
ÉTICA Y RAZÓN DE ESTADO: LOS DOCUMENTOS DEL CESID Y EL «CASO GAL»

Por el Académico de Número
Excmo. Sr. D. Fernando Garrido Falla*

I

¿Qué relación guarda la ética con el ejercicio del poder y, especialmente, cuando se trata del ejercicio del poder en un Estado de Derecho? Desde que Maquiavelo separó la moral pública de la privada, el tema es de permanente actualidad. Ya nos lo decía en su discurso de ingreso en ésta Real Academia nuestro compañero S. Fernández Campos cuando justificaba la elección del tema: «Abandonando otras ideas, he decidido acudir a un libro clásico, polémico y mil veces comentado, *El Príncipe*, de Nicolás Maquiavelo, por si resultara de utilidad recordar ahora, al hacer de él una nueva lectura, hasta que punto están aplicándose en la vida política actual, los principios, las ideas y los consejos en la obra contenidos» (*Una Relectura de «El Príncipe»*, 1994, pág. 13). Cabalmente es mi propósito verificar tal hipótesis en relación con hechos muy de actualidad y muy concretos.

La primera reflexión que nos tenemos que hacer es, pues, ésta: si que la haya ¿cual es la relación entre ética y Estado de Derecho? También aquí estamos ante un tema cuyos presupuestos ideológicos fueron tratados por otro de nuestros colegas en su discurso de ingreso, el Prof. Peces-Barba, que en tal ocasión nos decía: «Lo que diferencia a la ética pública... de la ética privada es que la primera es formal y procedimental y la segunda es material y de conteni-

* Sesión del día 28 de mayo de 1996.

dos» (*Ética Pública y Derecho*, 1993, pág. 28). Afirmación que, a mi juicio, deja algunas preguntas en el aire: ¿acaso el Estado de Derecho es una construcción puramente formal carente de contenido?; ¿y los valores que lo inspiran como, por ejemplo, los referidos en el Artículo 1º.1 de la Constitución? ¿Habremos de renunciar en el futuro a calificar de justa o injusta, moral o inmoral una determinada organización política a la vista, no solo de su estructura, sino de los valores que la inspiran? Claro está que el propio Peces-Barba matiza inmediatamente su anterior afirmación: «Hablar de ética procedimental —nos aclara— no quiere decir que no existan valores materiales y unos fundamentos con contenido y orientaciones. Ética procedimental no es sinónimo de una cáscara vacía». (Pág. 29). La aclaración obviamente resultaba necesaria; ¿como defender si no desde la postura política que mantiene —o desde la que nosotros preferimos— la «ética del Estado de bienestar»? Nuestro juicio moral se refiere en este caso (como en tantos otros: aborto, pena de muerte, limitaciones de la libre expresión en defensa de la infancia y la juventud, el eterno tema de la «guerra justa»...) no tanto a comportamientos individuales (sin olvidarlos, por supuesto) cuanto a ingredientes estructurales de nuestro ordenamiento jurídico, que lo hacen susceptible de ser calificado de justo o injusto, moral o inmoral.

II

Pero volvamos a Maquiavelo. El código ético que él predica —salvo construcciones teóricas que saltan a un segundo plano— se refiere a conductas individuales. Sus recomendaciones se dirigen al *Príncipe*, es decir, al que gobierna y se refieren directamente a su conducta en cuanto gobernante: no nos dice, por ejemplo (y digo esto con la reserva de mis propias limitaciones) que en el manejo de su patrimonio privado el Príncipe engañe y mienta para incrementarlo; o que asesine por codicia. Lo que Maquiavelo justifica es que estos pecados puedan cometerse cuando la razón de Estado lo justifique. Conoce la diferencia entre el bien y el mal, pero el bien puede no ser aconsejable cuando se trata de manejar los asuntos públicos. En el Capítulo XV de *El Príncipe* se lee: «Algunos publicistas han descrito repúblicas y gobiernos que no han visto jamás tal como si en realidad hubiesen existido. Hay en realidad una gran diferencia entre el modo como los hombres viven y aquel otro en que sería justo que vivieren, por eso el que olvida *lo que se hace, para seguir lo que debe hacerse*, corre inevitablemente hacia su ruina... . Es pues necesario que un Príncipe aprenda *a no ser siempre bueno*, a fin de aplicar o no aplicar estas máximas según las circunstancias».

Nuestro colega Fernández Campo subrayaba por eso, en su discurso ya citado (pág. 35) la existencia de estos dos códigos éticos en Maquiavelo y

se atreve por eso a pensar que no puede considerarse al famoso florentino «tan esencialmente malo como para asegurar que no hay en el mundo ninguna persona buena o que no haya una parte buena en alguna persona» (pág. 35). Lo cual se emparenta con la reflexiones de Leo Strauss cuando en su *Meditación sobre Maquiavelo* (trad esp., 1964, págs. 286 y ss) nos dice: «El análisis de Maquiavelo sobre la moralidad empezará, por consiguiente, con la observación de las autocontradicciones inherentes a aquello que los hombres alaban general y públicamente. Hacia el fin de su obra indica el proceso seguido mediante la siguiente frase: «Aunque usar fraude en cualquier acción es detestable, sin embargo, en la dirección de la guerra es laudable y glorioso».

