

EL “CONTROL JUDICIAL PREVIO” DE LA “INTELIGENCIA NACIONAL” (O de cómo el <i>remedio</i> quizá resulta peor que la <i>enfermedad</i>)	151
I. Introducción	151
II. El sujeto activo del “control judicial previo”	154
1. El magistrado competente para el “control judicial previo”. “Jueces y magistrados” y “juzgados y tribunales” en el artículo 117 CE	154
2. “Control judicial” sin órgano jurisdiccional	156
III. El “control judicial previo” de las actividades de “inteligencia nacional” que afecten a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones. Naturaleza del “control judicial”	157
1. El “control judicial previo”	157
2. Naturaleza del “control judicial”: “control judicial” sin proceso. El “control judicial”, ¿acto sui generis de jurisdicción voluntaria?	159
3. Irrecurribilidad de las resoluciones de “control judicial”	162
4. Algunas consideraciones sobre el “control judicial” descrito	163
IV. Los parámetros para el “control judicial previo” de actividades del CNI	165
1. Observaciones preliminares	165
2. Contenido y naturaleza de los parámetros para el “control judicial” previo de actividades del CNI; la posición del magistrado competente	167
V. ¿Supone un avance garantista el “control judicial previo” de algunas actividades del CNI? (o ¿es el <i>remedio</i> peor que la <i>enfermedad</i> ?)	182

EL “CONTROL JUDICIAL PREVIO” DE LA “INTELIGENCIA NACIONAL” (O de cómo el *remedio* quizá resulta peor que la *enfermedad*)

I. INTRODUCCIÓN

1. Podría decirse y se ha dicho —con un lenguaje periodístico o común, puesto que, hasta ahora, salvo error u omisión, no se habían producido análisis jurídicos— que en la legislación española se ha introducido recientemente una innovación más que notable: someter a control, no ya jurídico sino, más aún, jurisdiccional, las actividades de “inteligencia”, denominadas vulgarmente (e inexactamente) de “espionaje”.

Ocurre que la Ley 11/2002, del 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (CNI) y la Ley Orgánica 2/2002, del 6 de mayo, relativa al Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia,⁹⁸ han instaurado un “control judicial previo” de parte de la actividad de dicho Centro, dirigida a la obtención de informaciones (con la consiguiente elaboración de “análisis, estudios o propuestas”) tendentes a “prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones” y finalidades similares, previstas en los artículos 1o., 4o. y 5o. de la Ley 11/2002.

El artículo 12 de la citada L. 11/2002 remite a la L.O. 2/2002 en cuanto al “control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia”, queriendo referirse, claro está, no a un control del Centro mismo, sino al control de algunas actividades de dicho Centro, que son sólo, según el artículo único,

⁹⁸ Este trabajo no se ha escrito sin leer los materiales parlamentarios relativos a esos dos textos legales. Pero no me ha parecido necesario —ni oportuno, si pretendía, como es el caso, despolitizar por completo estas páginas— incluir aquí citas. Suficiente será decir que los dos grupos parlamentarios (Popular y Socialista) con mayor número de diputados y senadores en la legislatura correspondiente contribuyeron a la aprobación de los proyectos presentados por el gobierno.

apartado 1 de la L.O. 2/2002, las “medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones”.

Conforme al apartado 2 del artículo 18 de la Constitución española (CE), “el domicilio es inviolable” y ninguna entrada o registro puede hacerse en él sin consentimiento de su titular o sin resolución judicial (salvo casos de delito flagrante). El apartado 3 del mismo artículo 18 CE consagra también, como objeto de un derecho fundamental, el secreto de las comunicaciones, “en especial de las postales, telegráficas y telefónicas”, y exige igualmente una resolución judicial para que el referido secreto pueda romperse de modo legítimo.

2. La existencia de estos preceptos constitucionales es el motivo por el que se establece este “control judicial”. Las nuevas leyes quieren que, de considerarse necesaria la entrada y registro en un domicilio, sin consentimiento de su titular, o la interceptación de comunicaciones (y, eventualmente, su grabación), el CNI cuente, como manda la norma fundamental, con una previa resolución judicial que autorice esas actuaciones.

Este motivo de la innovación es no sólo el principal, sino el único. Existen, en efecto, bienes jurídicos de igual categoría —la de objeto de derechos fundamentales o de libertades públicas, en el sentido del artículo 53.2 CE— que la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones. Así, por ejemplo, el derecho a la propia imagen o el derecho a la intimidad. Como quiera que las dos leyes de que aquí se trata no exigen “control judicial previo” para las actividades del CNI que afecten, por ejemplo, a esos dos citados derechos fundamentales, es meridianamente claro que el enfoque y el propósito del legislador no son otros que el cumplimiento del requisito de la previa “resolución judicial”, exigido específicamente en relación con la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones y no, en cambio, para proteger otros derechos fundamentales.

Sería, por tanto, un error presentar la innovación legal de que tratamos como un régimen general de protección de los derechos fundamentales frente a las actividades del CNI que pudieran lesionarlos. No se trata de tal cosa ni en la L. 11/2002 ni en la L.O. 2/2002.

Cierto es que la Constitución misma no prevé resolución judicial previa (muchas veces imposible y, por tanto, nada racional) en garantía de varios derechos fundamentales. Sin embargo, la limitación objetiva del “control judicial previo” presenta aspectos de difícil justificación, pues si hubiera podido establecerse un control judicial previo de actividades del

CNI que afecten al derecho a la intimidad o al derecho a la propia imagen. Es indiscutible que el primero de estos derechos no se agota con la inviolabilidad del domicilio ni con el secreto de las comunicaciones. Y, en cuanto al derecho a la propia imagen, también puede verse afectado con actividades del CNI —por ejemplo, fotografiar o filmar a personas sin su consentimiento y sin que estén participando en actos públicos— que las citadas leyes desproveen de un previo control judicial, que, sin embargo, sería posible y en absoluto irracional. La limitación de tal “control” a lo que se refiera a la inviolabilidad del domicilio o secreto de las comunicaciones confirma que las leyes ya tan citadas, en vez de contemplar al CNI como entidad con actividades potencialmente afectantes a los derechos fundamentales, más bien han considerado la resolución judicial expresamente exigida en el artículo 18 CE como requisito para actividades del CNI.

3. Sabido es que la exposición de una investigación no sigue, las más de las veces, el orden de los pasos históricos de la tarea investigadora o de examen y análisis del objeto. Así sucede también con estas páginas. Y, en todo caso, la introducción, aunque aparezca al comienzo, puede ser y es, muy frecuentemente, lo último que se escribe. Recuerdo todo esto, porque, desde luego, la decisión de subtitular *ut supra* este trabajo ha sido adoptada al final de una detenida reflexión sobre todos los elementos de la reforma. Al final, que el subtítulo adelanta y que ahora explico muy en síntesis, he llegado a dudar de que la innovación legislativa constituya un adelanto en las garantías de los derechos fundamentales y de las libertades públicas y, en concreto, de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Pienso que, paradójicamente, puede suponer incluso un serio retroceso. Pero para que el lector esté en condiciones de llevar a cabo su propia reflexión y contrastarla con la que se expondrá al final de estas páginas, es preciso analizar con detenimiento diferentes cuestiones, una vez delimitada y enmarcada la concreta innovación producida por las dos citadas leyes.

4. La novedad legal presenta tres grandes facetas: la orgánica, la procedural y la sustantiva. Cada una de estas facetas suscita, a su vez, tres grandes interrogantes: quién lleva a cabo el “control judicial” previo; cómo se lleva a cabo dicho “control” y, finalmente, con arreglo a qué parámetros se realiza el tan repetido “control”.

II. EL SUJETO ACTIVO DEL “CONTROL JUDICIAL PREVIO”

1. *El magistrado competente para el “control judicial previo”.*

“*Jueces y magistrados*” y “*juzgados y tribunales*”
en el artículo 117 CE

5. De modo indirecto, la LOPJ, modificada por la L.O. 2/2002, establece que el “control judicial previo” que ahora interesa incumbe a un “magistrado de la Sala Segunda, de lo Penal, o Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo” (TS) (artículo 127.4 LOPJ), cuyo nombramiento propone el presidente del Consejo General del Poder Judicial (artículo 125.5 LOPJ) y debe aprobar el Pleno de dicho Consejo (artículo 127.4 LOPJ). Conforme al artículo 342 bis LOPJ, introducido también por la L.O. 2/2002, ese magistrado ha de contar con al menos tres años de servicios en la categoría y se nombra por un periodo de cinco años.

