

JUECES *para la* DEMOCRACIA

CONTRA LAS INMUNIDADES DEL PODER: UNA LUCHA QUE DEBE CONTINUAR

Perfecto ANDRES IBAÑEZ

Hace más de treinta años, el profesor García de Enterría publicó un texto que ha terminado por ser clásico en la materia: La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos).

Bajo título tan elocuente, expresivo de una tensión ideal que se inscribe en la línea de la histórica propuesta estratégica del Ihering de La lucha por el derecho, el ilustre administrativista, analizaba las diversas formas de manifestarse el ejercicio de la potestad político-administrativa, señalando el papel que la legalidad, a través de la jurisdicción, está llamada a jugar en cada caso, como función de control.

La doctrina de aquel texto luminoso se hizo sentido común entre los juristas de inspiración democrática y, en 1978, adquirió estatuto constitucional, a través del art. 103,1º, que prevé el "sometimiento pleno [de la Administración pública] a la ley y al derecho", como medio de asegurar la efectividad de la proposición contenida en el primer enunciado del mismo precepto, cuando afirma que aquélla "sirve con objetividad los intereses generales". El art. 106 del texto fundamental cerraba el círculo: "Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican".

Esta toma de posición político-jurídica, ya del máximo rango normativo, gozó de pleno consenso en la primera etapa de la transición, fresca todavía la memoria de la dictadura reciente. Después, a partir de 1982, comenzó a ser objeto de una nueva lectura en los medios de la mayoría socialista, ya en el gobierno. El discurso explícito, en términos sustanciales, venía a decir: la justificada desconfianza frente al poder no democrático que dió aliento a aquel planteamiento debe ceder el puesto a una actitud más positiva, de menor recelo, cuando aquél tiene ya su origen en el voto popular. Bajo este primer nivel discursivo yacía otro latente, pero de fácil captación por lo florido de sus manifestaciones sintomáticas: lo producido en las urnas del 82 no había sido una simple alternancia en el poder, sino una verdadera alternativa de alcance histórico. El número, sin duda extraordinario, de sufragios obtenido por la formación a la sazón gobernante, atribuía implícitamente a ésta poderes extraordinarios; confería una dimensión (cuasi) constituyente a cada uno de los actos del nuevo poder. Por otro lado, la profundización del Estado social, ya en acto, demandaba unos márgenes de maniobra que el simple Estado de derecho, con su sentido paleoguarantista del control judicial de legalidad no permitía.

El amplio margen de maniobra reclamado pudo ser disfrutado en la práctica en términos de la mayor amplitud: porque la holgura de las reiteradas mayorías

parlamentarias unida a la debilidad de la oposición dió al traste con cualquier posibilidad de control parlamentario; y porque la debilidad de la jurisdicción (la debilidad heredada y la inducida) redujo de forma significativa la posible incidencia del judicial. Más aún, cuando las dimensiones catastróficas del resultado de esa política eran de una evidencia explosiva, todavía se dió un paso adelante en la pendiente de la absolutización del poder, al acentuar su concentración en la zona donde éste había demostrado ser más peligroso, mediante la incorporación del ministerio de Justicia a la dinámica de Interior, que es lo sucedido en la práctica.

El resultado final está a la vista y no hace falta ningún esfuerzo descriptivo para ilustrarlo. Vale la pena, no obstante, señalar la paradoja de que la difusión de la ilegalidad en un espacio tan caracterizado como es la política de Interior llegó a ser de tal alcance y profundidad, como para que el modo real de funcionamiento de alguna de sus instancias centrales fuese a tener, al fin, mejor descripción en diversos capítulos del Código penal que en las propias leyes y reglamentos orgánicos.

Si éstas son las bien patentes consecuencias del descontrol, de la huida del derecho protagonizada de forma exuberante por el poder de estos años, la más mínima racionalidad democrática exigiría el retorno al derecho y la reactivación consciente de todos los dispositivos de fiscalización y garantía. Pero, como bien se sabe, el camino seguido ha sido justamente el contrario: de nuevo la resistencia al derecho y el despliegue de toda una estrategia de obstrucción y de descalificación - que no crítica de lo criticable- de las actuaciones judiciales y de la instancia judicial misma.