III

Estamos a cinco siglos de distancia de Maquiavelo y si nos preguntamos acerca de la aceptación de sus doctrinas por la «opinión pública» actual podríamos llegar a conclusiones escalofriantes. Veamos.

¿Quién discute hoy el Estado de Derecho? Y, sin embargo, la vulneración de sus principios es prácticamente permanente. Por supuesto, no me refiero —con ser grave— a las infracciones de la legalidad vigente que diariamente comete la Administración y quienes la gestionan. Dejemos esto de lado y vayamos a los grandes temas. ¿Debe combatirse el terrorismo mediante métodos ilegales, por ejemplo? He de confesar que desde que empecé a preparar ésta ponencia hasta el día de hoy he visto por TV al menos tres películas de espionaje y similares en las que se parte del valor entendido de que la eliminación física del contrario (el «enemigo» en el sentido de C. Schmitt) es la solución correcta... y, desde luego, la que como tal acepta el público.

Si el problema se plantea ante los Tribunales, los escrupulosos principios se respetan incluso hasta límites que al ciudadano corriente le cuesta trabajo comprender. Cuando aparece en la prensa la noticia de que determinados terroristas en prisión han tenido que ser dejados en libertad porque ha transcurrido el plazo máximo impuesto a la prisión provisional, la opinión pública reacciona escandalizada; o cuando se impide su condena porque las pruebas que los inculpan, aunque veraces, se han obtenido irregularmente (por ejemplo, mediante escuchas telefónicas no autorizadas o videos tomados por la policía). Por contraste con lo que ocurre con otros temas, aquí parece que la opinión general no ha asimilado las conquistas legislativas del Estado de Derecho. Y así podemos seguir: si se realiza una encuesta tras un atentado terrorista hay una mayoría de encuestados que se pronuncia favorable a la pena de muerte. Más aún: una de

las críticas con más coherencia lógica que se han hecho del tema de la guerra sucia es la de que, tras presentar como una conquista de nuestro Estado de Derecho la abolición de la pena de muerte, se practique clandestinamente sin un previo proceso con las debidas garantías legales.

Pero sigamos. ¿No parecen dictadas por Maquiavelo las respuestas de ciertos políticos publicadas en los medios de comunicación? El Prof. Andrés Ollero nos recuerda la del General Sáenz de Santamaría: «En la lucha contraterrorista hay cosas que no se deben hacer. Si se hacen, no se debe decir. Si se dicen, hay que negarlas» (A. Ollero, *Responsabilidades políticas y razón de Estado*, 1996, pág. 29).

A veces he experimentado con mis alumnos: al filo de una película recién proyectada por TV en la que los «buenos» consiguen atrapar al terrorista o asesino psicópata que tiene aterrorizada a la ciudad con la amenaza de explosión de un artefacto ¿se sienten identificados con quienes le capturan y mediante procedimientos violentos (tortura) le obligan a decir donde está escondido el explosivo (o la jovencita que va a morir...)? ¿Se sienten moralmente incómodos cuando uno de estos criminales es «ejecutado» sin juicio previo? Paradójicamente, cuando la discusión empieza es cuando ese mismo terrorista es sometido a juicio: entonces es cuando la discusión *reflexiva* acerca de la pena de muerte comienza. *Pasión y razón* son dos metodologías con las que se llega a resultados diversos en relación con un mismo problema.

IV

Dicho esto, entremos en la discusión de nuestro tema: la llamada «guerra sucia» contra el terrorismo (el caso GAL). Por supuesto para Maquiavelo lo que hoy se llama terrorismo de Estado, no es problema. En sus *Discorsi sopra la prima decada di Tito Livio*, criticando la actitud de Soderini, encargado de los negocios de la República una vez desaparecidos los Médici, por no haber empleado el terror, nos dice: «E necessaria una essecuzione memorabilile contra inimici delle conditione presenti». Nuestro colega Fernández Campo hubiese podido completar ésta cita con la que extrae de *El Príncipe*: «A los hombres hay que congraciarselos con un trato de favor o destruirlos, porque pueden vengarse de las afrentas leves, pero no pueden vengarse de las graves; por eso, cuando se ofende a un hombre, hay que hacerlo de forma que no haya que temer posibles venganzas» (págs. 37 y 38).

Se trata —añadirá nuestro compañero— de un procedimiento coincidente con la idea de que el único enemigo bueno es el enemigo muerto.

Personalmente entiendo que la postura oficial (y judicial) de la guerra sucia actualmente adoptada con respecto a la que aconsejaría Maquiavelo se diferencia en ésto: Maquiavelo *cínicamente*, y como su respuesta está en contradicción con la moral cristiana prevalente, «inventa» la *razón de Estado*. Nosotros hemos de buscar una respuesta acorde con el Estado de Derecho (que constituye la moral o ética hoy prevalente) y sustituimos el *cinismo* por la *hipocresía*. Defender la reinstauración de la pena de muerte contra los asesinos terroristas no ha sido seria y responsablemente defendida por nadie; ejecutarla, en cambio, clandestinamente y al margen de la legalidad, se ha hecho sin conocidos cargos de conciencia por parte de los autores e inductores. Y lo que es más significativo; con la adhesión de muchos ciudadanos.

