividades de inteligencia, en la investigación de un caso policial determinado se procura esclarecer el hecho, obtener pruebas, descubrir y detener a los responsables y someterlos a la acción de la justicia». Pero también reconoce que la delincuencia organizada, como el narcotráfico y el te-

Por otro lado, la regulación propuesta encierra una contradicción prácticamente insalvable, producto de querer someter a un control judicial a unos actos peculiares y extraordinarios que, por lo mismo, mal se avienen a un control semejante. Quiriendo acomodarse a ciertos principios constitucionales, como el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24 de la Constitución) y el control de la legalidad administrativa (art. 106.1), se amenazan otras previsiones constitucionales.

Así, la creación de una magistratura unipersonal de control de estos actos de los servicios de inteligencia no deja de ser cuestionable a la luz del principio de «*unidad jurisdiccional*», reconocido por el artículo 117.5 de la Constitución. En su desarrollo, el artículo 3.1 de la LOPJ dispone que «*la jurisdicción es única y se ejerce por los Juzgados y Tribunales previstos en esta Ley*». Y si revisamos dicha ley veremos que dicha magistratura de competencia única y titular individual no encaja en ninguno de los juzgados y tribunales allí previstos. En concreto el artículo 26 dispone: «*El ejercicio de la potestad jurisdiccional se atribuye a los siguientes Juzgados y Tribunales: Juzgados de Paz. Juzgados de Primera Instancia e Instrucción, de lo Contencioso-administrativo, de lo Social, de Menores y de Vigilancia Penitenciaria. Audiencias Provinciales. Tribunales Superiores de Justicia. Audiencia Nacional. Tribunal Supremo.*» Por tanto, si lo que se quería era decir que se había satisfecho la exigencia de control jurisdiccional de la actuación del nuevo centro, ha de convenirse que malamente se ha resuelto esta aspiración, pues lo previsto no es propiamente control jurisdiccional.

Además, cómo haya de resolver el magistrado sobre la solicitud del Centro de Inteligencia Nacional es motivo de perplejidad. Pues las medidas interesadas deben autorizarse en la medida que «*resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro*». Se remite así a la apreciación de unas funciones de clara naturaleza política y escasamente reguladas, como son las mencionadas en el citado artículo 4 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo. La tesitura en que se verá entonces ese magistrado será presumiblemente muy parecida a la que antes comentábamos respecto a la clasificación de documentos como secretos. Esto conduce a un control imposible (acaso lo que se persigue no sea más que esto, una medida tan aparente como hueca) o bien a la politización de ese magistrado. Pues la estimación de si se dan o no las exigencias a que obedecen las funciones reguladas en ese artículo no parecen relacionadas con su formación de jurista, sino con el juicio político que como todo indivi-

rorismo, constituye amenaza contra el Estado y en este sentido justifica la intervención de los servicios de inteligencia. Véase *Legislación de inteligencia, legitimidad y defensa*, ob. cit., págs. 72 y sigs.

duo puede poseer. Pero así como el Gobierno de un país democrático goza de una legitimidad expresa a estos efectos, lo contrario ocurre con ese profesional, cuyo título le habilita únicamente para la función de aplicar leyes, entendidas como normas jurídicas. O politización o inanidad parece ser el destino de esta intervención pseudojudicial.

Otros puntos de la regulación revelan su engañosa apariencia. Así, no se comprende muy bien que el apartado 3 del artículo único de la Ley orgánica 2/2002 exija severamente la motivación de la resolución del magistrado, para acto seguido disponer la obligación de «*salvaguardar la reserva de lo actuado, que tendrá la clasificación de secreto*» si se accediese a lo interesado por el Centro Nacional de Inteligencia. Pues la motivación trata de asegurar los derechos de los perjudicados por la resolución y, en concreto, la posibilidad de impugnarla, como repetidamente ha manifestado el Tribunal Constitucional. Mantener el secreto de la motivación es hacer de la misma algo irrelevante a estos efectos.

Por otro lado, no se aclara si la autorización judicial sigue siendo necesaria cuando el Centro actúe fuera del territorio nacional, vista la posibilidad en este sentido reconocida por el artículo 4.a) de la Ley 11/2002.