La LOPJ, siempre según la reforma operada por la L.O. 2/2002, se ocupa asimismo de que sea nombrado otro magistrado (“de las mismas salas”) para sustituir al “titular” “en casos de vacancia, ausencia o imposibilidad” (artículo 127.4 *in fine*).

Acabo de decir que la LOPJ establece de modo indirecto a quién corresponde el “control judicial previo”, porque ningún precepto de la L.O. 2/2002 ni de la LOPJ contiene una norma cuyo contenido principal consista en establecer a quién incumbe la competencia para el tan repetido control judicial previo de la “inteligencia nacional”. Sabemos que ese control judicial ha sido atribuido al referido magistrado del TS porque así se deduce de los ya citados preceptos sobre atribuciones del presidente y del Pleno del CGPJ.

6. Este modo indirecto de establecer la competencia para el “control judicial” no se trae a colación para destacar una pequeña imperfección de técnica legislativa. El fenómeno que los citados preceptos de la LOPJ (y de la L.O. 2/2002) entrañan es el de una nueva atribución de funciones judiciales (supuestamente de potestad jurisdiccional) sin referencia a un órgano jurisdiccional preexistente y sin establecer uno nuevo, lo que, por una parte, resulta insólito y, por otra, sumamente curioso, por apartamiento del esquema constitucional español, que, en este punto, no hacía sino consagrar la tradición jurídico-judicial.

Expliquemos con detalle estas afirmaciones.

7. Conforme al apartado 1 del artículo 117 CE, “la justicia... se administra... por jueces y magistrados integrantes del Poder Judicial...”.

Según el apartado 3 del mismo artículo 117 CE, “el ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos... corresponde exclusivamente a los juzgados y tribunales determinados por las leyes...”.

Dado que administrar justicia y ejercer la potestad jurisdiccional no son cosas distintas, sino idénticas, es decir, son una misma cosa, una sola y misma actividad, resulta que los apartados 1 y 3 del artículo 117 parecen ser divergentes en cuanto al protagonismo de esa única actividad. Pero se trata de mera apariencia: las diferencias se explican en razón de la distinta finalidad de los dos preceptos, entre los que cabe, sin dificultad alguna, una perfecta armonía.

Ocurre, en efecto, que el apartado 1 se dedica al estatuto de los jueces y magistrados, consagrando sobre todo su independencia, mientras que el apartado 3 pretende reproducir la fórmula clásica en España acerca de la jurisdicción (es la misma de la LOPJ de 1870): mencionar el insoslayable papel instrumental del proceso respecto del ejercicio de la potestad jurisdiccional y, finalmente, establecer la reserva de ley respecto de los órganos jurisdiccionales y el procedimiento.

A partir de esta distinta finalidad de los dos citados apartados del artículo 117 CE, la armonía perfecta existe porque los jueces y magistrados no administran justicia, sino en cuanto integran juzgados y tribunales. O lo que es igual: la Constitución viene a afirmar, por un lado, que los jueces y magistrados son los elementos subjetivos esenciales de los órganos jurisdiccionales y, por otra parte, que los jueces y magistrados no administran justicia o ejercen la potestad jurisdiccional de cualquier modo, de cualquier forma y en cualquier lugar, con la sola base de su condición personal de jueces y magistrados, sino únicamente en cuanto integran unos determinados órganos públicos, que son los órganos jurisdiccionales.

Este entendimiento de los apartados 1 y 3 del artículo 117 CE no es el fruto de ningún improbo esfuerzo, con un retorcimiento argumental interesadamente dirigido a alcanzar una concreta conclusión. La aplicación de las reglas hermenéuticas sobre una base de conceptos jurídicos absolutamente pacíficos conduce con sencillez y suavidad a sentar las afirmaciones precedentes. Retorcimiento y apartamiento injustificado de la doctrina más pacífica sería, por el contrario, afirmar que administrar jus-

ticia y ejercer la potestad jurisdiccional son cosas distintas y que, en dos apartados de un mismo precepto constitucional, el Constituyente erró hasta el extremo de introducir disposiciones contradictorias.

2. “Control judicial” sin órgano jurisdiccional

8. En vista de todo lo anterior, es de reconocer que la L.O. 2/2002 y la L. 11/2002 producen el extraño fenómeno, nada conforme —insistimos— a la Constitución y a la tradición jurídico-judicial española, de un ejercicio de funciones judiciales (presuntamente, de la potestad jurisdiccional) sin establecimiento formal del correspondiente órgano público y, en concreto, judicial.

Cierto que el apartado 4 del artículo 117 CE expresamente prevé que puedan atribuirse por ley a “los juzgados y tribunales” otras funciones, distintas de administrar justicia o ejercer la potestad jurisdiccional. Pero precisamente porque sólo a “los juzgados y tribunales” (a los órganos judiciales o jurisdiccionales) cabe atribuir esas otras funciones, el extraño fenómeno no deja de darse si se llega después a la conclusión de que el “control judicial previo” previsto en la L. 11/2002 y en la L.O. 2/2002 no supone ejercicio de la potestad jurisdiccional.

Cabría afirmar que las dos citadas leyes crean, implícita y materialmente, un nuevo órgano jurisdiccional, unipersonal, cuyo elemento subjetivo jurisdicente es el ya referido magistrado del TS. A tal conclusión habría que llegar, en efecto, si se aceptara como axiomático que no es posible el ejercicio de la jurisdicción ni de otras funciones sino por un órgano jurisdiccional: un “juzgado” o un “tribunal”, según la terminología de la Constitución de 1978. Pero el axioma no es tal en lo relativo a funciones distintas del ejercicio de la potestad jurisdiccional, y así lo prueba la innovación legislativa que nos ocupa, desprovista de todo rastro de voluntad de crear un órgano público.

9. En cualquier caso, si, a los solos efectos dialécticos, admitiéramos la existencia de un órgano jurisdiccional, sería innegable que no pertenecería a ninguno de los cuatro órdenes o ramas de la jurisdicción ordinaria, pues, además de no hallarse en la LOPJ, no resulta encuadrable entre los tribunales civiles ni penales, como tampoco en los contencioso administrativos o entre los del orden jurisdiccional social o laboral.

10. Por ende, se ha de señalar también que el hipotético órgano unipersonal del “control judicial previo” presenta la característica singular

de estar integrado por un magistrado dotado sólo de la llamada *inamovilidad temporal*. Pese a la pobre opinión que me merece, desde hace tiempo,⁹⁹ el recurso a esta “inamovilidad”, esa singularidad —que no desaparece por la existencia de otros casos, bien distintos del que nos ocupa— tiene su explicación en la fuerte impregnación política de la informal “magistratura” del “control judicial previo”, impregnación inherente a su específico cometido. Se verá con más claridad en el siguiente apartado.

III. EL “CONTROL JUDICIAL PREVIO” DE LAS ACTIVIDADES
DE “INTELIGENCIA NACIONAL” QUE AFECTEN A LA INVOLABILIDAD
DEL DOMICILIO O AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.
NATURALEZA DEL “CONTROL JUDICIAL”

Esta anunciada segunda cuestión debe iniciarse con una descripción del “control judicial previo”. Seguirán distintas observaciones y consideraciones.

1. *El “control judicial previo”*

11. Conforme al apartado 1 del artículo único de la L.O. 2/2002, el director del CNI debe solicitar al magistrado antes referido una “autorización” para “la adopción de medidas que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones siempre que tales medidas resulten necesarias para el cumplimiento de las funciones asignadas al Centro”.

Según el apartado 2 del mismo precepto, la solicitud escrita de autorización ha de contener los siguientes extremos:

- a) Especificación de las medidas que se solicitan.
- b) Hechos en que se apoya la solicitud, fines que la motivan y razones que aconsejan la adopción de las medidas solicitadas.
- c) Identificación de la persona o personas afectadas por las medidas, si fueren conocidas, y designación del lugar donde hayan de practicarse.
- d) Duración de las medidas solicitadas.

⁹⁹ *Cfr. Derecho procesal civil. I. Introducción* (con Fernández López), 4a. ed., Madrid, 1995, pp. 33 y 34, y *Derecho procesal. Introducción* (con Díez-Picazo Giménez y Vegas Torres), 2a. ed., Madrid, 2001, pp. 255 y 256.