V

El tema de la guerra sucia tiene —al margen de su tema central sobre el que luego volveremos: las ejecuciones (o asesinatos, si se prefiere) de supuestos terroristas— otros dos temas conexos: 1) el uso —y, claro está, su previa existencia— de los «fondos reservados» y 2) la existencia de «documentos secretos» protegidos incluso frente al principio constitucional de la libertad de información. En uno y otro caso el tema central de la discusión adquiere su «punto caliente» (que nó «álgido») cuando se defiende su existencia como un terreno exento incluso de investigación judicial. La razón de Estado de Maquiavelo se llama hoy *secreto de Estado*.

VI

Empecemos por los fondos reservados. Digamos para empezar que su existencia es un dato común en la generalidad de los países que se consideran Estados de Derecho democráticos. A lo más que pueden aspirar los ciudadanos de éstos países es a «saber que existen», a conocer su cuantía y a que los miembros de los respectivos Parlamentos y, por supuesto, la prensa se opongan a su aprobación. Pero al final se aprueban. Según datos de la prensa norteamericana, en los Presupuestos federales de 1995 el capítulo correspondiente al llamado *presupuesto negro* (*black budget*) suponía nada menos que casi un dos por ciento del billón (con la significación castellana de éste término) y medio de dólares presupuestado (es decir, si las cuentas no me fallan, alrededor de 3 billones setecientos cincuenta mil millones de pesetas). ¿Su destino?: gastos militares y de «inteligencia». El problema, claro está, es el de como controlar —supuesto que dicha finalidad se admita— que tal finalidad se cumple... y que en ningún caso po-

drá ser la del personal lucro de sus anónimos administradores. Recientes acontecimientos en nuestro país sirven para meditar sobre el tema.

Empero, la cuestión de fondo siempre será la del secreto de las actuaciones que se financian con tales fondos reservados, así como la de la documentación a ellas relativa. ¿Es compatible el Estado de Derecho con el *secreto de Estado*? ¿Pueden servir para justificarlo conceptos como la «seguridad nacional» entendida en su doble vertiente de seguridad frente al exterior y defensa de las instituciones constitucionales y de las propias libertades ciudadanas?

Un reciente libro de M. Revenga Sánchez (*El Imperio de la Política*, Ariel 1995, que lleva como subtítulo «Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano») nos ofrece una valiosa fuente de información acerca del estado de la cuestión en los Estados Unidos de América (completando lo que ya nos enseñó Alonso García, en *El Tribunal Burger y la doctrina de las «political questions» en los Estados Unidos*, en REDC, nº 1, 1981), seguido de otro aún más reciente de Monserrat Cuchillo (*Jueces y Administración en el federalismo norteamericano*, Civitas 1996) y de las incisivas y demoledoras observaciones que escribe en su prólogo Alejandro Nieto, nos van a apoyar en las consideraciones que siguen.

Recordemos, para empezar, que en un sistema jurídico dominado por el principio del *stare decisis* habrá que arrancar de las primeras sentencias del Tribunal Supremo. En *Marbury vs. Madison* (1803) se vino a proscribir cualquier zona exenta del control jurisdiccional. Continuando con ésta tradición, el propio Tribunal Supremo en *Baker vs. Carr* (1962) rechaza las «exclusiones apriorísticas» de control jurisdiccional; el decidir si tal exclusión es válida, «...es, en sí misma, un delicado ejercicio de interpretación constitucional y es una responsabilidad de éste Tribunal como último interprete de la Constitución». «En último extremo —nos dice Cuchillo (págs. 206-207) podría decirse que la doctrina de los actos políticos no es sino una expresión, en el marco del sistema norteamericano, en virtud del cual el Tribunal Supremo asume inexcusablemente la función de definir el alcance y contenido de la ley aplicable (to say what the law is), del reconocimiento de la existencia de un núcleo irreductible de discrecionalidad, insusceptible de valoración y reconsideración por los Tribunales de justicia».

Ahora bien, el hecho es que entre estas cuestiones exentas nos vamos a topar precisamente con la seguridad nacional y el secreto de Estado. No me resisto a repetir la propia experiencia personal que nos relata REVENGA SANCHEZ: «La bibliografía norteamericana sobre los secretos del ejecutivo es abundante. Al escribir la palabra *secrecy*, o bien *official secrets* en el teclado del or-

denador, la pantalla nos muestra no menos de 50 entradas. La lista se amplía considerablemente si se busca por materias que parecen tener conexión directa con el secreto: información gubernamental o privilegios del ejecutivo, por ejemplo; y se hace inabarcable si los criterios de parentesco temático se ensanchan: Así, libertad de información y censura previa, o bien Servicios de Inteligencia y operaciones encubiertas. Aclaro de inmediato que el ordenador a mi disposición es el de la biblioteca de la Facultad de Derecho cuya base de datos, en el programa que utilizo, incluye solo el fondo bibliográfico de la misma. No hablo de lo que está disponible para consulta en la Biblioteca Central de la Universidad (la de California, en Berkeley), donde, según revela también la pantalla del ordenador, la aproximación a las cuestiones del secreto es —por utilizar una imagen de Berger— más bien babélica».