6. EL MODELO BRITÁNICO COMO ALTERNATIVA

No hace falta ir muy lejos para comprobar que estos alardes garantistas son impensables en las democracias más serias y sin complejos. Y mucho menos cuando se trata de países enfrentados a ataques terroristas. Ni siquiera es preciso referirse a la legislación extraordinaria aprobada por el Congreso de los Estados Unidos tras los sucesos del 11 de septiembre de 2001. Basta tomar en cuenta la legislación ordinaria de un país al que, precisamente, no se le puede criticar por falta de credenciales constitucionales.

En el caso del Reino Unido es preciso referirse a dos leyes: la *Security Service Act 1989* y la *Intelligence Services Act 1994* (14). Respecto a la primera, R. Thomas viene a reconocer algo muy cercano a lo que venimos defendiendo. Y es que los servicios de inteligencia británicos se sitúan bajo la dirección y responsabilidad básicamente política del Gobierno. Véanse sus palabras: «la *Security Service Act 1989* representa la confirmación por el Parlamento de los principios sobre los que trabaja el Servicio Británico de Seguridad (MI5). En virtud de esta ley, el Parlamento ha establecido también el ámbito de los deberes y obligaciones del Servicio de Seguridad y confirmado que la responsabili-

(14) Fuente utilizada: <http://www.mi5.gov.uk/law.htm>

dad por el mismo continuará funcionando por medio de la responsabilidad ministerial ante el Parlamento» (15).

Respecto a las funciones del Servicio de Seguridad, la sección 1(2) y (3) de esta ley establece:

«La función del Servicio de Seguridad será la protección de la seguridad nacional y, en particular, su protección contra amenazas del espionaje, terrorismo y sabotaje, de actividades de agentes de potencias extranjeras y de acciones que persigan derribar o socavar la democracia parlamentaria, por medios políticos, industriales o violentos. También será su función salvaguardar el bienestar económico del Reino Unido contra amenazas procedentes de acciones o intenciones de personas fuera de las Islas Británicas».

En síntesis, esta determinación de funciones no es muy diferente de la que recoge el artículo 4 citado de la ley española. Sin embargo, hay un punto que se separa y llama poderosamente la atención, como es la inclusión entre las amenazas contra el orden constitucional las procedentes de medios puramente políticos. No es preciso, por tanto, la utilización de medios violentos para que entre en juego la seguridad del Estado. Bastan los pacíficos si se proponen derribar o socavar la democracia parlamentaria.

El Servicio tiene a su frente un director general designado por el Secretario de Estado.

No hay ningún tipo de control judicial previo de las acciones que ejecute el Servicio de Seguridad. Por tanto, no existe nada parecido a lo que aparece en la Ley orgánica 2/2002. Lo único previsto es una suerte de control a posteriori por las reclamaciones que puedan presentar los perjudicados por las acciones del famoso MI-5.

A tal efecto, el *schedule 1* de la ley establece un tribunal que por su composición y funcionamiento puede definirse como un tribunal administrativo, de los que tanto abundan en el ordenamiento británico. Sus miembros, entre tres y cinco, son designados por real orden, por un periodo renovable de cinco años, entre personas que cuenten con una experiencia profesional como jurista de al menos diez años. Su retribución, así como los gastos del tribunal, corren a cargo del Secretario de Estado. También es competencia de este último dotar al tribunal del personal apropiado. Todo ello según la *schedule 2*. El tribunal es auxiliado en su trabajo por un comisario (*Security Service Commissioner*) designado por el primer ministro y retribuido por el Secretario de Estado. Este comisario debe vigilar el funcionamiento del servicio y reportar anualmente al primer ministro.

(15) Véase R. THOMAS: «Espionage and secrecy», *ob. cit.*, pág. 217.

La misión del tribunal no es pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de la medida objetada por el presunto perjudicado, ni menos sobre su posible carácter penal. En general, la misión de este tribunal es determinar si existía un fundamento razonable (*reasonable grounds*) para adoptar las medidas de que se trate. El tribunal interviene *ex post facto*, y sin poder actuar de oficio, sino cuando se presente una reclamación por el presunto perjudicado. Más en concreto, la sección 2(4) del *schedule 1* dispone:

«cuando el tribunal aprecie que las investigaciones sobre el reclamante han sido o fueron hechas basándose en su pertenencia a una categoría de personas, considerada por el Servicio como necesitada de investigación en el cumplimiento de sus funciones, el tribunal considerará que el Servicio tenía fundamento razonable para decidir el establecimiento o continuación de las investigaciones sobre el reclamante si el propio tribunal estimase que el Servicio tenía fundamento razonable para crearle miembro de esa categoría».

