En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado

Blanca LOZANO

I. LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 4 DE ABRIL DE 1997 Y SUS PRECEDENTES: EL SUPUESTO CONFLICTO JURISDICCIONAL SOBRE LOS DOCUMENTOS DEL CESID

El Tribunal Supremo, en tres Sentencias del pasado 4 de abril, ha procedido a declarar la nulidad parcial del acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que se denegó la desclasificación de los documentos conocidos como "los papeles del CESID", y ha ordenado al Gobierno que acuerde la cancelación como materia reservada de la mayor parte de los documentos solicitados. La importancia y singularidad de estas Sentencias radica en que, por primera vez en nuestro país, el Tribunal Supremo ha debido enfrentarse a una de las cuestiones más problemáticas en un Estado de Derecho, como es la del control judicial de los documentos secretos, y lo ha hecho reconociendo, casi veinte años después de la aprobación de la Constitución española, que frente a los preceptos de nuestra Norma Suprema que consagran nuestro Estado de Derecho como un Estado de Justicia y de plena garantía de los derechos y libertades, no puede prevalecer ninguna pretendida razón de Estado. Con estos pronunciamientos se abre además la necesidad de proceder, de acuerdo con estas premisas, a una reforma en profundidad de las normas que regulan tanto los secretos de Estado como la estructura y el funcionamiento de los servicios secretos en nuestro país.

El objeto de estas líneas no es el de realizar un análisis jurídico completo de las Sentencias[1], sino el de exponer y comentar algunas de las cuestiones más relevantes que en ellas se han planteado y resuelto. Antes considero preciso, sin embargo, relatar brevemente los antecedentes que han dado lugar a estos pronunciamientos y que permiten comprender mejor su alcance y significado.

Con las Sentencias de 4 de abril, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha resuelto una cuestión incidental planteada en la instrucción de tres sumarios abiertos por presuntas actividades delictivas cometidas por el aparato del Estado en la lucha antiterrorista contra ETA[2], relativa a la posibilidad de aportar a la investigación judicial determinados documentos clasificados como secretos. Los hechos que dieron lugar a esta cuestión son de todos conocidos: el juez central de Instrucción núm. 5, en el curso de un sumario relativo al denominado "caso GAL" de guerra sucia contra el terrorismo, requirió a los responsables del CESID ciertos documentos e informaciones relativas al uso de determinados fondos reservados por entender que podían haber sido utilizados para financiar operaciones antiterroristas de carácter delictivo. Los responsables del CESID afirmaron, ante sucesivos requerimientos, que no podían atenderlos porque las materias a las que se referían revestían carácter secreto. El juez dirigió entonces un requerimiento similar al ministro de Defensa, en cuanto superior jerárquico de las autoridades del CESID, pero éste se negó también a facilitarle los documentos e informaciones, alegando que, por tratarse de materia clasificada, no resultaba posible, de acuerdo con la legislación de secretos oficiales (Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por Ley 48/1978, de 7 de octubre), acceder a lo solicitado, y procedió a plantear un conflicto jurisdiccional por entender que la autoridad judicial carecía de competencias para formular los requerimientos reiterados que había realizado respecto de las materias clasificadas. El Tribunal de Conflictos, por Sentencia de 14 de diciembre de 1995, resolvió a favor del ministro de Defensa una contienda para la que no estaba en realidad llamado pronunciarse, porque en el caso de los papeles del CESID no se daba, como ya expuse en otro lugar[3], un conflicto jurisdiccional que motivase la intervención de este órgano. No se trataba en efecto en este caso de determinar a quién correspondía la competencia para desclasificar —que el órgano judicial nunca ejerció ni pretendió ejercer—, sino de interpretar la Ley de Secretos Oficiales a fin de determinar si, ante el silencio de la misma, era preciso o no desclasificar previamente un documento para entregárselo al juez. El titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 1 entendió, obviamente, que no lo era, y el Tribunal de Conflictos no hizo en su Sentencia de 14 de diciembre sino revisar y rectificar la interpretación realizada por el juez, asumiendo de esta forma funciones jurisdiccionales de control que no le corresponden[4]. El pe-

[1] Para un estudio jurídico más detenido de estos pronunciamientos, véase el comentario jurisprudencial que he publicado en el número 94 de la "Revista Española de Derecho Administrativo".

[2] Se trata de los sumarios relativos a los casos *Oñederra*, que el juez Baltasar Garzón, titular del Juzgado Central de Instrucción núm. 5 instruye por delitos de asesinato presuntamente cometidos en las personas de Ramón Oñederra y otros; el caso *Lasa y Zabala*, que instruye el juez Gómez de Liaño, titular del juzgado Central de Instrucción núm 1, por delitos de detención ilegal, tortura y asesinato presuntamente cometidos en las personas de Jose Ignacio Zabala y Jose Antonio Lasa; y el caso *Lucía Urigoitia*, que instruye el juez de San Sebastián Justo Rodríguez, para esclarecer la muerte de la etarra Lucía Urigoitia durante una intervención de la Guardia Civil para la detención de varios miembros de un comando de la organización terrorista.

[3] V., *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administracion*, "Revista Española de Derecho Administrativo", núm. 91, 1996.

[4] Como declaró el propio Tribunal de Conflictos en una de sus primeras resoluciones (de 20 de junio de 1986), los conflictos de jurisdicción "no pueden transformarse en recursos judiciales, ni ser sucedáneos de recursos extraordinarios o servir para revisar las resoluciones jurisdiccionales firmes". Así lo había entendido ya el Consejo de Estado en los Dictámenes emitidos en el pro-

ligro que entraña que este Tribunal, excediéndose como en esta Sentencia del ámbito reducido de su función[5], acabe por convertirse en un árbitro entre los jueces y el Poder ejecutivo que obstaculice el sometimiento pleno de la Administración al Derecho y al control de los Tribunales que postulan los artículos 103 y 106 de la Constitución, se ha puesto de manifiesto cuando un jurista de relieve ha propuesto recientemente en los medios de comunicación que el Gobierno "impugne" las sentencias del Tribunal Supremo objeto de este comentario ante el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción[6], ignorando que la propia Ley Orgánica de Conflictos Jurisdiccionales establece taxativamente que "no podrán plantearse conflictos de jurisdicción a los Juzgados o Tribunales en los asuntos judiciales resueltos por auto o sentencias firmes (...)", como consecuencia ineludible de los principios de plenitud jurisdiccional y de sometimiento pleno de la Administración al Derecho y al control de los tribunales que consagra nuestra Constitución.