No sólo eso, en la estela de la degradada situación aludida, aún tuvo entrada en las Cortes un proyecto de reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa y de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con el que, entre otras cosas, y no obstante - o ¿quizá por?- lo acontecido, se pretendía recuperar para nuestro ordenamiento la emblemática categoría del "acto político", con la intención de aplicarlo a la práctica totalidad de los actos del gobierno central y de los autonómicos. La disolución de las cámaras hizo caducar el proyecto, pero no es claro que, dado su talante, no vaya a ser retomado por la derecha actualmente gobernante, para confirmar así, también en esto, la existencia de ilustrativas continuidades.

El principio de legalidad, constitucionalmente entendido como límite y marco de la actuación del poder en el Estado de derecho, pasa ahora por uno de los peores momentos de estos años, como consecuencia de la negativa del ejecutivo a hacer entrega a la jurisdicción penal de documentos fundadamente reclamados por ésta en el curso de la investigación de delitos gravísimos imputados a agentes públicos.

La cuestión, se recordará, ha tratado de presentarse formalmente como conflicto jurisdiccional, es decir, cual si los polos enfrentados fueran dos pretensiones de conocimiento por parte de sujetos institucionales, dotadas, en principio, cada una de ellas, de una plausibilidad jurídica equivalente.

Como la mejor doctrina se ha encargado de poner de relieve, si hay conflicto, éste no es en modo alguno de jurisdicciones y lo sucedido es que un órgano - inadecuado por su composición- para interferir actuaciones jurisdiccionales, ha entrado en un terreno que no le corresponde, puesto que lo suscitado no era una cuestión técnica relativa a la atribución legal de competencias.

No hay juez que pretenda "desclasificar" los dichosos documentos del CESID, sino sólo hacer efectiva la tutela judicial de los más altos valores de nuestro orden jurídico gravísimamente atropellados en un marco estatal. Y hacerlo por una vía tan lineal como la de dar rango normativo prefente a la Constitución sobre la legalidad preconstitucional. De modo que, tanto desde el punto de vista material de la ponderación de valores en juego, como en del puramente jurídico-formal, los perfiles del asunto no pueden ser nítidos. En efecto, los que se enfrentan, en el primer plano, son algunos derechos fundamentales básicos y un interés estatal que carece de apoyo constitucional directo. Lo suscitado, en el segundo, es una cuestión de jerarquía normativa que no daría para caso práctico de un curso preuniversitario de iniciación al derecho.

Claro que a la cuestión jurídica le sobrevuela una, al parecer, gravísima cuestión práctico-política, cuyo planteamiento suele adoptar la forma de guiño dirigido al ciudadano sensato: "de abrirse un portillo a los jueces en ese terreno, ¿hasta dónde podrían llegar?"; y, por otra parte, "de romper su hermetismo frente a la jurisdicción, ¿qué grado de confianza inspirarían nuestros servicios secretos a sus corresponsales extranjeros?".

No parece que entre juristas con ideas claras sobre lo que es el Estado constitucional de derecho argumentos de semejante calado deban suscitar perplejidad alguna. Pero es que, de descender al mismo plano pragmático al que se ha tratado de degradar la cuestión, ésta podría resultar incluso todavía más simple, si se piensa: primero, que hay experiencia más que sobrada de la prudencia - timidez, incluso- con que los jueces suelen operar en asuntos de este género, de los que, prácticamente, aquí no existen precedentes jurisprudenciales (que se sepa, ningún juez ha tratado de desvelar injustificadamente las intimidades del Leviatán celtibérico); y, segundo, que no se trata de violar la reserva del Estado español en delicadas cuestiones geoestratégicas, ni de dar "oidos a sordos" sobre algún proyecto hispano de buscar continuidad en Marte a la epopeya colombina. Es todo bastante más elemental y sin el menor resquicio para la épica: sólo hay que vaciar en el juzgado las inmundicias de algún archivador, cuyo contenido -del que ya hay noticia- descalifica a la sede que lo alberga y a todo el que se oponga a su depuración por la justicia.