Cuando el tribunal convenga que no existía el fundamento razonable para la intervención, se lo comunicará al reclamante e informará de ello al Secretario de Estado y al comisario. Como remedios en este supuesto sólo se contemplan los dos siguientes: 1) terminación de las investigaciones y destrucción de cualquier dato obtenido, y 2) pago al reclamante de una indemnización en metálico, a fijar por el tribunal.

Ahora podemos pasar a comentar brevemente la *Intelligence Services Act 1994*. Para empezar, destaca que la entrada en propiedad ajena y la interferencia de telecomunicaciones es una competencia del ejecutivo. Según la sección 5(1):

«No se considerará ilegal la entrada en o la interferencia en propiedad o comunicación telefónica cuando se autorice por una resolución (warrant) del Secretario de Estado en las condiciones previstas en esta sección».

Obsérvese en esta norma la confirmación de lo que antes defendíamos, esto es, que cuando está en juego la seguridad del Estado constitucional pueden acometerse acciones de restricción de los derechos fundamentales de algunos, que en otro contexto serían inadmisibles.

Entre las condiciones que, según la ley, debe cumplir la resolución mencionada está la de que la acción de que se trate sea de valor sustancial para el servicio de seguridad y que busque lograr algo que no pueda ser razonablemente alcanzado por otros medios. Además la conducta perseguida por el Servicio de Seguridad deberá constituir uno o más delitos que reúnan una de las dos condiciones siguientes: *a)* implicar el uso de violencia, la obtención de importante ganancia financiera o comprometer a un número amplio de personas con un objetivo común, o *b)* conllevar una pena de prisión de tres años o más para una

persona mayor de 21 años y sin antecedentes penales. Los requisitos, como se ve, no son muy exigentes.

En todo caso la resolución o *warrant* del Secretario de Estado tiene una vigencia de seis meses y puede renovarse por un período igual.

Son por tanto numerosas e importantes las diferencias que median entre el modelo británico y el recientemente introducido en España. Frente al apoderamiento unilateral del Gobierno británico en acciones de seguridad, el español tendrá que contar con la autorización previa de un magistrado. Frente al control a posteriori y de mera oportunidad de aquél, aquí se impone uno previo y aparentemente de legalidad. Frente a los plazos dilatados del primero, la brevedad es la tónica del segundo. Frente a la gravedad de las medidas que explícitamente se admiten en el primero, reina un apocado silencio en el segundo. Y frente a la cortedad de las consecuencias de una acción injustificada en el modelo británico, las del modelo español suponen la imposibilidad de toda acción. En definitiva, es tal la distancia, que la conclusión no puede ser más que una de dos: o los británicos desdeñan sus libertades ciudadanas o los españoles son negligentes con su seguridad. Elija el lector la conclusión que prefiera.

7. LA REFERENCIA EUROPEA: EL CONVENIO DE DERECHOS HUMANOS DE 1950

Cuanto venimos defendiendo resulta respaldado por el Derecho europeo en materia de derechos fundamentales.

Referencia obligada es el Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, de 1950. Como es sabido, su artículo 8 consagra el derecho de toda persona *«al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia»*. Esto supone proscribir toda injerencia en el ámbito privado de cualquier sujeto, lo que afectaría a buena parte de la actividad normalmente desplegada por los servicios de seguridad de cualquier país. Sin embargo, el apartado 2 de este mismo artículo traza con nitidez los contornos de este derecho individual, en modo a conciliarlo con cuestiones como las aquí estudiadas. El Convenio demuestra ser consciente de las exigencias restrictivas que la propia democracia puede imponer a este derecho. En concreto, dice:

«No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.»

Como se ve, esta disposición admite injerencias en la vida privada y familiar, pero sometiéndolo a dos condiciones. La primera responde al cómo de esta restricción, y consiste en que la ley así lo prevea. La segunda lo hace al cuándo o porqué y consiste en que diversas situaciones, entre las cuales la seguridad nacional y pública y la protección de los derechos y libertades, haga necesaria la injerencia.

Si acudimos ahora a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, podremos comprobar cómo han sido interpretadas estas dos condiciones .

La primera se ha hecho valorando la referencia a la ley en un sentido muy amplio y abierto. Y así, la sentencia de 18 de junio de 1971, caso De Wilde, Ooms y Versyp, dijo que ley debía asumirse en un sentido material y no formal, incluyendo a las disposiciones de rango inferior al legislativo e, incluso, al derecho no escrito. Esta doctrina fue reiterada en el caso Huvig, de 24 abril 1990.