Siguiendo el procedimiento indicado en la Sentencia del Tribunal de Conflictos, los jueces instructores de los tres sumarios relativos a las presuntas actividades delictivas del GAL procedieron a solicitar al Consejo de Ministros la desclasificación de diversos documentos, pero éste la denegó por acuerdo de 2 de agosto de 1996. Contra este acuerdo interpusieron los familiares de las víctimas de los crímenes investigados varios recursos, de los cuales los instrumentados por el cauce procesal de la Ley 62/78, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, han dado lugar a las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril. Los recurrentes invocaban el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, en relación a la utilización durante el sumario de los medios de prueba por ellos solicitados y declarados pertinentes por el juez.

II. LA REVISION JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DE CLASIFICACION. JUICIO CRITICO DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO SOBRE LA CATEGORIA DE LOS "ACTOS POLITICOS" Y EL ALCANCE DE SU CONTROL JUDICIAL.

La Sala Tercera del Tribunal Supremo entra en estas Sentencias a enjuiciar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los *documentos del Cesid*, con lo que ya hace manifiesto que las materias clasificadas no pueden considerarse como una zona de inmunidad jurisdiccional, y así lo reafirma en sus Fundamentos Jurídicos al reconocer la validez de la Ley de Secretos Oficiales de 1968, "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, *pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros (...) no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este alto Tribunal (...) al que conforme al artículo 58.1 LOPJ compete la fiscalización jurisdiccional de los actos de esa autoridad con el fin de controlar su conformidad a Derecho*".

El Tribunal Supremo se pronuncia de esta forma en contra de la imposibilidad de controlar los actos del Ejecutivo atinentes a la desclasificación de documentos que parecía postular la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995, en la que se afirmaba que la decisión del Consejo de Ministros sobre la clasificación o desclasificación de los documentos supone "valorar, *dentro de sus funciones directivas de gobierno*, los intereses en juego, principalmente el de seguridad del Estado, *cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia*" (Fundamento Jurídico Quinto). Un sector de la doctrina afirmó también el carácter infiscalizable de las decisiones del Gobierno sobre los documentos clasificados[7].

Pero aunque el Tribunal Supremo reconoce la posibilidad de fiscalización jurisdiccional de las decisiones del Consejo de Ministros atinentes a la clasificación de materias y documentos, admite sin embargo las restricciones que la Ley de Secretos Oficiales introduce a los plenos poderes de investigación que la Ley reconoce a los jueces, al declarar la validez de esta Ley "*al menos*" en cuanto atribuye al Gobierno "una competencia primaria (...) para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad" por razones de seguridad y defensa. Para el Tribunal Supremo, tal competencia encuentra su justificación en "las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución" o en la necesidad de "preservar la existencia misma del

cedimiento de resolución de conflictos previsto en la anterior Ley de Conflictos Jurisdiccionales, de 17 de julio de 1948 (Véanse, entre otros, los Dictámenes de 15 de marzo de 1979, de 8 de julio de 1982 y de 7 de julio de 1983).

[5] Como he expuesto en dos estudios sobre el sistema de conflictos jurisdiccionales (*Los conflictos entre la Administración y los Tribunales: perspectiva histórica y nueva configuración*, en "Revista de Administración Pública", núm.118, 1989 y *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración, cit.*), el sistema de conflictos arbitrado por la Ley Orgánica del Poder Judicial, inspirado en el *Tribunal des Conflicts* francés, es poco congruente con nuestro sistema de Justicia y sólo resulta tolerable dentro de los estrechos márgenes y de la reducida función para la que fue concebido: la de un procedimiento resolutorio de cuestiones técnicas relativas a la atribución legal de competencias, en el marco de una nueva distribución de poderes que consagra la plena justiciabilidad de la actuación administrativa. El Tribunal de Conflictos debe actuar, según una bella metáfora utilizada por E. García de Enterría, como un *guardagujas* que envía los *carruajes* de las cuestiones de competencia hacia la vía de los Tribunales o hacia la de la Administración, pero teniendo todos los *trenes*, como destino final, la *estación* del Estado de Derecho, que supone, en palabras del mismo autor, "un Estado de Justicia, en el sentido explícito de justicia judicial y no en cualquier otro más etéreo o evanescente, justicia frente a la cual el Poder Público, o más precisamente aún sus ocasionales (y justamente porque son ocasionales) titulares, no pueden pretender ninguna inmunidad" (*Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Ed. Cívitas, 3ª edición ampliada, Madrid, 1997, pág.160).

[6] Javier Pérez Royo, artículo *Por qué no* publicado en el diario "El País" de 18 de abril.

[7] Miguel Sánchez Morón afirmaba, en un artículo publicado en el diario "El País" de 25 de agosto de 1996, que "un juez puede solicitar del Gobierno que una información secreta sea desclasificada. Pero si el Gobierno, bajo su exclusiva responsabilidad, desestima la petición de acuerdo con la ley, es necesario atenerse a esa decisión".

Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho"[8].

Las Sentencias no declaran por tanto, como pretendían los recurrentes, la inconstitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales —lo que hubiera conllevado la nulidad del acuerdo del Consejo de Ministros por incompetencia de este órgano para proceder a la desclasificación de unos documentos como requisito previo para su entrega a los jueces—, pero establecen una interpretación de la misma acorde con el ordenamiento constitucional, en el sentido de permitir en todo caso la revisión por los Tribunales de la adecuación a derecho de las decisiones sobre clasificación del Consejo de Ministros. En realidad, aunque no se diga así en las Sentencias, *la propia Ley admite la posibilidad de control judicial de los actos de clasificación del Gobierno*, pues así se deduce inequívocamente del elemento de interpretación constituido por sus antecedentes legislativos. Debe tenerse en cuenta en este sentido que en la reforma de esta Ley que llevó a cabo la Ley 48/1978, de 7 de diciembre, se suprimió un precepto (contenido en el artículo 10.2) que establecía lo siguiente:

"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".