Dicho esto, ¿cuales son los fundamentos constitucionales del derecho a la información? Sigamos citando a Revenga. «Hablando en términos generales, puede decirse que en Estados Unidos la Primera Enmienda de la Constitución sigue leyéndose al modo tradicional, es decir, como libertad de transmitir y recibir información sin cortapisas legales o interferencias gubernamentales. Ni una sola decisión del Tribunal Supremo permite presentar dicha Enmienda como fundamento de un *deber positivo* de difundir información a cargo del Gobierno. Como escribió hace años el Juez Stewart «la prensa es libre para dar la batalla contra el secreto y la mentira en el ámbito gubernamental. Pero la prensa no debe esperar que la Constitución le otorgue garantía alguna para vencer. No hay un derecho constitucional de acceso a una determina información gubernamental, ni hay base para exigir a la burocracia que actúe de forma abierta. El interés público en someter a control la actuación del Gobierno está protegido por la primera enmienda, pero la protección es indirecta. Por sí misma la Constitución no es ni una Freedom of Information Act ni una Official Secrets Act». (Pág. 31).

Digamos algo sobre estas Leyes. En octubre de 1980, poco antes del triunfo electoral de Reagan, el Congreso había aprobado dos leyes sobre la materia: la Intelligence Oversight Act y la Classified Information Procedure Act. Ambas leyes fueron precisamente la base de discusión cuando salió a luz el famoso asunto del *Irán-Contra*. Se trataba de una reacción muy pragmática del Congreso Americano para limitar los efectos de la legislación aprobada anteriormente en 1974 —como nos dice Revenga— en plena resaca post Vietnam que utópicamente imponía la notificación por adelantado de tales operaciones a nada menos que ocho comisionados de la Cámara de representantes y el Senado. Y lo que la nueva legislación vino a «bendecir» es la acción emprendida en abril de 1980 por el Presidente Carter para conseguir el rescate de los rehenes americanos en Irán, sin

notificar nada, de antemano, al Congreso. Los congresistas y la opinión pública entendieron que no podía ser de otra forma.

Lo cierto es que la tensión entre libertad de información y secreto es una constante. Muchos de los aquí presentes recordarán el conocido caso de los *Papeles del Pentágono* (personalmente fui invitado por la Embajada de Estados Unidos a tomar parte —con el Prof. Ollero y Martínez Esteruelas— a participar en un panel para discutir el tema): el Gobierno intentó perseguir criminalmente a los autores de la filtración de aquellas informaciones sobre la guerra del Vietnam, pero el intento fue rechazado de plano mediante una *Sentencia in voce*¹. Sin embargo, diez años después del Watergate, sólo al Presidente competía establecer los límites de lo que es secreto.

VII

Creo que recordar todo esto viene a cuento al examinar los últimos acontecimientos de nuestro país. El caso de los papeles del CESID es significativo. Por lo demás, plantea un problema constitucional de gran calado como es el de si nuestra Constitución establece (o se puede derivar de ella) un principio de «reserva del Ejecutivo», como —al menos en parte, según hemos visto— se puede deducir del sistema federal de los Estados Unidos.

Es sabido que la tecnificación progresiva del Estado de Derecho se ha realizado en buena medida acudiendo a la fórmula de la «reserva constitucional» de las diferentes funciones a los respectivos Poderes del Estado: el Legislativo tiene el monopolio de la legislación, el judicial el de la jurisdicción y, en fin aunque esto más discutido y discutible— el Ejecutivo el de la ejecución.

Algunos de estos principios se consideran axiomáticos: así, cuando se establece en la propia Constitución la reserva de ley orgánica para determinadas materias (Artículo 81) o de la ley ordinaria para otras (Artículo 53.1). Igualmente, la *independencia del Poder judicial* se entendió como prohibición a los demás poderes, incluido el legislativo, de ejercer función jurisdiccional; una de las primeras preocupaciones de los «padres» de la Constitución norteamericana

¹ Como consecuencia, Ellsberg y otros afectados solicitaron una indemnización (*constitutional tort action*) a causa de los daños sufridos por la difusión de datos personales, obtenidos mediante escuchas ilegales. Una Sent. de Juez de Distrito en 1983 rechazó la demanda; sin embargo, fue revocada, en parte, por el Tribunal de Apelación.

fue la de prohibir la práctica parlamentaria inglesa de los *bills of attainder* (que incluía hasta la imposición de la pena de muerte a un ciudadano por el Parlamento). Entre nosotros, S. Muñoz Machado (*La reserva de jurisdicción*, 1989) propone ésta interpretación (reserva de la función, no solo independencia de los órganos) para explicar la posición constitucional del Poder Judicial.