La segunda condición (casos en los que es posible restringir el derecho a la vida privada y al secreto de las comunicaciones) es la que más interesa a los fines del presente trabajo.

De todos los pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo, el más relevante es el contenido en la sentencia de 6 de septiembre de 1978, caso Klass. Precisamente porque se enjuiciaba la conformidad con el Convenio de la Ley alemana de 13 de agosto de 1978, relativa a la restricción de la correspondencia, de los envíos postales y de las telecomunicaciones (conocida como «la G10»).

Uno de los pronunciamientos del Tribunal coincide íntegramente con lo que venimos defendiendo, en el sentido de que el sistema democrático puede exigir restricciones y excepciones en el goce de ciertos derechos por determinados individuos:

«Las sociedades democráticas se encuentran amenazadas en nuestros días por formas muy complejas de espionaje y por el terrorismo, de suerte que el Estado debe ser capaz, para combatir eficazmente estas amenazas, de vigilar en secreto a los elementos subversivos que operan en su territorio. El Tribunal debe, pues, admitir que la existencia de disposiciones legislativas estableciendo los poderes» «de vigilancia secreta de la correspondencia de los envíos postales y de las telecomunicaciones son, ante una situación excepcional, necesarios en una sociedad democrática para la seguridad nacional y/o para la defensa del orden y para la prevención de los delitos».

Ahora bien, tampoco el Tribunal da un cheque en blanco a los gobiernos para luchar contra estas amenazas. Pues, ciertamente el apoderamiento espe-

cial de los ejecutivos pueden abrir la puerta al abuso. Por ello, se demandan garantías adecuadas para prevenirlos, garantías imposibles de prefijar y necesitadas de acomodarse a las circunstancias de cada problema:

«... los Estados contratantes no disponen... de una discreción ilimitada para subordinar con las medidas de vigilancia secreta a las personas sometidas a su jurisdicción. Consciente del peligro, inherente en dicha ley, de minar, de ver destruir la democracia con el motivo de defenderla, afirma que no podrían tomar, en nombre de la lucha contra el espionaje y el terrorismo, cualquier medida que juzguen apropiadas.

Cualquiera que sea el sistema de vigilancia adoptado, el Tribunal debe convencerse de la existencia de garantías adecuadas y suficientes contra los abusos. Esta apreciación reviste un carácter relativo: depende de todas las circunstancias que envuelven el caso, por ejemplo, la naturaleza, el alcance y la duración de las eventuales medidas, las razones requeridas para ordenarlas, las autoridades competentes para autorizarlas, ejecutarlas y controlarlas y el tipo de recursos previstos por el derecho interno.»

A la hora de resolver, esta sentencia se inclina por la corrección de la ley alemana considerada, pues, aunque en principio la mejor garantía frente a las injerencias abusivas sería el control judicial, en el caso sometido resultarían suficientes los controles administrativos y parlamentarios dispuestos por la ley sobre los correspondientes servicios de seguridad:

«El Tribunal constata, vista la naturaleza del control y de las otras salvaguardas previstas por la G 10, que la exclusión del control judicial no transgrede los límites que han de predominar necesariamente en una sociedad democrática. El Comité de cinco parlamentarios y la Comisión G 10 son independientes de las autoridades que desarrollan la vigilancia, están investidas de poderes y atribuciones suficientes para ejercer un control eficaz y permanente.»

Si aplicamos ahora este esquema a la nueva legislación española, resulta que el control judicial es innecesario pues ya se cuenta con un control administrativo por la Comisión Delegada del Gobierno para la Inteligencia del Estado (artículo 6 de la Ley 11/2002) y un control parlamentario por la correspondiente comisión del Congreso (artículo 11).

Es más, el convencimiento del Tribunal sobre el secreto de los servicios de seguridad es tan claro como para excluir toda idea de notificación a posteriori de la injerencia efectuada:

«En opinión del Tribunal, es importante interrogarse sobre la posibilidad práctica de exigir una notificación posterior en todos los casos. La actividad o el peligro que un conjunto de medidas de vigilancia tienden a combatir puede subsistir durante años, quizá decenios, antes de su cese. Una notificación posterior a cada individuo afectado por una medida más tarde podría comprometer a largo plazo el objetivo que motiva en un principio de la vigilancia. Por otra parte ...esta notificación correría el riesgo de contribuir a revelar los métodos de trabajo de los servicios de información, sus campos de observación e, incluso, la identidad de sus agentes.»