Este texto fue suprimido en el Senado, al aceptarse una enmienda de don Lorenzo Martín-Retortillo (senador entonces del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes), cuya justificación éste expuso en el Pleno en los siguientes términos:

"La Ley de Secretos de 1968 impedía que las declaraciones pudieran ser impugnadas desde la perspectiva de lo contencioso-administrativo. Pues bien, algo evidente es la posibilidad de que los Tribunales entren en todos los sectores de la Administración Pública, sin que esto paralice su actuación, sin que esto signifique publicidad cuando ésta no sea deseable, pero hay que dar entrada a los Tribunales a propósito de todas las actuaciones de la Administración Pública. *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*"[9].

Como ha destacado recientemente E. García de Enterría[10], "Pocas veces podrá demostrarse cuál es, tan inequívocamente y para el tema específico de que se trata, tanto la *voluntas legislatoris* como la *voluntas legis*", por lo que resulta sorprendente que las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril no basen su argumentación sobre la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales en el hecho de que la propia Ley admite el recurso jurisdiccional contra los actos de clasificación del Gobierno (como sí lo ponen en cambio de manifiesto, en sus votos particulares, los magistrados Juan Antonio Xiol Ríos y Pascual Sala).

Una vez declarada la adecuación de la Ley de Secretos Oficiales a la Constitución española y admitida la posibilidad de enjuiciamiento de los actos del Ejecutivo sobre clasificación o desclasificación, el Tribunal Supremo procede a abordar lo que reconoce como el "tema central" de la decisión: determinar *los límites de esta potestad jurisdiccional de enjuiciamiento* para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos. Es en la doctrina que aquí se sienta y en su posterior aplicación a los casos planteados donde la argumentación de las Sentencias presenta, a mi entender, las mayores quiebras (los casos difíciles, como suele decirse, "no hacen buen derecho").

Las Sentencias (que contienen una fundamentación jurídica idéntica respecto de las cuestiones previas y los límites de la potestad de revisión jurisdiccional), comienzan por analizar la naturaleza del acto del Gobierno denegatorio de la desclasificación, y rechazan la posibilidad de acudir para ello al artículo 2-b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (que, como es sabido, excluye del control de la Jurisdicción contencioso-administrativa "Las cuestiones que se susciten en relación con los *actos políticos del Gobierno* (...)"). La cita de este precepto ha sido abanadonada, salvo excepciones, tras la aprobación de la Constitución, en cuanto se considera incompatible con los derechos y principios constitucionales y así lo reconoce el Tribunal Supremo en estas Sentencias al afirmar que ha sido la influencia del artículo 24.1 de la Constitución, "la que explica que la jurisprudencia (...) haya 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".

Las Sentencias califican, sin embargo, los actos relativos a la clasificación o desclasificación de documentos como actos políticos (o "de dirección política" como se dice textualmente), por la importante excepción que para los comunes principios de convivencia democrática supone el que se declare el secreto de determinados documentos, "en cuanto parece contraria a los comunes principios de convivencia democrática, excluyendo "ab initio" del normal control por los otros poderes e instituciones del Estado a los documentos relativos a determinadas materias reservadas". La justificación de la atribución de esta potestad al "ámbito de la actuación política del Gobierno" se encuentra, a juicio del Tribunal Supremo, en que "una excepción de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional (...)". Con ello, se está utilizando uno de los criterios que ya seguía la juris-

[8] Resulta cuando menos sorprendente que, como ha señalado Perfecto Andrés Ibáñez, "pueda hablarse, como hace la Sala Tercera, de una "existencia misma del Estado" como "presupuesto lógico del Estado de derecho", pues, de coexistir con éste, sería desde el no— derecho: *¿Estado de facto?*" (*Los papeles del Cesid, secreto y clandestinidad*, artículo publicado en el periódico "El País" de 23 de abril de 1997).

[9] Discurso pronunciado en su defensa del dictamen de la Comisión ante el Pleno, el 20 de junio de 1979. Tomo la cita de E. García de Enterría que recoge esta capital historia legislativa en "Una nota sobre secretos oficiales e inmunidad judicial", en la 3ª edición de *Democracia, Jueces y Control de la Administración, cit.*, pág 327 y ss. El propio L. Martín Retortillo ha expuesto este episodio en su libro *En los albores de la democracia*, Guara Editorial, Zaragoza, 1979.

[10] *ob. ult cit.*, pp. 329 (nota núm.1).

prudencia basada en el artículo 2-b) de la Ley de la Jurisdicción para calificar un acto como *político*: el de que su contenido se refiera a grandes decisiones de conjunto, de gran entidad y trascendencia para la nación.

A nuestro entender, sin embargo, lo que debe postularse en nuestro actual sistema constitucional no es sólo la pérdida de vigencia del artículo 2-b) de la Ley de la Jurisdicción, sino la propia pérdida de sentido del reconocimiento de una categoría de actos "políticos" o "de dirección política", distintos *por naturaleza* de los actos administrativos y sustraídos a los principios, límites y controles que afectan a estos últimos, pues una categoría de este tipo resulta contraria a la plenitud de control jurisdiccional que consagra sin ambages nuestra Constitución. Como ha puesto de relieve E. García de Enterría[11], hoy la posibilidad de inmunidad judicial de cualquier titular o ejerciente del poder público está formalmente prohibida por la Constitución, como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo han tenido ocasión de proclamar muchas veces, resultando por ello inadmisible en nuestro sistema constitucional la exención judicial de una categoría genérica de actos de "dirección política" como la que pretendió introducir el fenecido Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la anterior etapa socialista.

En los argumentos de quienes pretenden reinstaurar el "acto político" como esfera de actuación del Gobierno inmune al control judicial, subyace en realidad una concepción de la democracia que ha sido calificada sin hipérbole de "jacobina", en cuanto defiende la prioridad de la política ejercida por el Gobierno, al que se considera poder legítimo en razón de la investidura popular, sobre el control ejercido por el "poder irresponsable" de los jueces, que no han sido elegidos ni pueden ser removidos por el pueblo[12]. Se subvierten, de esta forma, los principios básicos del sistema democrático, al situarse el Ejecutivo por encima del control de legalidad ejercido en sede judicial, cuya finalidad es, precisamente, asegurar que la Ley, en cuanto expresión por antonomasia de la soberanía popular, es cumplida y respetada por todos los agentes sociales y por todos los poderes públicos sin excepción incluido el Gobierno, como dicen sin equívocos los artículos 9.1 y 97 de la Constitución[13].