La duración no podrá exceder de veinticuatro horas en el caso de afección a la inviolabilidad del domicilio y tres meses para la intervención o interceptación de las comunicaciones postales, telegráficas, telefónicas o de cualquier otra índole, pero ambos plazos serán prorrogables “por sucesivos períodos iguales en caso de necesidad”.

12. La norma que se acaba de transcribir merece dos observaciones y algún comentario: en primer lugar, nótese que la ley no establece que los hechos en que se apoye la solicitud hayan de ser, si no probados, al menos acreditados, lo que supone imposibilidad de control judicial, no ya de la certeza de esos hechos, sino incluso de su mera probabilidad. Se entiende que la actividad del CNI no esté condicionada por actuaciones probatorias previas, pero existe una muy apreciable diferencia entre hacer juicios sobre la probabilidad de unos hechos y aceptar como ciertos los hechos afirmados, que es lo que le cabe al magistrado “controlador”. No se debe perder de vista esta realidad, cuyo comentario es tan superfluo como patente su relevancia.

Es de notar, en segundo término, que la ley no dice expresamente que la prórroga haya de solicitarse al magistrado y concederse por éste; tampoco dice expresamente que la prórroga se decida después de agotado el “periodo” ordinario. Pero este silencio no encierra ninguna interrogante irresoluble. En cuanto a lo primero, el contexto en que aparece la prórroga conduce a considerar indudablemente sobreentendida la necesidad de solicitud precisamente al magistrado. En cuanto a lo segundo, parece inherente al concepto mismo de prórroga rechazar que tres meses o veinticuatro horas de prórroga se entiendan como posibilidad de autorizar actuaciones iniciales con duración de seis meses o de cuarenta y ocho horas, es decir, con prórroga ya concedida por adelantado, valga la expresión.¹⁰⁰

13. Recibida la solicitud, el magistrado ha de dictar resolución motivada (nótese que la ley se abstiene de referirse a cualquiera de las clases de resolución judicial previstas en las leyes procesales: providencia mo-

¹⁰⁰ *Sentado lo anterior, se ha de señalar que mientras es inteligible que la intervención o interceptación de comunicaciones por tres meses se vea prorrogada, resulta algo extraño, en teoría y en la práctica, una “prórroga” de la “afección de la inviolabilidad del domicilio” (salvo que éste fuese de gran extensión) por otras veinticuatro horas: en realidad se trataría de dos “afecciones” del domicilio, es decir, al menos de una nueva entrada en el mismo domicilio, y después lo que cabría denominar continuación del registro ya iniciado.*

tivada, auto o sentencia) de concesión o de denegación de la autorización, “en el plazo improrrogable de setenta y dos horas”, pero el plazo será sólo de veinticuatro horas si la solicitud del director del CNI justifica debidamente la urgencia. Todas estas actuaciones son calificadas legalmente de secretas, y se encomienda al magistrado la salvaguarda del secreto (apartado 3 del artículo único). Poca duda ofrece que el secreto se refiere también a “la persona o personas afectadas por la medida”.

14. Para terminar la descripción, es de suma importancia señalar que, según el apartado 4 del artículo único de la L.O. 2/2002, al director del CNI —no al magistrado— corresponde ordenar “la inmediata destrucción del material relativo a todas aquellas informaciones que... no guarden relación con el objeto o fines de la misma (la autorización concedida)”.

2. *Naturaleza del “control judicial”: “control judicial” sin proceso. El “control judicial”, ¿acto sui generis de jurisdicción voluntaria?*

15. Por lo que se acaba de exponer, parece indiscutible que el “control judicial” no genera o constituye un proceso si por éste se entiende —dejando a un lado ahora las discusiones doctrinales sobre su naturaleza jurídica— una serie o sucesión de actos, del tribunal, de las partes e incluso de otros sujetos, necesarios para decir el derecho en un caso concreto.

Según la L.O. 2/2002, son sólo dos los actos del “procedimiento” del “control judicial previo”: la solicitud del director del CNI y la resolución motivada del magistrado, irrecusable, como enseñada veremos. No parece que con un acto de iniciación y otro de conclusión pueda hablarse de proceso. Éste —cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se le atribuya— consiste, fenomenológicamente hablando, en un conjunto de diferentes actuaciones, a lo largo de un tiempo más o menos largo, necesarias para decir el derecho en un caso concreto. Si se dice el derecho, o no, en la resolución del magistrado sobre la solicitud del director del CNI, es cuestión que podemos ahora dejar abierta. Pero, en todo caso, no es dudoso que la ley no considera necesario un genuino proceso para que el magistrado dicte su resolución de “control previo”.

Claro es que la L.O. 2/2002 no excluye expresamente —sería anómalo y muy raro que lo hiciese— la posibilidad de contactos del magistrado con el director del CNI a raíz de la presentación de una solicitud de éste. Pero se trataría de informalidades sin relevancia jurídica, y la falta de

previsión legal de actuación alguna, unida a los muy cortos plazos (ordinario y extraordinario) establecidos para dictar la resolución, más el carácter secreto del procedimiento, hablan bien a las claras de la imposibilidad jurídica (e incluso física) de acordar y practicar cualquier diligencia o actuación (por ende, *cfr. supra* núm. 12, párrafo primero). Resulta innegable que el magistrado no puede solicitar dictamen de peritos ni la declaración de testigos, como tampoco le cabe emitir mandamientos para que se le faciliten documentos, etcétera: está legalmente obligado a resolver a la sola vista de la solicitud, tal como la L.O. 2/2002 la prevé.

Por otro lado, es evidente que este expeditivo “procedimiento” se desenvuelve sin dualidad de partes o, por mejor decirlo, sin partes propiamente dichas. Responde más bien, por tanto, al concepto de acto de jurisdicción voluntaria que expresa el artículo 1811 de la LEC de 1881, aún vigente en su libro III, en tanto no se apruebe una específica ley sobre jurisdicción voluntaria. El citado precepto, recordémoslo, dice así: “Se considerarán actos de jurisdicción voluntaria todos aquellos en que sea necesaria o se solicite la intervención del juez sin estar empeñada, ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas”.

16. Considerados todos los elementos de la innovación legislativa, me inclino a entender que, en efecto, no hay en el “control judicial previo”, relativo al CNI, ejercicio de la potestad jurisdiccional, vinculada a la denominada “jurisdicción contenciosa” y, en principio, desvinculada de la jurisdicción voluntaria, a la que se atribuye una naturaleza más bien administrativa, aunque convenga su parcial judicialización.¹⁰¹ Es innegable que existe una actividad judicial, manifestada principalmente en la resolución sobre la solicitud del director del CNI, pero resulta poco dudoso que esa actividad no es propiamente jurisdiccional, porque no es procesal y porque, al no existir dualidad de partes, no cabe considerarla jurisdicción contenciosa.

El “control judicial previo” sería, con todo, un acto o negocio de jurisdicción voluntaria sumamente atípico, pues se debe reconocer que es ajeno al origen y desarrollo histórico de dicha “jurisdicción”. Y es ajeno también a su primordial ámbito objetivo: asuntos civiles y mercantiles. Empero, la conceptualización del “control judicial previo” como acto de jurisdicción voluntaria relativo a una cuestión, no ya de derecho público,

¹⁰¹ Sobre esto, *cfr.* Fernández de Buján, Antonio, *La jurisdicción voluntaria*, Madrid, 2001, *passim*, en especial los tres primeros capítulos.

sino incluso relativa al derecho constitucional, resulta coherente con la “extravagancia” de dicho control respecto de cualquier sistema procesal, que ya pusimos de manifiesto (*supra* núm. 9) al señalar la inexistencia de un órgano jurisdiccional.

Conforme a los artículos 91.2 LOPJ y 8.5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, corresponde a los juzgados de lo contencioso administrativo resolver, mediante auto, acerca de las solicitudes de autorización de entrada en domicilios y otros lugares cerrados, cuando esa entrada sea precisa para la ejecución forzosa de actos administrativos. Muy a primera vista, esta autorización judicial podría parecer equivalente al “control judicial previo” de algunas actividades del CNI. Porque, siempre *primo ictu oculi*, los dos institutos parecen tener en común la existencia de una solicitud y la emisión de una resolución judicial, que se dicta sin que medien actuaciones. Diríase, pues, que ambos institutos suponen el ejercicio de una función judicial distinta del ejercicio de la potestad jurisdiccional (artículo 117.4 CE) y, en segundo término, que esas actuaciones de los juzgados de lo contencioso administrativo también resultan encuadrables en la noción de jurisdicción voluntaria. Como enseñada veremos, no es así.