Finalmente, existen otros pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, aunque menos atinentes al caso, puede ser aconsejable examinar. El primero es el caso *Sunday Times*, resuelto por la sentencia de 26 de abril de 1979, donde se insiste en la necesidad de que la ley regule con suficiente claridad la posible injerencia en el ámbito de los particulares, pero admitiendo que el grado de precisión de la misma depende de la materia de que se trate, lo que hace suponer que en el caso de la legislación antiterrorista o de seguridad contra grupos que amenazan la independencia del Estado, la precisión exigible debe ser más reducida que en el caso de la persecución de la delincuencia ordinaria.

En concreto ha habido casos en los que el Tribunal de Estrasburgo ha condenado al país demandado por carecer de una legislación que precise con claridad los supuestos en que cabe efectuar intromisiones en la vida privada o en las comunicaciones de una persona. En este sentido puede citarse las sentencias de 2 de agosto de 1984 (caso *Malone*) y 24 de abril de 1990 (caso *Huvig*). Pero en ambos casos se trató de situaciones en modo alguno parangonables con las que aborda la legislación española sobre servicios de inteligencia. En el primero, la injerencia consistió en escuchas telefónicas en el marco de una instrucción penal por delito de receptación, y en el segundo sobre escuchas telefónicas dentro de una investigación por fraude fiscal. Es de imaginar que el Tribunal, dados sus antecedentes, no se habría pronunciado en la misma forma de estar dirigidas las injerencias contra grupos y organizaciones, no individuos asilados, que persiguen la destrucción del orden constitucional o valores básicos colectivos.

Por tanto, a la luz de esta jurisprudencia, ha de concluirse que es innecesario un control judicial sobre las pesquisas del Centro Nacional de Inteligencia. Su aplicación puede debilitar al Estado democrático sin reportar beneficios apreciables. En todo caso, lo que se podría echar en falta es un mayor grado de precisión en la determinación de las actuaciones propias de ese organismo. El artículo 4 de la Ley 11/2002, antes transcrito, no es ciertamente un modelo al respecto. Puede resultar recomendable una regulación más pormenorizada.

8. A TÍTULO DE CONCLUSIÓN

Por nuestra parte, no tenemos inconveniente en extraer una conclusión, la cual, por lo demás, ha venido apareciendo a lo largo de este comentario. Y es que se precisa recuperar sin falsos escrúpulos democráticos la categoría de actos políticos gubernamentales, en el sentido de actos exentos del normal control jurisdiccional. Pues no nos cabe duda que por oneroso que sea este régimen para los derechos y libertades, mucho más lo es el exponerse a dejar al Estado constitucional indefenso frente a sus enemigos. Si éste perece, son todos los individuos los directamente perjudicados en sus derechos.

Lo anterior es tanto más apremiante cuanto que España carece del lujo de vivir pacíficamente en su régimen constitucional. Los ataques terroristas que viene soportando desde hace décadas no sólo permiten sino que demandan un refuerzo de su sistema de seguridad. Y decimos esto en la inteligencia de que no hay alternativa para proteger el sistema de libertades.

Afortunadamente, no todo está perdido jurídicamente. Junto a los datos legislativos que hemos citado al principio y a los nuevos que se comentan, existen otros de signo opuesto. Entre ellos figura la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que ya ha sido recogida. También puede invocarse lo previsto en el artículo 9.4 de la Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial:

«Los (tribunales) del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones reglamentarias»

Aunque no es la solución completa, de esta norma se deduce claramente que los actos sujetos al Derecho constitucional no son competencia del orden contencioso administrativo, y, por lo mismo, de ningún otro, salvo lo que se pueda derivar de las competencias del Tribunal Constitucional. Sólo los actos propiamente administrativos estarían sometidos a este control.

En lo mismo coincide el artículo 1.1 de la Ley 29/1998, que refiere el control jurisdiccional a *«la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho administrativo»*. Por tanto no abarcaría la actuación política, los actos políticos del Gobierno, con o sin este nombre. Toda esta base de Derecho positivo permite mantener una línea interpretativa en el sentido postulado. En particular, entre los actos merecedores de un régimen particular deben estar los relativos a la seguridad estatal.