No puede por tanto admitirse en nuestro sistema constitucional la existencia de una categoría genérica de actos de "dirección política" exentos, en cuanto tales, del control jurisdiccional de legalidad. Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen sobre el Anteproyecto citado, "Es claro que en la actuación del Gobierno hay aspectos que no son reconducibles a proposiciones jurídicas, pero esto *no supone la existencia de esferas de acción inmunes al Derecho, y, en lo que éste prescribe, todos los actos son susceptibles de enjuiciamiento según criterios y métodos jurídicos*".

En las Sentencias que nos ocupan, se parte como hemos visto de la calificación del acuerdo de desclasificación como un acto de "dirección política", y se afirma que estos actos resultan "en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad", aunque esta afirmación es inmediatamente matizada al reconocerse que, por imperativo de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución, resulta obligado que los tribunales asuman el control judicial de esta actividad cuando alguna persona legitimada solicite la tutela judicial, siempre que "el legislador haya definido mediante conceptos jurídicamente 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".

De esta doctrina del Tribunal Supremo, que ya había sido establecida en anteriores pronunciamientos de la misma Sala[14], parece deducirse que existe una determinada categoría de actos políticos que no está sometida al régimen común de control jurisdiccional, en cuanto dicho control se ha de circunscribir a los límites o requisitos previos que haya podido establecer el legislador mediante "conceptos jurídicamente asequibles". No vemos, sin embargo, en qué puede diferenciarse este control jurisdiccional del que se opera sobre los actos discrecionales, que se realiza fundamentalmente, como es sabido, mediante el control de los elementos reglados. Parece que de lo que se trata con esta doctrina sobre el control de los actos de dirección política es de excluir un control sobre el fondo de la decisión, sobre la facultad de actuar o no actuar o de decidir entre varios contenidos posibles de la actuación, con el fin de preservar la libre voluntad del Ejecutivo a la hora de decidir, pero ello no permite, a mi parecer, distinguir estos actos de los realizados en el ejercicio de potestades discrecionales, porque en el caso de que el fondo de la decisión del ejecutivo esté de alguna manera limitado o condicionado por el legislador con "conceptos jurídicamente asequibles", los tribunales podrían entrar a controlarla, y en el caso de que no exista ninguna regulación legal atinente al fondo de la decisión, no es

[11] *Democracia, Jueces y Control de la Administración, cit.*

[12] Véase la exposición y contundente crítica de esta concepción que realiza García de Enterría en su última réplica a los inspiradores del ya caducado Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la anterior legislatura socialista (publicada en la 3ª edición de *Democracia, jueces y control de la Administración, cit.* y también en el número 93 de la "Revista Española de Derecho Administrativo"), replica motivada por la nueva alegación realizada por éstos en la polémica que sobre dicho Proyecto de Ley ha tenido lugar en la Revista Otrosí del Colegio de Abogados de Madrid (véase la carta publicada por Jesús Leguina Villa, Miguel Sánchez Morón y Luis Ortega Alvarez en número de octubre de 1996) y, además, por las alusiones y críticas a sus teorías vertidas por Miguel Sánchez Morón en el artículo que publicó en el diario "El País" de 2 de octubre de 1996 con el título *Democracia y judicialismo.*

[13] En defensa de estos principios básicos de nuestro sistema democrático véase también, junto a las obras citadas de E. García de Enterría, Perfecto Andrés Ibáñez, *Contra las inmunidades del poder. una lucha de debe continuar*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm 93, 1997, pp. 5 y ss

[14] En la Sentencia de 28 de junio de 1994 (en la que se discutía la legalidad del nombramiento del Fiscal General del Estado en favor de un magistrado respecto del cual se trataba de determinar si había cumplido o no el requisito de los quince años de ejercicio de la profesion de jurista), y en el Auto de 18 de enero de 1993, recaído en el mismo procedimiento resolviendo unas "alegaciones previas" de inadmisión en el mismo proceso y resuelto por decisión del presidente por la Sala en pleno, "al poder implicar una definición del ámbito al que ha de extenderse la potestad jurisdiccional, de conformidad con lo establecido en el artículo 197 de la LOPJ"

que el acto esté exento de control judicial, sino que, al no estar vinculado su contenido en un sentido determinado, no infringe el Derecho *ob.cit.*, pp. 505[15]. En el caso que nos ocupa, el Tribunal Supremo entra de hecho a controlar la adecuación de la decisión del Gobierno de no desclasificar los documentos solicitados a la afección a la seguridad y defensa nacional que exige la Ley de Secretos Oficiales. En efecto, tras definir el concepto de seguridad y defensa del Estado, que se vincula a la noción permanencia del orden constitucional —"entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior"—, se llega en las Sentencias a la siguiente conclusión:

"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 a su calidad de secreta*, puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitucional, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el título X de la propia Constitución".

Considero, por lo expuesto, que el acuerdo de desclasificación —como todos aquellos actos que cierta doctrina y jurisprudencia definen como "actos políticos" o "de dirección política" —, no es en realidad sino una decisión para cuya adopción el ordenamiento jurídico atribuye al Ejecutivo un amplísimo —máximo si se quiere—, margen de discrecionalidad para apreciar "lo que sea de interés público", pero sin que ello comporte una distinta naturaleza del acto en cuanto a su control jurisdiccional que le haga merecedor de una denominación diferenciada, pues está sometido a las reglas generales de vinculación la Ley y al Derecho y de control judicial de los actos discrecionales de la Administración[16]. Así lo entendió el Consejo de Estado, que en el dictamen emitido por la Comisión Permanente el 18 de julio de 1996 (para dar respuesta a una consulta efectuada por el ministro de la Presidencia), no calificó la entonces inminente decisión del Gobierno sobre la desclasificación de los documentos requeridos judicialmente como un "acto político", sino como un *acto discrecional que contiene determinados elementos reglados*[17], y negó categóricamente la existencia de decisiones del Gobierno que sean ajenas al derecho y que puedan resultar, por ello, exentas de control judicial[18].