Empero, mayores dificultades implica hablar de *reserva del Ejecutivo* y, por si fuera poco, en una doble vertiente; frente al legislativo y frente al judicial. En relación con el primero, basta recordar la polémica iniciada por C. Schmitt al comienzo de los años treinta (teñida de afinidades políticas que no es ahora el caso de discutir) que, al distinguir entre ley y «medida» reservaba ésta para el ejecutivo. La *Grundgesetz* alemana restablece, en otro plano, la discusión cuando en su Artículo 19.1 nos dice que «cuando de acuerdo con la presente Ley Fundamental un derecho fundamental puede ser restringido por ley o en virtud de una ley, ésta deberá tener carácter general y no limitado al caso individual». Toda la discusión que ha levantado entre nosotros la doble decisión del Tribunal Constitucional (Sentencias 111/1983, de 2 de diciembre y 116/1986, de 19 de diciembre) sobre el caso *Rumasa* se basa en definitiva en lo que yo he llamado «la inderogabilidad singular de las leyes», trasponiendo al plano de la legalidad un principio indiscutido aplicado al plano de los reglamentos. El siguiente paso, estaría en el principio de la «reserva del Ejecutivo» (que también he defendido en otro lugar, RAP nº 126) y que late en el voto particular de la mitad de los miembros del Tribunal Constitucional en la segunda de las Sentencias citadas.

Ahora bien, ¿cabe también hablar de una reserva del Ejecutivo frente al Poder judicial? ¿Acaso no significaría ésto la «resurrección del acto político», tal como querían los redactores del último proyecto de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa abortado con la disolución de las Cortes y al que la doctrina casi unánimemente se ha opuesto? Veamos que consecuencias, a este respecto, se extraen de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995 en el conocido asunto de los «documentos del CESID».

VIII

El asunto de los documentos del CESID ha sido ampliamente divulgado por la prensa y doy por supuesto que, en sus líneas generales, está en el recuerdo de todos ustedes. Los datos que voy a recoger a continuación están tomados del texto de la Sentencia dictada por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995.

Con fecha 13 de julio de 1995 y con motivo de la tramitación del sumario 15/89, el titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional (el Juez Garzón) dirigió requerimiento al Director General del CESID con el fin de que en término de ocho días le informase sobre veinte cuestiones o extremos que afectaban a cuestiones tales como la existencia o no de documentación en el CESID relativa a la organización GAL, la existencia de documentación que acredite la presunta participación en actividades delictivas de personas integradas en los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad o del propio Centro o ajenos a todos ellos, la existencia de información procedente de Servicios de Inteligencia extranjeros, en particular del francés, sobre el GAL, la existencia de unas denominadas notas de despacho relativas a las actividades del GAL, ordenando que, caso de que existan, se remitan sin dilación al Juzgado, la identidad de las personas pertenecientes al Departamento de Acción Operativa del CESID entre 1983 y 1987, la identidad del Jefe o Jefes de la División de Inteligencia Interior del CESID entre 1983 y 1987, el número y clase de los documentos devueltos por el Coronel Perote, la identidad del sucesor del Sr. Diego de Somontes en el País Vasco, indicando fechas de toma de posesión y cese, si en el Centro existe información sobre determinadas personas, vinculándolas de una u otra forma con algunos de los hechos presuntamente delictivos que se imputan a los GAL (entre ellas, además de Rafael Vera o Julián Sanchistóbal o Ricardo García Damborenea, incluye a los Generales Rodríguez Galindo, Saenz de Santamaría, Casinello, Ostos y Bastos), las cantidades que el CESID hubiera invertido en sufragar las investigaciones relacionadas con los GAL o los datos que pudieran existir sobre la financiación de las actividades delictivas del GAL».

A partir de la fecha indicada, toda una serie de oficios y notas se intercambian entre el CESID —que amparándose en sendos dictámenes emitidos por la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado y el propio Servicio Jurídico de Defensa— afirmaba que la requerida documentación estaba amparada por la legislación de secretos oficiales y el Juzgado Central que se afirmaba en su competencia para conocerlos, hasta que con fecha 15 de octubre de 1995 el Ministro de Defensa formuló al titular del Juzgado Central de Instrucción nº 5» requerimiento de inhibición en los términos previstos en la Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo, de Conflictos Jurisdiccionales, (por entender que la autoridad judicial carece de competencia para formular los requerimientos reiterados que había efectuado respecto de materias clasificadas»). Por parte del Juez Instructor se dicta Auto de «no admisión a trámite del conflicto de jurisdicción interpuesto» y eleva lo acordado al Juez Instructor de la causa especial 2530/95 que se tramita en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, a los efectos de que se pronuncie sobre la cuestión planteada. Así las cosas, con fecha 3 de noviembre de 1995 el Ministro de Defensa se dirigió al Tribunal de Conflictos de Jurisdicción para que se

tuviese por formalizado conflicto solicitando que se requiera al Juzgado para que remita lo actuado y suspenda el procedimiento en lo que se refiere al objeto de este conflicto y solicitando, en fin, que en su día se dicte Sentencia «declarando haber lugar al requerimiento de inhibición planteado».