Resulta innecesario extenderse ahora en consideraciones sobre la naturaleza de esa actividad de los juzgados de lo contencioso administrativo, que, a diferencia de lo que es objeto de este trabajo, sí ha sido estudiada e incluso tratada por el Tribunal Constitucional (véase, sobre todo, el ATC 178/2002, de 14 de octubre: RTC 2002/178). Tampoco queremos detenernos aquí en las razones del cambio consistente en atribuir legalmente (desde 1998) las autorizaciones de entrada para ejecución administrativa a los referidos juzgados de lo contencioso administrativo, en vez de a los juzgados de instrucción, a los que se estuvo acudiendo durante años. Pero sí debe señalarse que, si se examinan las cosas con detenimiento, el instituto de los artículos 91.2 LOPJ y 8.5 LJCA y el “control judicial previo” de ciertas actividades del CNI distan mucho de ser iguales y ni siquiera equivalentes: los elementos distintivos no faltan ni son de entidad menor. Así, además de que la LOPJ y la LJCA sí contienen una atribución expresa a un órgano judicial, en vez de a un magistrado (como la L.O. 2/2002), en el “control judicial previo” no se parte de un anterior procedimiento administrativo, que culmina en el acto administrativo ejecutable. Y antes del “control judicial previo” que ahora nos ocupa, no hay siquiera “interesados” a quienes otorgar preceptivamente el trámite de audiencia antes de dictar.

Cierto es que, aislados estrictamente unos trámites —la solicitud de autorización de entrada para ejecución administrativa y el posterior auto que resuelve lo que proceda— no se advierte la intervención de dos sujetos jurídicos distintos, pero, innegablemente, existe un “interesado”, jurídicamente relevante, frente a la administración que solicita la autorización. El auto dictado por el juzgado de lo contencioso es susceptible de un recurso de apelación por ese “interesado”, mientras que, como veremos enseguida, la “resolución motivada” de solicitudes del director del CNI no es susceptible de recurso (y el “interesado” no existe jurídicamente como tal: hay sólo “afectados” por las actividades del CNI, llamados a no conocerlas, puesto que son secretas, como todo lo relativo al “control judicial previo”).

Por añadidura, en el “control judicial previo” de algunas actividades del CNI nada hay semejante a la sujeción del acto administrativo al control jurisdiccional, lo que determina que ese acto pueda estar sujeto al contenido de una resolución sobre solicitud de medidas cautelares.

Así, la autorización judicial de entrada, prevista en los artículos 91.2 LOPJ y 8.5 LJCA, más que acto de jurisdicción voluntaria, por ausencia de partes, nos parece que constituye un incidente del procedimiento administrativo de ejecución, aunque ese incidente, por exigencias constitucionales, deba ser judicializado.

3. Irrecorribilidad de las resoluciones de “control judicial”

17. Nada dice la L.O. 2/2002 acerca de la recurribilidad de la resolución motivada del magistrado. Sin embargo, el significado del silencio legal es claro: la resolución motivada es irrecorrible por dos poderosas razones concurrentes:

- 1) La LOPJ, reformada por la L.O. 2/2002, no atribuye a nadie, ni directa ni indirectamente, competencia para la revisión jurisdiccional del “control judicial previo”. Este silencio no debería existir si el recurso fuese posible.
- 2) El “control judicial previo” de ciertas actividades del CNI no es in cardinable en algún sistema procesal (civil, penal, contencioso administrativo o laboral), cuyo régimen general de recursos pueda aplicarse en defecto de norma expresa en la citada L.O. Ya hemos visto en los subepígrafes anteriores la atipicidad y “extravagancia”

del “control judicial”, perteneciente, más bien, a la denominada “jurisdicción voluntaria”, tan heterogénea. Además, las normas generales sobre recursos se basan grandemente en la distinción entre providencias, autos y sentencias y, como ya se ha dicho, la L.O. 2/2002 elude esa distinción y priva de este punto de partida aplicativo de aquellas normas. La irrecorribilidad, en fin, resulta plenamente coherente con la singularidad de la entera innovación legislativa que aquí se examina.

4. Algunas consideraciones sobre el “control judicial” descrito

18. De la L. 11/2002 y de la L.O. 2/2002 se desprende con claridad que el “control judicial previo” de algunas actividades del CNI no se extiende a los resultados tangibles de dichas actividades, como pueden ser objetos concretos o soportes diversos (cintas magnetofónicas, discos, etcétera) que materialicen las comunicaciones intervenidas. Y ese “control judicial” tampoco comporta el conocimiento, por informe, de las actividades efectivamente desarrolladas y de sus resultados.

Cabría plantear ahora la posibilidad de un uso lícito y eficaz de esos materiales en un proceso judicial y, sobre todo, en procesos penales. Pero el tratamiento de tal asunto exigiría un trabajo al menos tan extenso como el presente. Bastará decir aquí que, a nuestro entender, de existir una autorización judicial de la entrada y registro o de la intervención de comunicaciones, los materiales no habrían sido obtenidos ilícitamente. El problema sería el de su clasificación conforme a la Ley 9/1968, del 5 de abril, reguladora de los secretos oficiales, modificada por la L. 48/1978, del 7 de octubre. Se requeriría la previa desclasificación de los materiales. Al respecto, *cfr.* la STS3a., en Pleno, del 4 de abril de 1997, recaída sobre el recurso 726/1996: RJ 1997/4513, así como la SSTS3a., en Pleno, de la misma fecha, relativa al recurso 634/1996, RJ 1997/4515, y la STS3a., Sección 4a., de 30 de enero de 1998: RJ 1998/849.

La referida ausencia de control judicial posterior y la falta de puesta a disposición del magistrado de los resultados de las actividades del CNI judicialmente autorizadas pueden entenderse —justificarse es cosa distinta, en la que no entramos ahora—, si no se pierden de vista los intensos tintes políticos de estos asuntos. Pero parecen obligadas tres consideraciones, de diversa índole:

19. *Primera:* cabe aducir, con razón, que el magistrado competente para el control judicial carece de poder jurídico para actuaciones ulteriores a las actividades autorizadas. Este dato se explica, a su vez, porque —a diferencia de las autorizaciones judiciales ordinarias y habituales hasta la L. 12/2002 y la L.O. 2/2002— ni las actividades del CNI ni el control judicial previo de ellas se encuentran en el ámbito de lo penal o criminal. Aunque, en línea de principio, el CNI, como cualquier órgano del Estado (y cualquiera de los funcionarios que lo integran), no pueda desentenderse enteramente del deber de promover la acción de la justicia penal, el CNI —también en línea de principio— no pide autorización porque su función sea obtener información sobre hechos de apariencia delictiva.

Todo lo anterior, que conviene dejar bien sentado, no significa, desde luego, que lo que es objeto del interés del CNI no se pueda incardinar, con alguna frecuencia, en el ámbito de lo delictivo. Cuando así sea y la denuncia no implique divulgación de material secreto que no pueda ser desclasificado, entendemos que a los directivos y funcionarios del CNI les es de aplicación lo dispuesto en el artículo 262 LECrim, sobre la obligación de denunciar, que no constituye menos obligación o deber por el hecho de que su infracción continúe sancionada con una multa irrisoria (salvo error u omisión, la redacción del citado precepto es la original de 1882).

20. *Segunda:* cuando se solicite por el director del CNI la prevista prórroga, queda al criterio de dicho director dar a conocer al magistrado los resultados (o la ausencia de éstos) de las actividades autorizadas y llevadas a cabo. La ley no prevé que, en caso de prórroga, el CNI sí deba poner a disposición del magistrado los materiales (cintas, discos, etcétera) derivados de las actividades autorizadas. Obvio resulta, empero, que, salvo supina desconsideración del director hacia el magistrado o improbabilísima sumisión ciega de éste a aquél, que implicaría dejación por el magistrado de su deber de controlar, el director del CNI ha de motivar la petición de prórroga y resulta difícilmente imaginable la motivación si nada se dice de los resultados de la anterior actividad del CNI. Pero decir algo de esos resultados no significa entregar los mentados materiales ni descender a pormenores.