III. LA ESTIMACION POR EL TRIBUNAL SUPREMO DE LOS RECURSOS FUNDADA EN LA VIOLACION DEL ARTICULO 24.1 DE LA CONSTITUCION. RAZONES QUE SUSTENTAN EL PROCEDIMIENTO DE REVISION JUDICIAL Y EL JUICIO DE CONSTITUCIONALIDAD DEL ACTO DE DESCLASIFICACION

La estimación parcial por el Tribunal Supremo de los recursos interpuestos, que le lleva a ordenar al Gobierno que acuerde la cancelación como materia reservada de la mayor parte de los documentos requeridos por los jueces, es el resultado del juicio de constitucionalidad del acuerdo recurrido y, en concreto, del control de su adecuación al derecho a la tutela judicial efectiva de los acusadores particulares perjudicados por los delitos, entendido en este caso como derecho a la aportación al proceso penal de los medios probatorios pertinentes. No se produce aquí, sin embargo, como se ha reprochado en algunos medios jurídicos a estas Sentencias, un "salto" hacia la aplicación directa de la Constitución omitiendo el Tribunal Supremo el eslabón que representa el poder legislativo, y ello porque, como debía haberse hecho más explícito en sus fundamentos jurídicos, concurren en este caso las razones siguientes:

— El acuerdo del Consejo de Ministros que denegó la desclasificación de determinados documentos ha de enjuiciarse atendiendo, además de al respeto por los documentos de las razones que legitiman su clasificación, a *la finalidad de la concreta petición de desclasificación.* Esta petición fue realizada por un juez de Instrucción en el marco de un sumario dirigido a la averiguación de unos delitos y tenía por objeto la aportación al proceso de ciertos documentos que se consideraban relevantes en la investigación sumarial de los hechos delictivos. No bastaba por ello

[15] Resulta por tanto aplicable a este tipo de actos, como señala Pedro González Salinas (*Dos nuevas resoluciones sobre la fiscalización de los actos políticos del Gobierno*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm.79, 1993, pp.493 y ss.), lo que la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa dice respecto de la discrecionalidad, en cuanto "justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad de las pretensiones de anulación, y aquella no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, *por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interes público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo*" (apartado IV, 3, párrafo octavo).

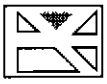
[16] Como recientemente ha puesto de relieve Perfecto Andrés Ibáñez, "Cualquier decisión de un gobierno legítimo estará normativamente mediada en algún grado; encontrará, unas veces, límites (externos) a su radio de acción y, otras (o a la vez) el condicionamiento (interno) representado por la existencia de elementos reglados; aparecerá sujeta al cumplimiento de ciertos fines y su pertinencia dependera de que concurran determinados presupuestos de hecho" *(Contra las inmunidades del poder una lucha que debe continuar, cit.*, pg 8).

[17] El reconocimiento por el Consejo de Estado de la naturaleza de acto administrativo discrecional del acuerdo del Consejo de Ministros relativo a la desclasificación de los documentos, le llevó a justificar la necesidad de motivar dicho acuerdo en la exigencia de motivación de los actos dictados en el ejercicio de potestades discrecionales que impone el artículo 54 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, destacando la importancia de la motivación en cuanto elemento que permite a los tribunales controlar si el uso que se ha hecho de la discrecionalidad se ajusta a Derecho

[18] "Todos los acuerdos del Consejo de Ministros, cualquiera que sea la forma que adopten, ya tengan contenido normativo o no, ya sean de gobierno o administrativos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como toda la actividad de los poderes públicos (art 9.1); hay un sometimiento pleno de la Administración Pública a la Ley y al Derecho (art 103.1 CE). *Los actos a través de los cuales el Gobierno ejercita sus funciones están regulados jurídicamente, no son actos exentos o vacíos de derecho.* La propia Constitución regula numerosos actos del Gobierno (arts 87, 100, 102 entre otros)".

NOVEDADES

ALIANZA EDITORIAL



Alianza Editorial

Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel. 393 88 88
Fax. 741 43 43

BIBLIOTECA DE AUTOR
Jorge Luis Borges
El Libro de Bolsillo

El Aleph
Ficciones
El libro de arena
Historia universal de la infamia
Historia de la eternidad
Otras inquisiciones
Biblioteca personal
Antología poética 1923-1977

30 BIBLIOTECA ANIVERSARIO

TERCER LANZAMIENTO

DASHIELL HAMMETT
El halcón maltés
Prólogo de Manuel Vázquez Montalbán
Álbum de Javier Alfaya y
Alberto Manguel

BENITO PÉREZ GALDÓS
Miau
Prólogo y álbum de Andrés Trapiello

JOSEPH CONRAD
El corazón de las tinieblas
Prólogo y álbum de Javier Alfaya

CHARLES DARWIN
Autobiografía y cartas escogidas
Prólogo de Francisco Ayala
Álbum de J. Manuel Sánchez Ron

GEOFFREY PARKER
Felipe II
Prólogo de Felipe Ruiz Martín
Álbum de Manuel Rivero

LITERATURA

GONZALO TORRENTE BALLESTER
Memoria de un inconformista
ALIANZA TRES

WILLIAM GOLDING
La lengua oculta
ALIANZA TRES

YORGOS SEFERIS
Días, 1925-1968
ALIANZA TRES

THOMAS BERNHARD
Acontecimientos y relatos
ALIANZA TRES

PETER HANDKE
Apéndice de verano a un viaje de invierno
Apéndice a la obra *Un viaje de invierno por los ríos Danubio, Save, Morava y Drina o Justicia para Serbia*
ALIANZA ACTUALIDAD

MIGUEL DE CERVANTES
XI. El casamiento engañoso
El coloquio de los perros
Contiene la versión en disquete
OBRAS COMPLETAS DE MIGUEL DE CERVANTES

ARTE Y MÚSICA

JOHN RICHARDSON
Picasso. Una biografía
Vol II. 1907-1917
LIBROS SINGULARES

ENRIC SATUÉ
Diseño gráfico en España
ALIANZA FORMA

DON RANDEL (EDICIÓN)
Diccionario Harvard de la música
ALIANZA DICCIONARIOS

ALFREDO MORÁN
Joaquín Turina a través de sus escritos
ALIANZA MÚSICA

HISTORIA

RICHARD SENNETT
Carne y piedra
El cuerpo y la ciudad en la civilización occidental
LIBROS SINGULARES