No es mi propósito entrar en el análisis jurídico de este atípico conflicto de jurisdicción (desde el punto de vista de la Ley Orgánica 2/1987). Me limitaré a decir que el Tribunal de Conflictos fue descartando uno a uno los obstáculos procesales que de contrario se opusieron, resumiendo así su doctrina (Fundamento de Derecho 2º): «Sentado lo anterior y eliminado así cualquier obstáculo procedimental previo al estudio del fondo de la controversia planteada, es preciso hacer constar que ésta reviste los caracteres de un auténtico conflicto jurisdiccional». Y para justificar tal afirmación se añade en el Fundamento de Derecho 3º:

«...la esencia de un conflicto de jurisdicción independientemente de los órganos concretos entre los que inicialmente se traba... supone que la controversia es entre la Administración, por una parte, y la jurisdicción por otra, con lo que la resolución del problema no podría nunca ser residenciada en Organos pertenecientes a alguna de las partes en conflicto. Por eso mismo se defiere la competencia resolutoria a este Tribunal y no a los órganos superiores de cada una de las partes enfrentadas y por eso mismo, también, se le contempla y regula tanto en la Ley Orgánica del Poder Judicial —Artículo 38— como en su propia y antes citada Ley Orgánica 2/1987, de 18 de mayo. Pero, sobre todo, se olvida igualmente la vigencia del bloque normativo constituido por las tantas veces citadas legislación reguladora de los secretos oficiales y principalmente lo siguiente: a) que de acuerdo con la misma y conforme asimismo se anticipó, la declaración de materia clasificada, que corresponde *exclusivamente* al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor en el ámbito de su respectiva competencia y sin posibilidades de delegación Artículos 4º y 5º de la Ley de Secretos Oficiales en su nueva redacción— así como la declaración de su cancelación, constituyen un acto formal —Artículos 10.1 y 7º— no susceptible por tanto de ser desvirtuado o sustituido por situaciones de facto y más aun si el conocimiento público se ha producido con transgresión de la normativa protectora de la confidencialidad; b) que expresamente se preve que la declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso en sesiones secretas, con lo que resulta claro que la circunstancia de que parte de la documentación judicialmente interesada se encontrara entre la que fue objeto de información, precisamente, en sesión secreta, a la Comisión de Secretos Oficiales del Congreso de los Diputados, no es argumento que permita su traslado a instancias distintas de las parlamentarias específicamente nombradas; c) que las actividades reservadas por declaración de ley y las materias clasificadas no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, ni uti-

lizado su contenido fuera de los límites establecidos por la ley, de tal suerte que el incumplimiento de esta limitación será sancionado, si procediere, conforme a las leyes penales y, en su caso, por vía disciplinaria, considerándose en este último supuesto la infracción como falta muy grave —Artículo 13—; d) que solamente podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen, y que corresponde también al Consejo de Ministro y Junta de Jefes de Estado Mayor, dentro de su respectivo ámbito competencial, conceder en sus dependencias las autorizaciones para el acceso a las materias clasificadas, así como para su desplazamiento fuera de las mismas; y e) por último que está admitido, y no es objeto de controversia, que el Consejo de Ministros en 28 de noviembre de 1986 declaró formalmente el carácter secreto de la estructura, organización, medios y procedimientos operativos de los servicios de información, así como las fuentes e informaciones que puedan relevar su actuación, acuerdo que, también está reconocido, conserva toda su vigencia. El Tribunal quiere resaltar que este conjunto de preceptos de una ley en vigor, en unión del resto de las normas cautelares de referidas materias establece, clara y directamente, un ámbito competencial residenciado en lo que ahora importa en el Consejo de Ministros, al que corresponde por tanto efectuar las oportunas valoraciones acerca de la concurrencia de las condiciones precisas para declarar clasificadas o, en su caso, para cancelar esa declaración, una determinada materia.

El problema, sin embargo, adquiere toda su conflictividad cuando se reflexiona acerca de hasta que punto estas competencias reservadas al Poder Ejecutivo pueden impedir la acción de la justicia relativa al esclarecimiento de hechos posiblemente delictivos. Por eso, en su Fundamento de Derecho 4º, el Tribunal de Conflictos tiene que entrar en ésta cuestión:

«Resulta patente, en un Estado de Derecho... que al Juez Instructor, en su tarea de investigación de hechos punibles, ha de prestársele, si la recaba, la colaboración inexcusable de los poderes públicos y de las personas y entidades públicas y privadas... . Así lo establece la Constitución —Artículo 118— y así igualmente lo dispone el Artículo 17 de la Ley Orgánica del Poder Judicial... . Pero es del mismo modo claro que la actuación del Juez y, en términos generales, sus poderes de investigación de hechos delictivos, ha de discurrir dentro de los cauces establecidos por las Leyes —Artículo 117 de la Constitución y 1º de la LOPJ. Cuando esas leyes, conforme en el supuesto aquí enjuiciado ocurre, modulan el procedimiento de investigación, introduciendo determinadas exigencias al objeto de tutelar otros intereses o valores que el ordenamiento quiere proteger... es patente que no puede hablarse de creación de espacios de impunidad para ciertos comportamientos delictivos ni de exención para las Administraciones Públicas del deber de denunciar y perseguir los delitos de que tuvieren conocimiento. Lo que hace entonces el ordenamiento no es dejar fuera de la labor investigadora del Juez espacio delictivo alguno, sino únicamente modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios. No es la

materia relativa a los secretos oficiales la única que produce este resultado. La Constitución en su Artículo 105.b) somete a regulación legal el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, en paridad ésta excepción con la que suponen la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. *Unas veces por, razón de la especial tutela que la propia Constitución reconoce al secreto por razones, profesionales* —Artículo 20.1,d) y 24.2— y otras por la protección que merece al constituyente el *derecho a no autoinculparse* y el de no declarar sobre hechos presuntamente delictivos *por razón de parentesco* —Artículos 21.4 y 2—. La Ley de Enjuiciamiento Criminal —Artículos 416 y 417— por su parte, *consagra la dispensa de declarar para parientes y Abogado del procesado, para Ministros Religiosos y para funcionarios públicos que no pudieran hacerlo sin violar el secreto que estuviesen obligados a guardar, de cuya observancia, obviamente, nunca podrían ser dispensados por mera determinación del Juez Instructor*».