Por eso es tan importante en este asunto poner las cosas en su sitio. Lo planteado, en contra de lo que insidiosamente se difunde, no es una batalla por el poder en la que una corporación, la judicial, no-democrática en cuanto no legitimada por las urnas, estuviera enfrentada, por sus abusivas pretensiones "de gobierno", al único poder legítimo en razón de la investidura popular, el ejercido por el ejecutivo.

La cosa es mucho más simple: el mecanismo de la representación política como fuente de legitimidad democrática tiene su sede natural y su campo de operaciones en la institución parlamentaria; y su proyección más genuina en la ley,

como expresión por antonomasia de la soberanía popular.

El ejecutivo no es un órgano de representación y no está por encima sino rigurosamente sujeto a la legalidad, de la que debe ser fiel ejecutor. Por eso, y como intérprete de la ley, no tiene asignado un plus de legitimidad que le coloque en posición supraordenada frente a un momento de control como el judicial, que es control de legalidad.

En esto consiste la idea de Estado de derecho acogida por el constituyente de 1978, que nada tiene que ver con el delirio jacobino escenificado a gran formato entre nosotros en estos años y que cuenta con una nueva reciente expresión en declaraciones públicas que -desde la oposición y desde el gobierno- reivindican el "acto político" como una seña de identidad del Estado democrático. Cuando lo cierto es justamente lo contrario: el Estado democrático de derecho se ha constituido como tal en la mayor medida a expensas de la contracción del ámbito de operatividad de aquella categoría.

Que esto es así, se hace patente en la Constitución Española cuando prescribe que "los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico" (art. 9,1º). Y que "el Gobierno... ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes" (art. 97). Es evidente que estas previsiones no cancelan el espacio de la decisión propiamente política, pero no lo es menos que éste nunca tiene su ubicación en un ámbito vacío de derecho, sino, necesariamente, en un marco de legalidad.

El llamado "acto político" en ordenamientos constitucionales como el español actual carece de autonomía conceptual. Difícilmente podría existir hoy ese acto político puro, expresión exclusiva de la política y ajeno por completo al derecho. 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 dependerá de que concurren determinados presupuestos de hecho. Por eso no es lícito ofender y confundir a la ciudadanía con ejemplos tan burdos como el de la jurisdicción contencioso-administrativa erigida en potencial obstáculo a una hipotética incorporación de la armada española a la guerra del Golfo. Lo dice el Consejo de Estado: "Es claro que en la actuación política del Gobierno hay aspectos que no son reconducibles a proposiciones jurídicas, pero esto no supone la existencia de esferas de acción inmunes al derecho..."

De otro lado no es posible perder de vista que, aparte los problemas de compatibilidad constitucional que el "acto político" plantea en abstracto, lo que le hace más profundamente cuestionable -y más sospechosa su actual reivindicación- es la evidencia de que ha sido usado con estremecedora generosidad como instrumento privilegiado para la realización de una variada gama de delitos, entre los que se cuentan crímenes atroces, cuya investigación se trata ahora de obstruir, precisamente, mediante un nuevo recurso al mismo "acto político". Este es el quid de la cuestión, que se resiste al disfraz y a las digresiones y evasiones demagógicas.

Por lo demás, es tan claro que el Gobierno de nuestro país podría haber

enviado sus naves al Golfo sin verse importunado por la jurisdicción contencioso-administrativa, como que una decisión de ese género hoy no sería adoptable de la misma forma en que, por ejemplo, Felipe II (rey legibus solutus) pudo decidir el envío de "la invencible" a lo que luego fue un fracaso frente "a los elementos".

Ante argumentos de esa laya es difícil saber qué sorprende más: si la tosquedad del intento de disfrazar los problemas o el sospechoso énfasis al contraponer política a derecho y al tratar de disociar a la Constitución y a la ley de la soberanía popular, cuando lo cierto es que ambas constituyen su expresión más decantada y genuina.