ÁNGEL DUARTE
La paz simulada
ALIANZA UNIVERSIDAD

MARIE-CLAUDE GERBET
Las noblezas españolas en la Edad Media. Siglos XI-XV
ALIANZA UNIVERSIDAD

FRANÇOIS FURET
El hombre romántico
LIBROS SINGULARES

CINE

JOSÉ MARÍA CAPARRÓS
100 películas sobre Historia Contemporánea
EL LIBRO DE BOLSILLO

AUGUSTO M. TORRES
El cine español en 119 películas
EL LIBRO DE BOLSILLO

VARIOS

DIEGO LECHUGA
FRANCISCO J. LAPORTA Y SILVINA ÁLVAREZ (EDITORES)
La corrupción política
LIBROS SINGULARES

G. L. LECLERC BUFFON
Las épocas de la naturaleza
ALIANZA UNIVERSIDAD

en este caso con la valoración de la afección por dichos documentos a la seguridad y defensa que establece la Ley de Secretos Oficiales —que hubiera resultado suficiente para acordar en circunstancias ordinarias su clasificación o denegar su desclasificación—, sino que, en cumplimiento del deber de prestar la colaboración requerida por los jueces en el curso del proceso establecido por el artículo 118 de la Constitución y reiterado por el artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, era preciso tener en cuenta los intereses comprometidos en la investigación sumarial de los hechos delictivos por el juez y en la utilización de determinados medios de prueba y, en especial, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la Constitución consagra en el artículo 24 y que vincula, de conformidad con lo establecido en su artículo 53, a todos los poderes públicos. En definitiva, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de julio de 1996, el Consejo de Ministros, a la hora de decidir sobre la desclasificación solicitada, debía "de ser consciente de que se hallaba ante una manifestación de la tensión axiológica entre seguridad y justicia".

— Las Sentencias objeto de este comentario han sido dictadas en un procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales referido al ámbito de unos procesos penales determinados, por lo que, de conformidad con la Ley 62/1978, de 26 de diciembre —que refiere este proceso al control de los "actos de la Administración pública, sujetos a derecho administrativo, que afecten al ejercicio de los derechos fundamentales de la persona"—, de lo que se trata es de *determinar si se ha producido una violación del Derecho a la tutela judicial del artículo 24 CE mediante la privación en dichos procesos de unos elementos de prueba determinados.* Este juicio de constitucionalidad ha sido el que ha permitido a las Sentencias revisar el acuerdo del Gobierno de no desclasificar los documentos solicitados, el cual, desde la estricta perspectiva de los "requisitos previos" establecidos por la Ley, resultaba, como hemos visto, ajustado a Derecho

La posibilidad de que los tribunales ordinarios entren a valorar la adecuación de la actuación de los poderes públicos a los derechos fundamentales resulta hoy generalmente admitida por la jurisprudencia y la doctrina, pero hay, no obstante, algunos autores que postulan que en la vía de la Ley 62/78 debe diferenciarse entre el presupuesto procesal que abre este procedimiento (que el acto impugnado afecte a un derecho fundamental), y el canon de validez del acto que se ha de aplicar en estos procesos especiales, que no sería otro que el establecido con carácter general por el artículo 83.2 de la Ley de la Jurisdicción Administrativa, esto es, la adecuación del acto al ordenamiento jurídico[19]. Conforme a esta interpretación, la sentencia sólo podría estimar el recurso "cuando el acto o la disposición incurrieren en cualquier forma de infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder (art. 83.2 LJ) y *como consecuencia de dicha infracción vulneren un derecho de los susceptibles de amparo*"[20], por lo que no resultaría aplicable como baremo de validez del acto exclusivamente el texto del precepto constitucional que reconozca el derecho. Esta interpretación, llevada a sus últimos extremos, ha llevado a Javier Pérez Royo a realizar afirmaciones tan sorprendentes como que las Sentencias del Tribunal Supremo objeto de este comentario constituyen "un golpe de Estado", en cuanto "Ni el poder ejecutivo ni el poder judicial pueden saltarse el eslabón que representa el poder legislativo y remitirse directamente al poder constituyente. Cuando esto ocurre se destruye el proceso de legitimación democrática y se impone como voluntad del Estado lo que en ningún caso puede serlo"[21].

Tales afirmaciones suponen, sin embargo, desconocer que en nuestro ordenamiento jurídico, tal como mostró hace ya tiempo E. García de Enterría, la Constitución es derecho aplicable no sólo por el Tribunal Constitucional sino por todos los jueces y tribunales, estando reservada al primero únicamente la declaración de inconstitucionalidad de las leyes[22]. Esta aplicabilidad de los preceptos constitucionales resulta especialmente reforzada cuando se trata de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional, respecto de los cuales el artículo 7.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece taxativamente que "los derechos enunciados en el artículo 53.2 de la Constitución se reconocerán, en todo caso, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado, *sin que las resoluciones judiciales puedan restringir, menoscabar o inaplicar dicho contenido*". En el caso de la vía especial de la Ley 62/78 de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, la aplicabilidad de los derechos fundamentales como canon de validez del acto, resulta por lo demás evidente, *incluso reconociendo el carácter de mero presupuesto procesal de su artículo 6º*, si se tiene en cuenta que, tras la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se ha introducido expresamente por el legislador como causa de nulidad absoluta de los actos administrativos la lesión de "el contenido esencial de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional" (art. 62).

El Tribunal Supremo no podía por tanto sino proceder en los casos que nos ocupan a revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos solicitados por los jueces a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes y que el Ejecutivo debía ha-

[19] Véase, en especial, J.L. Martínez López Muñiz, *Cuestión de fondo y presupuestos procesales en el recurso especial de amparo ("afectación" y "lesión" a derechos fundamentales y libertades públicas)*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm. 36, 1983, pp. 39 y ss., y M. Magilde Herrero, *De nuevo sobre la distinción entre cuestión de fondo y presupuestos procesales en los procesos tramitados por la vía del amparo judicial de la Ley 62/78*, en "Revista Española de Derecho Administrativo", núm. 91, 1996, pp. 491 y ss.