21. *Tercera:* al desconocer los resultados de las actividades autorizadas, lo mismo inicialmente que a consecuencia de prórrogas, el magistrado carecerá de antecedentes que le permitan formarse, en algún momento, un criterio acerca del uso que el CNI hace de sus autorizaciones.

Para terminar, y en relación con cuanto acabamos de examinar (que se verá muy reforzado posteriormente), hay que insistir en que la expresión “control judicial” nunca se debe separar del adjetivo “previo”. De lo contrario se induciría a confusión sobre la realidad de los preceptos legales, porque “control judicial”, a secas, transmite la impresión de que al menos algunas actividades del CNI son fiscalizadas jurisdiccionalmente, lo que es por completo erróneo: según la L.O. 2/2002, nada de lo que hace el CNI es enjuiciado por los tribunales de justicia.

IV. LOS PARÁMETROS PARA EL “CONTROL JUDICIAL PREVIO” DE ACTIVIDADES DEL CNI

1. *Observaciones preliminares*

22. Sentado todo lo anterior, llegamos al tercer punto principal de este trabajo, esto es, a las interrogantes acerca de los parámetros o reglas que el titular de la informal “magistratura” encargada del “control judicial” previo ha de aplicar a las solicitudes que le presente el CNI.

El mero planteamiento de esta cuestión supone que descartamos el puro arbitrio del magistrado como medida de sus resoluciones. El arbitrio sería un parámetro mal avenido con la exigencia de motivación de la resolución, además de poco conforme al carácter “judicial” del control.

Por otra parte, hemos de descartar, asimismo, que los parámetros de la decisión del magistrado sobre la solicitud del director del CNI sean los propios del ámbito procesal penal. Ya se ha indicado antes (*supra* núm. 19) que no nos encontramos en ese ámbito: el magistrado “controlador” no posee jurisdicción penal y carece de poder alguno para actuaciones ulteriores a las actividades del CNI que autorice.

Si los hechos expuestos en la solicitud del director del CNI presentan caracteres de delito o falta deberían ser objeto de un proceso penal, de no haberse ya incoado éste. Pero además de que ese proceso ninguna relación guardaría con el magistrado competente para el “control judicial previo” (que, por añadidura, está sujeto a un deber de secreto), nada impide una actividad del CNI paralela a la actuación procesal penal, aunque siempre, en último término y en caso de conflicto, con prevalencia de ésta en caso de que se plantee un conflicto. Mas, aun cuando se dé una coincidencia del interés de un proceso penal con la necesidad de la actuación del CNI, si éste presenta solicitudes de “control judicial previo”

al magistrado competente, los parámetros de su resolución no serán los fines del proceso penal, porque es al órgano jurisdiccional penal competente a quien incumbe en exclusiva alcanzar esos fines y salvaguardarlos de todo riesgo de frustración.

Así, pues, guarden o no relación con el ámbito de lo penal las actividades del CNI para las que se requiere autorización del magistrado, los criterios para concederla o denegarla no son los que deben guiar las resoluciones de los instructores penales.

23. Quizá el lector atento de la Ley 11/2002 y de la L.O. 2/2002 experimente una sorpresa —y más negativa que positiva— ante los párrafos anteriores. Porque tal vez parezcan completamente superfluos a la vista de la insistencia legislativa¹⁰² en el carácter complementario de la L.O. 2/2002 respecto de la L. 11/2002, lo que apunta, como expresamente afirma la Exposición de Motivos (E. de M.) de la L.O. 2/2002, a una interpretación de ésta “conjunta con la Ley Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia”.

Además, la citada E. de M. expresamente indica que:

...el artículo 8o. del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEPDHLF) exige que esta injerencia [la de “las actividades que puedan afectar a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones”] esté prevista en la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.

Es una reiteración exacta de los términos del apartado 2 del artículo 8o. CEPDHLF, que, naturalmente, se refiere a los motivos de cualquier “injerencia de la autoridad pública”¹⁰³ y no específicamente a las “injerencias” de los servicios “de inteligencia” o de información.

Por añadidura, al final de la E. de M. de la L. 11/2002 puede leerse el siguiente párrafo: “ambas leyes deben ser interpretadas conjunta y siste-

¹⁰² A la necesidad o deber de una “interpretación conjunta” se refieren los últimos párrafos de las exposiciones de motivos de las dos leyes que nos ocupan.

¹⁰³ Aunque el apartado 4 del artículo 5o. de la L. 11/2002 dispone que “los miembros del Centro Nacional de Inteligencia no tendrán la consideración de agentes de la autoridad”, nos parece que el CNI, en sí mismo, debe considerarse “autoridad pública” a los efectos del CEPDHLF.

máticamente, ya que la adopción de las medidas que requieran autorización judicial previa deberá justificarse en el cumplimiento de las funciones que la presente Ley asigna al Centro Nacional de Inteligencia”.

24. Empero, no eran inútiles nuestras anteriores consideraciones elementales sobre los criterios que el magistrado ha de seguir para resolver.

En primer lugar, porque los textos de las EE. de MM. o preámbulos de las leyes, aunque posean valor a la hora de la interpretación, carecen de naturaleza normativa.

Y, en segundo término, porque el artículo 8.2 CEPDHLF —que no es asumido en los dos textos legales españoles que ahora interesan— se refiere a la totalidad de causas justificativas de “injerencia” por cualesquiera “autoridades públicas”, sin que, por tanto, contenga reglas específicas para el “control judicial previo” de actividades como las del CNI. Con otras palabras: el artículo 8.2 CEPDHLF constituye un marco general para los países que lo hayan ratificado, pero las autoridades de esos países y, en concreto, las españolas, han de mirar a sus leyes (Constitución incluida) y atenerse a ellas antes que al citado Convenio, pues las normas internas de los países obligados por el CEPDHLF pueden ser más exigentes que el mismo CEPDHLF respecto de las “injerencias” que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. Que España —como otros países— ratifique un tratado internacional permisivo —pero no imperativo— de cierta actividad a los poderes públicos, no significa, como es obvio, que tal actividad de esos poderes pase, sin más, a ser lícita. Desde luego, no lo será (o seguirá siendo ilícita) si la Constitución española la prohíbe.

A mi entender, poca duda cabe de que, hasta la L. 11/2002 y la L.O. 2/2002, las normas positivas españolas sobre las referidas “injerencias” no sólo se ajustaban al CEPDHLF, sino que resultaban más concretas que éste y también más estrictas, por más garantistas.

2. Contenido y naturaleza de los parámetros para el “control judicial” previo de actividades del CNI; la posición del magistrado competente

A. Contenido de los parámetros para el “control judicial” previo

25. Por todo lo ya expuesto, es a la ley sustantiva del CNI adonde, ante todo, ha de dirigir su mirada el magistrado en búsqueda de los criterios

materiales aplicables respecto de las solicitudes de autorización de actividades del CNI afectantes a la inviolabilidad de domicilio y al secreto de las comunicaciones (o en otros términos: los criterios para el “control judicial previo”).

En concreto, entendemos que esos criterios son los que aparecen en el artículo 1o. y en los incisos *a* y *b* del artículo 4o. de la L. 11/2002, que enuncia las funciones del CNI. El artículo 2o. de dicha Ley se dedica a “principios”,¹⁰⁴ pero los que se afirman como tales —los “de sometimiento al ordenamiento jurídico” y los “de eficacia, especialización y coordinación, de acuerdo con los objetivos de inteligencia definidos por el gobierno”— resultan manifiestamente insuficientes. El artículo 3o., sobre “programación de objetivos”, así como el artículo 5o., relativo a “actividades” del CNI, no ofrecen, dado su contenido, utilidad alguna como parámetros de adecuación de lo solicitado por el director del CNI a la legalidad material relativa a la actividad de dicho Centro. Y, como quiera que los incisos *c* a *g* del artículo 4o., ambas incluidas, se refieren a “funciones” secundarias o instrumentales, son las “funciones” de los ya indicados incisos *a* y *b* los que pueden servir de parámetros generales de legalidad, además, desde luego, del ya mencionado artículo 1o.

26. Traemos a la vista, literalmente, destacando en cursiva lo sustancial, los preceptos que, por lo que se acaba de decir, constituyen los parámetros legales del “control judicial previo” del CNI:

- 1) Obtener y elaborar —para el presidente del gobierno y el gobierno mismo— “informaciones, análisis, estudios o propuestas que permitan *prevenir y evitar cualquier peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones*” (artículo 1o. de la L. 11/2002).