Quien tenga alguna sincera preocupación por estas cuestiones debería reflexionar sobre algo tan significativo como que, precisamente en estos días, la búsqueda por otro conocido político de una coartada para eludir ineludibles imperativos constitucionales de sujeción a la legalidad haya tenido que acabar, al fin, en un precepto de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1956, expresivo del viejo principio monárquico (monárquico-de-monarquía-absoluta). Principio que deriva directamente de la noción de soberanía como suprema potestas superiorem non recognoscens, contra la que hubo de erigirse el Estado de derecho, en el orden interno, y la Carta de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales, en el orden supraestatal. Por cierto, que, en este ámbito, ahí están (con todas sus insuficiencias) los Tribunales de La Haya y de la ex Yugoslavia, en prueba evidente de que el derecho -en lugar de retroceder- tiene cada vez más cosas que decir sobre actos, ética y cualitativamente muy emparentados con los de los GAL; y más políticos aún, si se quiere, tales como el minado de un puerto de la Nicaragua sandinista o la implicción de las propias tropas en determinada clase de acciones.

Como se ve, ni siquiera desplazando la reflexión a escenarios en apariencia lejanos, pero que aparecen tan próximos en lo esencial cuando el referente son los principios y derechos fundamentales, cabe eludir el núcleo de la cuestión. Este es: que la política tiene constitucionalmente garantizado un ámbito propio -¡sólo faltaría!- pero que limita con los derechos y con el derecho. Y, sobre todo, que lo que entre nosotros está en cuestión y anda en sumarios no es la política sino determinadas manifestaciones delincuentes de la misma, a las que hay que dar la respuesta constitucionalmente prevista.

Por eso resulta tan políticamente inmoral sacar a pasear el fantasma de un "gobierno de los jueces" que ni existe, ni tendría aquí posibilidades de existencia. Ciertamente que la jurisdicción penal está teniendo una proyección inhabitual al recaer sobre actividades de gobierno, pero eso es sólo porque algunas de éstas exhiben aparatosos indicios de criminalidad. Lo que a contrario significa que allí donde los controles políticos y administrativos -aquí escandalosamente amortizados- funcionasen activamente, el papel del juez (y no sólo el del juez penal) se vería reducido en una proporción equivalente, en beneficio de todos. Por otra parte, nadie suficientemente informado puede desconocer que si de algo peca entre nosotros la intervención judicial es de debilidad real. Ello como consecuencia: a) de la limitada vigencia del principio del juez natural en los asuntos a que se alude; b) de la difusión del privilegio procesal representado por los fueros especiales, que, además, por la falta de aptitud del Tribunal Supremo para el desempeño de funciones investigadoras y de enjuiciamiento en primera instancia, se traduce asimismo en

garantía objetiva de una menor eficacia en la persecución de los correspondientes delitos; y, c) de la dependencia política y la excesiva burocratización del ministerio público. Por no hablar de los efectos que en el plano de la independencia y la cultura judicial ha producido la catastrófica experiencia de politización partidocrática del Consejo General del Poder Judicial.

Y, puesto que se discurre sobre el papel del juez, conviene salir también la paso de alguna peligrosa mistificación. Resulta por lo menos curioso que, mientras se reprocha a éste un supuesto exacerbado intervencionismo, se sugiera la participación de la más alta jerarquía de ese orden -el Presidente del Consejo General del Poder Judicial- en el arcano del secreto de Estado, que, al propio tiempo se está blindando frente a la jurisdicción penal. Parece contradictorio, pero en el fondo la propuesta es de lo más coherente: se busca la implicación como forma sibilina de excluir la ineludible fiscalización. ¿A qué vendría sino tal sedicente ampliación de la intervención judicial en un ámbito impropio, cuando se impide por cualquier medio al juez competente el ejercicio de su cometido constitucional en casos bien concretos?

Pues bien, no. La gestión de ese campo -en la limitadísima medida en que el mismo deba o pueda existir- es una competencia política, que, habrá de ser objeto de un control parlamentario eficaz, es decir, real y permanente. Sólo en última instancia, cuando la tutela ex post de algún bien jurídico o derecho fundamental lo haga necesario, debería entrar en juego la instancia judicial. Y hacerlo sin el límite de ese increíble supuesto derecho fundamental de nuevo cuño que, a decir de algunos, habilitaría al ejecutivo para administrar en secreto los datos que él decida. Derecho que -con muestras de preocupante miopía o incultura constitucional- no es infrecuente ver asimilado al del imputado a guardar silencio.