El Tribunal de Conflictos viene así a establecer una especie de «reserva del Poder Ejecutivo» cuando, completando la anterior argumentación, añade en su Fundamento Jurídico 5º: «Que el Juez carece claramente de competencia para interpretar cuando se dan las condiciones para que una materia sea considerada «clasificada» mereciendo la consiguiente protección, pues

«...el empleo de requerimientos conminatorios para obtener su entrega constituye una invasión de esferas competenciales propias de la Administración y procedimiento inadecuado cuyo conocimiento puede ser reclamado por la misma. El Juez de Instrucción que considere necesarios, a los fines de la investigación sumarial, determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él por medio de exposición razonada— Artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal— al objeto de que la traslade al Organismo competente Consejo de Ministros— y este pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia. Por todo ello, procede resolver el conflicto en favor del Ministerio de Defensa».

Así pues, cualquiera que sea la explicación teórica que se acepte — cuestión política, actos de gobierno, ámbito exento de fiscalización jurisdiccional, reserva del poder ejecutivo...— lo cierto es que la competencia para declarar que ciertas cuestiones están protegidas por la legislación de secretos oficiales y, por ende, la competencia para clasificar y desclasificar como tales dichas materias, compete al Consejo de Ministros y, por consiguiente, ni el Juez Penal puede interferir tales competencias con requerimientos como el que dá lugar a la Sentencia estudiada, ni, en su caso, cabría pensar en una revisión jurisdiccional del

tema (acto de clasificación de determinados documentos como secretos) en vía contencioso-administrativa².

IX

También sobre el asunto de los GAL (Grupos Antiterroristas de Liberación) se ha escrito abundantemente. Quizás demasiado y no siempre con solvencia, pues la mezcla de hechos más o menos probados, suposiciones y conclusiones intencionadas, han creado tantas versiones sobre el tema que el lector medio está, más que informado, desconcertado. Precisamente por eso, aquí nos vamos a remitir a lo que sobre esta historia se nos cuenta en la Sentencia de la Sala Segunda, de lo Penal, del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992 por la que se confirmó anterior Sentencia de la Audiencia Nacional condenatoria de los procesados José A.F. y Michel D. M., Subcomisario e Inspector del Cuerpo Nacional de Policía respectivamente. He aquí un resumen de lo que se nos dice en la Sentencia del Tribunal Supremo al recoger los hechos probados de la Sentencia de la Audiencia Nacional:

«En el último trimestre de 1983, la organización llamada «Grupos Antiterroristas de Liberación», conocida por las siglas «GAL», inició sus actividades, que habrían de prolongarse durante un tiempo aproximado de tres años y se desarrollaron principalmente en la región francesa conocida, entre otras denominaciones, como Costa Vasca o Departamento de los Pirineos Atlánticos, limítrofe con nuestro país. Tales acciones se caracterizan por la violencia, generalmente mediante el empleo de varias armas de fuego, e iban dirigidas contra personas con una más o menos probable vinculación con la organización armada ETA militar, como represalia frente a los actos cometidos por ésta dentro de España. Pero, pese al conocimiento de estos datos, así como de que a los GAL se les ha atribuido en algunos medios la realización de más de veinte actos violentos, con un resultado equivalente en cuanto a la cifra de muertos y superior en número de heridos, y que en determinadas ocasiones han recaído Sentencias de esta Audiencia Nacional, como las de 9-12-1985 (Sección 1ª) o 13-11-1987 (Sección 3ª), por las que se condenaba a diferentes procesados, no es posible determinar con exactitud su estructura interna, la conexión entre sus diversas cédulas o «comandos», los líderes o personas que ocupaban las posiciones de rango directivo dentro de su escala jerárquica, instituida por encima de ocasionales ejecuciones finales o mercenarios carentes de toda conexión entre sí, el conjunto de medios materiales con que contaban ni, significativamente, su fi-

² El Tribunal Constitucional en Sent. de 21 de mayo 1995 ha inadmitido a trámite el recurso de amparo interpuesto por la acusación particular contra la Sent. del Tribunal de Conflictos.

nanciación, es decir, la cuantía de sus ingresos económicos, el carácter esporádico o regular de éstos, las modalidades de su obtención —que no consta lo hayan sido en ningún momento mediante la comisión de delitos de contenido económico—, la unidad o pluralidad de fuentes, los nombres de las personas físicas o jurídicas que encarnaban éstas y su naturaleza, pero sin que pueda asegurarse que la citada organización constituya efectivamente un grupo de poder paralelo inserto en los aparatos del Estado».