¹⁰⁴ En ese artículo 2o., la L. 11/2002 incurre en el muy extendido error —que aún no me he cansado de señalar— consistente en denominar “principios” a cualesquiera criterios generales y no sólo, como debería ser, a aquellos que, como el mismo término indica, tienen la virtualidad de ser “originarios”, es decir, de determinar que algo sea y sea precisamente lo que es, y no otra cosa. Para advertir fácilmente el error cometido basta comparar el “principio” de “sometimiento al ordenamiento jurídico” con el “principio de eficacia”, que no concierne a la esencia de nada, sino que expresa un modo de obrar. Y dicho lo anterior, nada es necesario añadir como comentario a los pretendidos “principios” de “especialización y coordinación”.

- 2) “Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia [sic] necesaria para proteger y promover los intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España...” (artículo 4o., inciso a).
- 3) “Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población” (artículo 4o., inciso b).

B. La posición del magistrado competente para el “control judicial” previo de actividades del CNI: un magistrado del Tribunal Supremo, supremo intérprete de la finalidad legal del CNI

27. Es evidente que los parámetros precedentes son legales. En cambio, no resulta evidente que sean jurídicos. Pero esta cuestión se abordará en un momento posterior. Porque, cualquiera que sea la respuesta, hay algo que ya ahora interesa comprender y que parece indudable, a saber: que la nueva legislación sitúa en una extraña posición al magistrado del TS competente para el “control judicial previo” de las actividades del CNI que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones.

Los términos “extraña posición” se acaban de utilizar con toda propiedad o precisión, porque, si bien se mira, ejercer el “control judicial” de actividades del CNI conforme a los antedichos parámetros, accediendo a solicitudes del director del CNI o rechazándolas, supone verse situado por encima de esta autoridad en las materias legalmente propias del organismo gubernativo encargado de la “inteligencia nacional”. Y no resulta exagerado calificar de extraño que un magistrado del alto tribunal de justicia tenga la última palabra acerca de lo que procede, por ejemplo, para promover intereses económicos, industriales o comerciales de España o para detectar lo que amenace el bienestar de la población.

Conforme a las dos leyes que nos ocupan, ocurre, en efecto, que cuando puedan verse afectados la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las

comunicaciones, el criterio de un único magistrado del TS acerca de la necesidad o conveniencia de “actividades de inteligencia” resulta ser el decisivo, por encima, no ya del director del CNI, sino del gobierno y de su presidente.

28. Obviamente, un fenómeno normal y cotidiano en un Estado de derecho, como es la supremacía del control jurisdiccional, no puede llamar-nos la atención ni movernos a llamar la atención de otros. Pero es que aquí no se trata de ese normal y cotidiano control jurisdiccional, porque el “control judicial previo” de actividades del CNI no es equiparable al enjuiciamiento conducente a determinar si unas disposiciones y actos del Ejecutivo, ya producidos, son conformes o disconformes con el derecho preexistente. Por si fueran pocas las peculiaridades ya expuestas de este “control judicial previo” que examinamos, ocurre que con él no se trata de examinar, a la luz del derecho, un trozo de historia, una porción del pasado. De lo que se trata es de adoptar una decisión sobre el futuro y, más precisamente, sobre una futura actividad de un organismo del Ejecutivo. Esta actividad futura del Ejecutivo se apoya ineludiblemente y de modo absolutamente predominante en el juicio del magistrado. El “control judicial” del que ahora tratamos no es una fiscalización de la juridicidad o legalidad de lo realizado, sino que debe determinar si órganos dependientes del Ejecutivo llevarán a cabo, o no, en el futuro, unas actividades muy singulares, en materia eminentemente política. Y la decisión ha de atender sobre todo a criterios igualmente políticos, pues parece indiscutible que los conceptos y expresiones utilizados por la L. 11/2002 pertenecen principalmente al lenguaje utilizado en el ámbito de la política, *lato sensu*.

Salvo comprobar la regularidad formal de la solicitud del director del CNI, lo que ha de hacer el magistrado competente para el “control judicial” del CNI es comparar la propuesta de futuras actividades del CNI con los parámetros de la L. 11/2002. E insistimos: esta Ley, lo mismo que la L.O. 2/2002, supone que el juicio del magistrado puede prevalecer sobre el del director del CNI, de modo que, por ejemplo, no entienda necesaria una “actividad de inteligencia” propuesta para promover intereses comerciales o para conjurar una amenaza contra el bienestar de la población.

Por lo demás, como quiera que nada en las dos citadas leyes conduce a pensar que el magistrado competente deba poseer una visión de conjunto de la realidad en lo relativo a los peligros, las amenazas y los inte-

reses, etcétera, a que se refiere la L. 11/2002, aún más sobresale la rareza de la posición del repetido magistrado.

29. Para remachar esta observación, es oportuno comparar lo que las dos leyes requieren de este magistrado competente para el singular “control judicial previo” del CNI con lo que se exige, de ordinario, de un órgano jurisdiccional, en el seno o en el marco de un genuino proceso jurisdiccional, para autorizar entradas en un domicilio sin el consentimiento de su titular o para autorizar la intervención o interceptación de comunicaciones (telefónicas, telegráficas, postales, etcétera).

A diferencia del “control judicial previo” del CNI, en los casos a los que acabamos de aludir, los referidos bienes jurídicos constitutivos de derechos fundamentales (inviolabilidad domiciliaria, secreto de las comunicaciones) se confrontan con los fines de un concreto proceso (más frecuentemente penal, pero también civil, pues la entrada en un domicilio sin consentimiento de su titular puede ser necesaria para un embargo o para medidas cautelares, etcétera: véase *infra*, núm. 44) y la autoridad judicial dispone, en esos casos, bien de indicios de la comisión de un hecho de apariencia delictiva y de quiénes pueden haber sido sus protagonistas, bien de una resolución judicial (sentencia) anterior, que hay que hacer efectiva, bien de una pretensión de concreta tutela jurisdiccional y de un *fumus boni iuris* de esa pretensión. Siempre se compara el valor de los ya referidos derechos fundamentales con los bienes jurídicos y los intereses legítimos implicados en un proceso: la efectividad de la tutela judicial (que puede ser el objeto de otro derecho fundamental) o, en definitiva, el intenso interés público inherente a la aplicación del derecho objetivo (sobre todo el derecho penal).

En el “control judicial previo” de ciertas actividades del CNI, el magistrado no dispone de esos elementos —valor de los derechos fundamentales, por un lado; interés del proceso y de la realización de la justicia, por otro— para ponderar si autoriza lo que, en principio, afecta a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones. En ese “control judicial previo”, las leyes fuerzan al magistrado competente a una mera comparación de la solicitud motivada del director del CNI con los precitados conceptos legitimantes de la actuación de dicho Centro según la Ley 11/2002. De modo que, dando por sentado que el director del CNI no solicitará autorización de actuaciones si no las considera conformes con dichos conceptos, el magistrado se encuentra en la tesitura de ser el supremo y máximo intérprete de la ley que utiliza esos conceptos.

C. Excursus sobre la naturaleza de los parámetros para el “control judicial” del CNI (o si todos los conceptos acogidos en una ley son conceptos jurídicos)

30. Vista la tesitura en que las leyes sitúan al magistrado competente para el “control judicial” previo del CNI o, lo que es igual, una vez sentado que dicho magistrado ha de aplicar su supremo criterio sobre parámetros legales que emplean términos y conceptos referentes a una materia netamente política, podemos volver a formular la interrogante que ya se adelantó: los parámetros de la L. 11/2002, innegablemente *legales*, ¿son también parámetros *jurídicos*?

a. La insostenible afirmación de la naturaleza jurídica de todos los conceptos legales

Es altamente probable que, con la excepción de unos cuantos expertos, la mayoría de los profesionales del derecho, tras un primer movimiento de sorpresa (en algunos casos hasta de estupor) ante esa pregunta, respondan enfáticamente en sentido afirmativo, como si la interrogante careciese de serio fundamento racional y, en todo caso, como si la respuesta positiva resultara necesaria *stricto sensu*, es decir, impuesta por la naturaleza de las cosas, *die Natur der Sache*.