[20] M Magilde Herrero, *ob.cit.*, pp.497.

[21] Así lo afirmó en el citado artículo publicado en el periódico "El País" de 18 de abril, al que contesté mediante una carta al director fechada el 26 de abril.

[22] V., *La Constitución como norma jurídica*, en A. Predieri y E. García de Enterría, *La Constitución española. Un estudio sistemático*, Ed. Civitas, Madrid, 1979 y en "Anuario de Derecho Civil", 1979; una versión corregida y actualizada de este trabajo en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 3ª ed , Civitas, Madrid, 1985

ber ponderado con el principio de seguridad del Estado a la hora de decidir sobre la desclasificación. En este juicio de constitucionalidad, el Tribunal Supremo parte de la premisa de que la valoración, a efectos penales, de la capacidad probatoria de los documentos clasificados constituye, en principio, una competencia exclusiva del juez penal, por lo que corresponde también a la jurisdicción penal la fijación de las consecuencias que, en cuanto a un eventual deterioro de su relevancia como medio de prueba, hayan de extraerse de las circunstancias que concurren en los documentos, "siendo presunto que los documentos interesados fueron sustraídos ilícitamente del CESID y durante un tiempo permanecieron fuera del control de este organismo". Los magistrados Jose Manuel Sieira y Fernando Ledesma coinciden en sus votos particulares en criticar en este punto las Sentencias relativas a los casos *Oñederra* y *Lasa y Zabala*, por considerar que el Tribunal Supremo debía haber realizado un juicio de relevancia constitucional de los documentos cuya desclasificación se solicitó a los efectos del artículo 24.1 de la Constitución. Tales consideraciones encuentran ciertamente apoyo en la doctrina del Tribunal Constitucional, que ha reiterado que "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" (STC 45/1990, de 15 de marzo que cita, en este sentido, las SSTC 116/1983, de 7 de diciembre y 30/1986, de 20 de febrero). Ocurre, sin embargo, que esta doctrina no resulta aplicable a los casos que nos ocupan por las circunstancias singulares que en ellos concurren, pues se trata de la revisión de un procedimiento administrativo que conduce a la denegación de determinados elementos probatorios *en un proceso penal en curso*, por lo que difícilmente podrá apreciarse por el Tribunal contencioso-administrativo la relevancia que dicha inadmisión pueda tener en la investigación de los hechos objeto del sumario sin invadir las competencias del juez penal para ponderar los distintos elementos de prueba y llevar a cabo la valoración de su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo (de acuerdo con el principio de libre valoración de las pruebas por el órgano juzgador que reconoce el artículo 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). El Tribunal Supremo acepta, por ello, el juicio sobre la pertinencia de la prueba y su relevancia probatoria en el proceso de que se trata realizada por el juez penal en la "exposición razonada" que éste dirigió al Consejo de Ministros al solicitar la entrega de los documentos siguiendo las indicaciones de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, y parte de este juicio de relevancia (que no fue rebatido por el Gobierno en su acuerdo denegatorio de la desclasificación) para operar el juicio de ponderación de los intereses en conflicto[23].

Esta es una consecuencia derivada del procedimiento que se ha seguido para el control de las materias clasificadas y que ciertamente, como señala en su voto particular el magistrado Jesús Ernesto Pérez Morate, resulta en alguna medida "perturbador de la claridad y sencillez del sistema de competencias reconocidas por la ley a los jueces y tribunales de los órdenes penal y contencioso-administrativo". Este complejo sistema de control jurisdiccional es, sin embargo, necesario en nuestro ordenamiento, debido a la configuración y las garantías de nuestro sistema procesal penal, que hacen inviable una solución como la propuesta por este magistrado y que se aplica en otros sistemas judiciales, en el sentido de que "permaneciendo el material como clasificado, se incorpora con las exigibles precauciones al proceso penal exclusivamente en aquello que pueda servir como medio de prueba, cuyo cometido corresponde a la propia jurisdicción penal que hubiese decidido su incorporación". Tal solución no cabe porque, como señaló el Consejo de Estado en su dictamen de 18 de julio, "en un proceso penal las exigencias procesales y las garantías de los derechos de las partes no permiten asegurar que pueda evitarse la indebida difusión de los documentos clasificados, en caso de ser facilitado su conocimiento a los órganos judiciales requirentes manteniendo su clasificación" puesto que "lo que se pretende con la desclasificación no es el mero conocimiento de dichos documentos, ya que ello se lograría mediante una autorización para acceder a la información (...), sino la posibilidad de su utilización con fines probatorios en un proceso, lo que puede llevar a su general divulgación, por exigencias del principio de contradicción (que impide vedar su conocimiento a las partes) y por derivación de la esencia del juicio —desarrollado normalmente con publicidad— y de las eventuales y ulteriores incidencias procesales (en las que no pueden ser coartados los medios de acusación o defensa fundados en documentos obrantes en autos o que puedan servir o hayan servido de soporte al pronunciamiento jurisdiccional)". En nuestro ordenamiento jurídico, la valoración de los documentos como prueba sólo puede realizarse por ello una vez acordada su desclasificación, y el proceso de revisión judicial de las materias clasificadas debe operarse, tal como se ha hecho en este caso, *de modo reservado y solamente a efectos de decidir sobre el carácter confidencial y la posible*

[23] Es por ello por lo que muchas de las decisiones de la Sala Tercera acerca de la sujeción al ordenamiento jurídico de la negativa a desclasificar los documentos requeridos se remiten a la valoración otorgada por el juez de Instrucción a los instrumentos probatorios, hasta el punto de que, en relación a determinados documentos, la argumentación sobre la prevalencia del derecho a la tutela judicial efectiva sobre el principio de la seguridad nacional que postula el mantenimiento del secreto reviste un carácter apodíctico que sólo se explica por la aceptacion *in totum* del juicio de relevancia llevado a cabo por el juez (véase el comentario que sobre las decisiones del Tribunal Supremo relativas a la desclasificación de los distintos documentos requeridos he realizado en el comentario jurisprudencial publicado en el número 94 de la "Revista Española de Derecho Administrativo")

aportación de los documentos al proceso. Esta revisión judicial es necesariamente competencia, en nuestro sistema jurisdiccional actual, del orden contencioso-administrativo y, en concreto, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en cuanto se trata de revisar la adecuación a derecho de un acto emanado del Consejo de Ministros (art. 58.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial).