Sobre las actuaciones de los procesados se contiene en la Sentencia un extenso relato absolutamente apasionante (que no apasionado) al que me permito remitir, especialmente a los aficionados al llamado «género literario negro». En su parte dispositiva, la Sentencia condena a los procesados anteriormente dichos a penas correspondientes a los varios delitos que se les imputan y declaran probados, así como a la responsabilidad civil solidaria y directa para indemnizar a las víctimas de sus actuaciones.

Ahora bien, el problema que me interesa plantear aquí es el relativo a la responsabilidad civil subsidiaria del Estado como consecuencia de la actuación de los funcionarios de policía condenados.

Digamos, para empezar, que el tema dividió a los componentes de la Sala Sentenciadora. Así es que curiosamente la Sentencia que examinamos ha sido redactada por dos Ponentes distintos con la consecuencia, también infrecuente, de que se divida en dos partes perfectamente diferenciadas: la primera, en la que se condena, como quedó dicho, a los inculpados (de ella fue Ponente el Magistrado Don José Augusto de Vega Ruiz); la segunda, por la que se declara la responsabilidad civil subsidiaria del Estado (redactada por el Magistrado Sr. García Ancós y con voto particular discrepante del Ponente anteriormente citado). Digamos, en cualquier caso, que para llegar a ésta última conclusión condenatoria del Estado no son pocos los obstáculos jurídicos a superar. En efecto:

a) En primer lugar, porque las personas jurídicas —como es el Estado— no pueden ser condenadas penalmente y por tanto —en sede jurisdiccional penal— si no hay responsabilidad penal, tampoco la hay civil subsidiaria. Esto nos conecta por cierto, con el tema general que nos sirvió de base de partida: ¿existe una ética de las actuaciones colectivas (imputables a personas jurídicas), o la calificación ética solo es predicable de personas físicas? Pero, claro está, contestar a ésta pregunta sería comenzar de nuevo con el tema.

b) Bien es cierto, sin embargo, que en materia de responsabilidad patrimonial —incluso en la que deriva de simple culpa o negligencia (Artículo 1.902 del Código Civil)— está tradicionalmente admitida la figura de la respon-

sabilidad por «hechos de terceros»: los padres por los perjuicios causados por sus hijos menores de edad; los tutores por los menores o incapacitados bajo su autoridad; los directores y dueños de establecimientos y empresas por los causados por sus dependientes; los maestros (hasta hace poco) por los perjuicios causados por sus alumnos... e incluso el Estado cuando actúa «por mediación de un Agente Especial» (Artículo 1.903 Código Civil).

c) Recibida ésta técnica por el Artículo 22 del Código Penal hasta ahora vigente, el Estado debe responder desde el punto de vista patrimonial, aunque subsidiariamente, de los daños causados por consecuencia de los delitos cometidos por sus funcionarios y, especialmente, agentes de la autoridad. Sin embargo, el tema puede complicarse, porque, si bien, es cierto que los procesados actuaron bajo la apariencia de funcionarios del Estado, sin embargo, del relato de los hechos parece también resultar que se extralimitaron en sus funciones. Este fue cabalmente el argumento de la Audiencia Nacional y del voto particular del Ponente para exonerar al Estado de responsabilidad civil o patrimonial. He aquí, sin embargo, lo que contesta la Sentencia del Tribunal Supremo: «Entendemos que esto constituye un argumento sin demasiada consistencia e incluso sofisticado, ya que es precisamente ese dato de la extralimitación lo que nos provoca o nos pone de manifiesto la idea o el concepto de lo subsidiario, pues de no haber habido exceso en el cumplimiento del deber nos hallaríamos en presencia de una responsabilidad de los mandos superiores del Ministerio del Interior, bien en concepto de inductores... bien como cooperadores necesarios...; de haber sido así, resultaría también (obvio es decirlo) la responsabilidad civil directa del Estado y no simplemente la subsidiaria».

d) Este argumento no deja de ser discutible pronunciado por la jurisdicción penal, pues en esta vía la responsabilidad civil directa no es concebible sino en relación con quién es condenado como autor de delito. Otra cosa es que la Sala estuviese pensando en la posible responsabilidad patrimonial directa de la Administración Pública por consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos que, efectivamente, está admitida en nuestro Ordenamiento positivo (sucesivamente por el Artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, Artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y Artículos 139 y siguientes de la más reciente Ley 30/1992), pero, en el bien entendido, de que en tal caso la exigencia de responsabilidad se plantea ante la Jurisdicción contencioso-administrativa. Cabalmente ésta doble posibilidad de condena al Estado es la que ha venido a resolver el nuevo Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre) en su Artículo 121 en el que, tras establecer la responsabilidad subsidiaria de las Administraciones Públicas por los daños causados por autoridades, agentes, contratados o funcionarios públicos en

el ejercicio de sus cargos o funciones, agrega «...sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial derivada del funcionamiento normal o anormal de dichos servicios exigible conforme a las normas de procedimiento administrativo y sin que, en ningún caso, pueda darse una duplicidad indemnizatoria».

He aquí —y me gustaría cerrar con esta consideración final cuanto queda dicho— como la responsabilidad patrimonial directa del Estado, indemnizando los daños causados, puede servir de fórmula compensatoria para esas actuaciones amparadas en las nuevas manifestaciones de la «razón de Estado» y tan incompatibles con los principios del Estado de Derecho.