Aclaremos, pues, ante todo, que no se ha preguntado por la naturaleza de los preceptos de la L. 11/2002, pues no cabe duda de que se trata de normas jurídicas, sino por la naturaleza de unos conceptos utilizados en esas normas. La cuestión suscitada —sin ánimo de examinarla y tratarla exhaustivamente aquí: tal examen y tratamiento exigiría un trabajo independiente— es ésta: en esas normas jurídicas, los parámetros justificativos de la legalidad de las actividades del CNI, ¿son parámetros jurídicos?

Aun con esta precisión, cabe, desde luego, no ya la respuesta afirmativa, sino mantener el énfasis en tal respuesta, como si, una vez reconocido que los preceptos legales son normas jurídicas, todavía resultara menos explicable la pregunta y más necesaria la respuesta en sentido positivo. Vendría a decirse o a pensarse lo siguiente: “¿de qué otra naturaleza, sino jurídica, podrían ser los criterios acogidos en una norma jurídica?”.

Si a nuestra interrogante se respondiese con esta otra que, en hipótesis, se acaba de formular, bien pudiéramos asombrarnos nosotros. Cuando el criterio para que una ley autorice comercializar plátanos o sardinas,

por ejemplo, sea la longitud del fruto o del pescado, ¿habría que sostener que el parámetro de la legalidad del comercio con plátanos o sardinas es un parámetro jurídico? A nuestro entender, ni “plátano” ni “sardina” ni “longitud” (o “centímetros”) son conceptos jurídicos: pertenecen al ámbito de tres ciencias experimentales y no al de la ciencia jurídica.

b. Quaestiones iuris y quaestiones facti: hechos concretos y reglas fácticas; *errores iuris y errores facti;*
Friedrich Stein y las “máximas de la experiencia”

31. El equívoco acerca de la naturaleza jurídica de todos los conceptos acogidos en una norma jurídica positiva guarda una estrecha relación con los esquemas explicativos de la casación (o recursos similares). Más en concreto, nos parece que deriva de la necesidad de trazar una neta distinción entre cuestiones de diversa naturaleza a los efectos de limitar el objeto de los recursos casacionales (aunque algunos sistemas jurídicos también articulan la segunda instancia, abierta mediante la apelación, en torno a la misma distinción). La distinción aludida es la que se formula entre *quaestiones facti* y *quaestiones iuris* o “cuestiones de hecho” y “cuestiones de derecho”.

En virtud de una opción legislativa bien fundada en distintos factores, que ahora no es preciso recordar, se decide excluir de la casación (y, eventualmente, también de la segunda instancia) las *quaestiones facti*, y se suele afirmar que sólo las *quaestiones iuris* (más precisamente, algunas de ellas) puedan ser objeto del recurso casacional (o, en ciertos ordenamientos, de la segunda instancia). Lo que innegablemente se quiere es que el tribunal superior haya de partir de la reconstrucción de hechos históricos lograda por el inferior (o, en su caso, de la imposibilidad de lograr tal reconstrucción), pues es éste quien ha dirigido y presenciado la práctica de las pruebas y las ha apreciado libremente o “conforme a las reglas de la sana crítica”. Se viene a sostener, con fundamento, que el tribunal superior no está en condiciones de enmendar la plana, en el terreno fáctico, al tribunal inferior si la casación (o la apelación) excluye la repetición de pruebas. Lo que cabe encomendar al tribunal superior es que revise la subsunción (incluyendo el acierto o desacuerdo en la elección de la norma y en la atribución a ésta de un determinado sentido, esto es, la interpretación) del inferior, y que en su caso sustituya la operación subsuntiva (interpretación acertada incluida) por una nueva.

32. Precisamente en este punto —el de la subsunción— resultan singularmente pertinentes las perennes lecciones de Friedrich Stein en su clásica obra *Das private Wissen des Richters*, Leipzig, 1893 —esto es: el conocimiento privado del juez o, tanto da, la “ciencia privada” del juez—, que no se limita, ni mucho menos, a dar respuesta a la cuestión originaria (a saber: hasta qué punto puede el juez hacer uso en el proceso de lo que conoce privadamente o en cuanto persona, al margen de todo procedimiento judicial), sino que, para responderla, se plantean con amplitud y profundidad sus inexcusables bases. Me atrevo a decir que, resumidamente, esas bases son todo lo que se encierra en la pregunta acerca de qué tipo de ciencia o conocimiento “privado” puede tener el juez. Aclarado esto, Stein se aplica a determinar qué clase de conocimiento del juez, no aportado en el proceso (y por eso denominado “privado”), puede aquél utilizar procesalmente y cuál no.

En el curso de su indagación, Stein enseñó una diferencia entre el conocimiento de hechos concretos y otros conocimientos generales, y al analizar la estructura del enjuiciamiento del juez pone al descubierto la existencia —indiscutible, pero no advertida hasta este autor— de las que considera *premisas mayores fácticas*, algo muy distinto de los hechos históricos concretos, que cumplen el papel de premisas menores. A esas premisas mayores fácticas, el genial autor alemán las denomina —con aceptación universal, aunque limitada a ámbitos cultos— *Erfahrungssätze* o “máximas de la experiencia”. Así, pues, en el llamado “silogismo judicial” (o, lo que es igual, en las operaciones intelectuales de formación de la sentencia), no existiría sólo la premisa mayor jurídica —la norma, el precepto legal, el principio general del derecho o la costumbre— y la premisa menor, los hechos del caso, elemento fáctico, sino también una premisa mayor fáctica, ciertamente con muy diversos contenidos posibles, pero siempre de la misma naturaleza: juicios generales fundados en la experiencia de muchos casos, pero que los trasciende y aspira a tener valor general.

El clásico ejemplo de Stein resulta extremadamente expresivo: “Los africanos que hace algunos años vivieron en Berlín por vez primera una nevada, estaban absolutamente incapacitados para pronunciar el juicio «nieva», al faltarles dicha premisa mayor” (véase mi traducción *El conocimiento privado del juez*, 2a. ed., Madrid, 1990, p. 13). En el caso del ejemplo, la premisa mayor fáctica pertenece al ámbito del lenguaje común, según el cual el fenómeno atmosférico con ciertas características

(pequeñas partículas blancas, heladas, etcétera) se designa con el verbo “nevar” y con el sustantivo “nevada”. En esta premisa mayor se subsu-miría una premisa menor fáctica, el hecho histórico, el acaecimiento de un concreto fenómeno atmosférico con las aludidas características, acae-cimiento observable por los sentidos externos y transmisible en el proce-
so por la expresión de la percepción sensible de uno o varios testigos.

Otras “máximas de la experiencia” o premisas mayores fácticas perte-necen, no al terreno del lenguaje ni al de conocimientos comunes, sino a ámbitos científicos, técnicos o simplemente prácticos (en todo caso em-píricos), pero especiales o especializados, que no tiene por qué poseer el juez. Suministrar esas máximas al juez es la función específica de los pe-ritos.

33. Expuestas estas ideas básicas, cabe proseguir en dirección al punto que ahora presenta el mayor interés. Tal punto no es otro que este: que las “máximas de la experiencia” son fácticas y que constituyen premisas mayores fácticas en el enjuiciamiento que, dentro del proceso, conduce a la sentencia sobre el fondo. Pero las referidas “máximas” desempeñan importantes funciones en otros ámbitos, distintos del de la prueba, como en la subsunción (incluida la interpretación de la ley) y, antes, en la mis-ma legislación (que asume “máximas de la experiencia”, como lo son las “reglas de la sana crítica”, en lo procesal o, en lo sustantivo, “la diligien-cia de un buen padre de familia” y otras muchas, no necesariamente for-muladas como máximas o reglas).

34. Según Stein, la legislación asume conceptos propios de ámbitos de conocimiento no jurídicos, que no cabe calificar de conceptos jurídicos, si no es, dice, por la errónea y artificial necesidad de convertir en jurídi-co todo lo que le incumbe revisar al tribunal de casación, que, obviamen-te, muy bien puede decidir, contra lo afirmado por el tribunal de instan-cia, que un barco no es un edificio, en el sentido en que un determinado precepto de cierta ley utiliza el término “edificio” (es un ejemplo del mismo Stein). El tribunal de casación puede llevar a cabo esa fiscaliza-ción, con todas sus consecuencias, porque dos razones confluyen a fun-damentar que es propio de la casación revisar la determinación (*Feststel-lung*) de que un barco es un edificio. La razón primera consiste en que tal determinación pertenece a la subsunción, y todo lo que cae dentro de la subsunción y es causal del fallo es revisable en casación. La segunda razón es esta: la determinación de que un barco concreto es un edificio no pertenece a la premisa menor fáctica, es decir, al hecho histórico

“desnudo”, cuya reconstrucción por el tribunal de instancia es, en principio, intangible en casación (y, eventualmente, en una apelación distinta de la nuestra).