Pero ni existe tal derecho frente al juez competente que investiga un delito, ni, de existir, podría tener ese pretendido carácter. Y, aunque lo haya dicho el Fiscal General del Estado en reciente entrevista, no es "tan constitucional la seguridad del Estado como los derechos fundamentales" y sería, además, decididamente inconstitucional menoscabar éstos en nombre de aquélla, de siempre problemática existencia como bien jurídico, dada su objetiva inverificabilidad y lo que se sabe de los supuestos en que se ha podido desvelar su verdadero contenido.

De lo que antecede se siguen algunas conclusiones cuya obviedad las haría de innecesario recordatorio, si no fuera por la preocupante insistencia con que sobre ellas se arroja oscuridad y confusión. Son las siguientes:

1. Toda la actividad estatal debe realizarse en el marco de la Constitución y del resto del ordenamiento jurídico.

2. La Constitución y las leyes son la manifestación más genuina de la soberanía popular y es a través de ellas como se define el interés general.

3. El ejercicio de la actividad política deberá orientarse en todo caso a la realización del interés general y desarrollarse siempre conforme a la Constitución y a las leyes.

4. La normalidad constitucional del Estado de derecho requiere el funcionamiento eficaz de todos los mecanismos de control de la actividad pública.

En concreto, los de procedencia parlamentaria, los de carácter administrativo y los judiciales.

5. Promover la exigencia de responsabilidades políticas cuando sean procedentes y hacerlas realmente efectivas es un deber político fundamental de quienes integran las Cámaras. Incumplirlo es malversar el poder democrático conferido por el electorado.

6. Una experiencia abrumadora obliga a afirmar que la utilización del secreto en el marco de la actividad del ejecutivo ha operado como factor criminógeno de primera magnitud. Por ello, deberán regularse taxativamente por ley los supuestos en que los actos de aquel puedan separarse del régimen general de publicidad. Y siempre de forma que se garantice el respeto de los derechos fundamentales de la persona.

7. Existirá una comisión parlamentaria suficientemente representativa, encargada de asegurar el control permanente y eficaz de esa clase de actos, de tanto peligro potencial, en prevención de posibles abusos y delitos.

8. La jurisdicción es un poder del Estado y, en el desempeño de su función constitucional, goza de la misma legitimidad que cualquiera de los otros poderes en el ejercicio de las propias.

9. Corresponde a los Tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa y de los actos del gobierno sujetos a parámetro legal. Corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa la identificación de qué actos o de qué elementos de estos actos son susceptibles de control jurisdiccional. Siempre será revisable por los tribunales cualquier acto del gobierno que pueda vulnerar un derecho fundamental.

10. Corresponde a la jurisdicción penal la investigación y el enjuiciamiento de cualquier acción que presente indicios de criminalidad. Cuando el responsable de la misma pudiera ser un sujeto público, los órganos de ese carácter están obligados a prestar al juez o tribunal competente toda la colaboración que precise en el cumplimiento de su función, sin que puedan oponer como obstáculo el secreto oficial.

11. Deberán suprimirse los fueros especiales, de manera que el juez investido del conocimiento de un posible delito sea siempre el que corresponda conforme a las reglas generales de determinación de la competencia.

12. El ministerio fiscal deberá gozar de la independencia necesaria para garantizar su imparcialidad y la eficacia en el ejercicio de la acción penal, máxime cuando la misma deba dirigirse contra sujetos públicos.

Ponencia de Perfecto Andrés, con las modificaciones propuestas por Nuria Cleries y admitidas por el ponente, aprobada con 99 votos.

La redacción alternativa a las conclusiones 1, 2, 3, 4, 5, 8 y 9 propuesta por J.L. Ibarra, tuvo 2 votos a favor y 5 abstenciones.