Se trata ésta de una solución que, aunque imperfecta (como todo sistema que actúe en los confines del Estado de Derecho, pretendiendo "hacer compatible lo incompatible": el secreto y el control), permite al menos cohonestar las exigencias de la protección de la seguridad nacional con los derechos fundamentales garantizados por el artículo 24. Y ha de tenerse en cuenta que lo que este caso subyace, lo que hace especialmente grave la conculcación de las garantías del artículo 24 CE y explica el porqué de la remisión que en estas Sentencias se realiza a las razones alegadas por el juez penal sobre la relevancia de las pruebas solicitadas, es el *desapoderamiento del juez penal,* la sustracción de su conocimiento y el traslado al Ejecutivo de decisiones atinentes a un proceso penal y que pueden afectar a la resolución del mismo. Por ello, la vulneración de las garantías del artículo 24.2 de la Constitución que sufren en este proceso los recurrentes no se deriva sólo del menoscabo de su derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes (como hubiera sucedido si la denegación de las pruebas solicitadas hubiera provenido del órgano jurisdiccional), sino también, y muy especialmente, de su derecho al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías y, entre ellas, como garantía fundamental de la Administración de Justicia en un Estado de Derecho, *la independencia e imparcialidad del juzgador* (Sentencias del TC 145/1988, de 12 de julio; 164/1988, de 26 de septiembre y 11/1989, de 24 de enero)[24].

Dos son, a mi entender, las razones fundamentales que sustentan todo el razonamiento del Tribunal Supremo al hacer prevalecer respecto de determinados documentos el derecho a la tutela judicial efectiva sobre las razones de la seguridad del Estado: el especial relieve, en primer lugar, de los bienes jurídicos protegidos por los tipos penales a los que apuntan los hechos objeto de la investigación sumarial que está en origen de la solicitud de la desclasificación de los documentos, en cuanto, como destaca el Tribunal Supremo en el caso *Lucía Urigoitia*, se "trata de proteger bienes tan relevantes en un Estado de Derecho como el derecho a la vida, la libre actuación de la Justicia y la inviolabilidad del domicilio"; y la gravedad que reviste, en segundo lugar, que, en la tutela de tales bienes a través de la investigación de los delitos el juez pueda verse desapoderado de los instrumentos probatorios que considere pertinentes por una decisión del Ejecutivo, en contra del derecho de los recurrentes al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías.

De lo que se trata en definitiva en este caso es de garantizar que el juez actúe con absoluta independencia y no se vea desapoderado de ningún medio de investigación que considere procedente cuando se trata de enjuiciar conductas criminales tan graves como las que son objeto de estos procesos, y ello no en beneficio de ninguna pretendida prerrogativa judicial, sino en defensa del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los perjudicados por los delitos[25].

Las especiales circunstancias concurrentes en este caso hacen previsible (y deseable) que no se han de producir en el futuro supuestos similares de revisión judicial de decisiones del Gobierno sobre el mantenimiento de los secretos de Estado, y en este sentido podría decirse con Miguel Sánchez Morón que se trata (*debe tratarse*) de un "Caso único"[26]. El secreto de Estado nunca puede servir para encubrir actuaciones al margen de la legalidad, pero si ello ocurre no puede sino darse la respuesta constitucionalmente prevista, otorgando una tutela judicial plena y efectiva a los perjudicados por las actuaciones ilegales, sin que quepa entonces invocar la Seguridad Estatal en detrimento de la actuación de la Justicia, pues, como bien dice el Tribunal Supremo en la Sentencia relativa al caso *Lucía Urigoitia*, es este un valor constitucional que también puede verse negativamente afectado si no descansa en la confianza de los ciudadanos en que la actuación judicial, cuando investiga presuntas ilegalidades, se desarrolla libremente.

---

[24] El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos expresa-mente reconoce este derecho a ser enjuiciado "por un Tribunal independiente e imparcial" (art. 6), que forma parte, por tanto, del ámbito de garantías que comprende el art. 24 CE, por la vía de su interpretación conforme con los tratados y acuerdos interancionales sobre derechos y libertades fundamentales ratificados por España que establece el art. 10.2 CE, y resulta conculcado, como lo ha corroborado la Comisión Europea de Derechos Humanos, cuando, en el curso del proceso, se remite el conocimiento de un problema jurídico o cuestión incidental a una autoridad perteneciente al Poder ejecutivo excluyendo la revisión de la decisión administrativa por el órgano jurisdiccional. Así lo señalabamos en nuestro artículo *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración, cit*, pp. 454 y 455, citando en este sentido dos informes muy significativos de la Comisión: el relativo al asunto *Beaumartin c/ France* (informe de 29 de junio de 1993), y el del caso *Terra Woningen c/Pays-Bas* (informe de 5 de abril de 1995). Véase una nota sobre estas decisiones, a cargo de Jean-François FLAUSS, en *L' actualité Juridique-Droit Administratif*, núm.5, de 20 de mayo de 1996, pp.380 y 381.

[25] El Tribunal Constitucional ha recordado recientemente su doctrina sobre el alcance, desde la perspectiva de los derechos fundamentales, de la acción penal:

"(...) el Tribunal Constitucional ha configurado el derecho de acción penal esencialmente como un *ius ut procedatur*, es decir, no como parte de ningún otro derecho fundamental sustantivo sino, estrictamente, como manifestación específica del derecho a la jurisdicción (SSTC 31/1996, fundamentos jurídicos 10 y 11 y 199/1966, fundamento jurídico 5º, que contienen abundantes referencias a la doctrina anterior), *que ha de enjuiciarse en sede de amparo constitucional desde la perspectiva del artículo 24.1 C.E. y al que, desde luego, son aplicables las garantías del 24.2"* (Sentencia 41/1997, de 10 de marzo).

[26] Este es el título de un artículo que sobre las sentencias que nos ocupan publicó este profesor en el periódico "El País", de 16 de abril de 1997.