Habla Stein de “la creencia de que toda actividad correctora del *Reichsgericht* [el TS alemán en 1893] presupone un ‘error jurídico’ en el tribunal de instancia” y de la deducción de que “la subsunción de un hecho que no encaja en la ley demuestra adicionalmente que la premisa mayor legal ha sido mal entendida en su significado, aunque su texto literal haya sido correctamente aducido; un juez que considere un barco como «edificio», en el sentido del §245 n. 2 St.G.B., muestra una errónea interpretación del concepto jurídico ‘edificio’. Es sabido que el *Reichsgericht* sigue generalmente esta tesis, defendida también en la literatura científica”. Y, aparte, prosigue de inmediato Stein: “Sin conceder, por lo demás, excesiva importancia a tales «construcciones», quisiera, en cambio, hacer notar que... *me parece muy forzado querer envolver de esa manera en un ropaje jurídico lo que tan a menudo es claramente un puro error fáctico: lo único que se consigue de ese modo es crear nuevas dificultades*” (*op. cit.*, p. 114; la cursiva es mía).

35. Diré ahora algo que Stein no consideró necesario decir, *expressis verbis*, en su clásica obra. Pero no me desvío de su pensamiento al señalar lo siguiente: *a*) que las leyes incluyen con grandísima y creciente frecuencia conceptos no jurídicos; *b*) que la subsunción de hechos concretos en esos conceptos no jurídicos requiere siempre la utilización de máximas de la experiencia: de la experiencia común (en tal caso vale el conocimiento privado del juez) o de la experiencia enmarcable en ámbitos científicos, técnicos o prácticos especiales (en tal caso, serán necesarios los dictámenes de peritos), y *c*) que ese anterior aspecto de la subsunción entraña un juicio fáctico, pero revisable en casación, porque nada tiene que ver con la determinación de los hechos concretos.

Supongamos que una ley aplicable en un proceso utiliza el término “trainera”. En ese proceso, la determinación de cuál sea la embarcación del caso y cuáles son sus características (eslora, manga, quilla, forma de la proa y de la popa, medio o medios de navegación, etcétera), puede ser el objeto de la prueba, de libre valoración. Si el juez, en ese mismo ejemplo, confunde una “chalupa” o un “chinchorro” con una “trainera”, comete un erróneo juicio fáctico. Ni “trainera” ni “chalupa” ni “chinchorro” son conceptos jurídicos. El erróneo enjuiciamiento consistente en subsumir lo que es una chalupa concreta —“histórica”, podríamos decir— en el concepto

legal de “trainera” es revisable en casación, no porque “trainera” sea un concepto jurídico ni porque exista un juicio jurídico erróneo, sino porque hay un error de subsunción —y más precisamente un erróneo juicio fáctico— que es eliminable sin que el tribunal superior haya de discutir la determinación del hecho concreto (cuál era y cómo era la embarcación del caso). Y, desde luego, insistimos, sin necesidad de llevar a cabo la operación, que Stein consideraría una *construcción forzada*, de convertir la noción o el concepto de “trainera” en concepto jurídico.

c. Carácter no jurídico de numerosos parámetros legales
del “control judicial previo”

36. Sentado todo lo anterior, me parece que los conceptos legales que han de servir de parámetros para el “control judicial previo” del que nos venimos ocupando no son, bastantes de ellos, conceptos jurídicos, en el sentido de que hayan sido acuñados por la ciencia jurídica o pertenezcan a ella, sino, más bien, a la política o, si se quiere, a la politología o materias semejantes. Recordemos esos conceptos, destacando, en cursiva, lo que, a nuestro entender, no se encuentra claramente en el ámbito de la jurisprudencia o ciencia del derecho:

- 1) “Peligro, amenaza o agresión contra la independencia o integridad territorial de España, *los intereses nacionales y la estabilidad del Estado de derecho y sus instituciones*” (artículo 1o., L. 11/2002).
- 2) “Obtener, evaluar e interpretar información y difundir la inteligencia [sic] necesaria para proteger y promover los *intereses políticos, económicos, industriales, comerciales y estratégicos de España...*” (artículo 4o., inciso a).
- 3) “Prevenir, detectar y posibilitar la neutralización de aquellas actividades de servicios extranjeros, grupos o personas que pongan en riesgo, amenacen o atenten contra el ordenamiento constitucional, los derechos y libertades de los ciudadanos españoles, la soberanía, *integridad y seguridad del Estado, la estabilidad de sus instituciones, los intereses económicos nacionales y el bienestar de la población*” (artículo 4o., inciso b).

El concepto, idea o noción de “intereses nacionales” no es lo mismo que el concepto de “interés público”, de mucha raigambre en el ámbito jurídico. Y, a mi entender, tampoco pertenece a la ciencia jurídica la idea

de “estabilidad del Estado” o la muy semejante de “estabilidad de las instituciones del Estado”, porque no es posible afirmar con mediana seguridad qué es lo que la comunidad jurídica entiende por inestabilidad del Estado o de sus instituciones y, en cambio, sí cabe afirmar, rotundamente, que tales expresiones se profieren frecuentemente, con muy diverso sentido y alcance, en los ámbitos políticos (en el sentido de político-partidistas o parlamentarios). No parece necesario explayarse sobre el carácter extrajurídico de las ideas “integridad del Estado”, “intereses económicos nacionales” o “bienestar de la población”.¹⁰⁵

37. Considere el lector si es mucho, poco o nada razonable que las dos leyes aquí analizadas sitúen inexorablemente al magistrado encargado del “control judicial previo” en la tesitura de utilizar su propio conocimiento general sobre “intereses económicos” o “bienestar de la población”, por ejemplo. Tal tesitura es plenamente real y verdadera porque, ante la solicitud del director del CNI, ese magistrado ha de aplicar en soñitorio los referidos parámetros legales, no jurídicos en sí mismos (como acabamos de ver) y, por añadidura, a diferencia del instructor penal (*cfr. supra*, núm. 29), no dispone de sólidos elementos jurídicos que contraponer y ponderar. Cabe afirmar que, en no pocos casos de “control judicial previo”, el magistrado aplicará (con una aplicación *sui generis*) la ley, pero no tanto dirá el derecho, porque no podrá subsumir hechos simplemente afirmados en conceptos verdaderamente jurídicos ni podrá confrontar esos hechos con valores jurídicos seguros.

d. La teoría de los “conceptos jurídicos indeterminados” y el “control judicial previo” del CNI

38. No ignoro que, ante expresiones como las reseñadas, de la L.O. 11/2002, cabría reaccionar con una inmediata invocación de los conceptos jurídicos indeterminados (*unbestimmte Rechtsbegriffe*),¹⁰⁶ que, si se nos permite la expresión, han alcanzado gran “popularidad” en las últimas décadas. Pero, dejando a un lado que la teoría de esos conceptos encuentra

¹⁰⁵ Incluso el concepto de “seguridad del Estado”, por más que haya sido utilizado, no sólo en leyes, sino en sentencias de nuestro alto tribunal (*cfr.*, por ejemplo, las conocidas SSTS del 4 de abril de 1997, RJ 1997/4513 y 1997/4515), me parece que podría considerarse ajurídico: me inclino a pensar que la “seguridad” sólo es predicable metafóricamente del Estado.

¹⁰⁶ *Cfr.* Sáinz Moreno, F., *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976, *passim*.

su cabal explicación y su raíz histórica en estrecha relación con los problemas y cuestiones de la discrecionalidad (pretendida o verdadera) de las administraciones públicas y el control de su actividad por la jurisdicción, sucede que el aprendizaje de las lecciones de la citada obra de Stein (F.) conduce a poner en tela de juicio, no la indeterminación de muchos conceptos incorporados a normas jurídicas positivas, pero sí la tesis de la naturaleza jurídica de todos esos conceptos. El estudio de la indeterminación de ciertos conceptos y las aportaciones sobre su adecuada interpretación son de gran valor. En cambio, no resulta convincente, ni mucho menos, una suerte de tácita juridificación de todos los conceptos incluidos en las normas positivas, que ha sido un fruto común —no claramente querido, sino más bien silvestre, me parece, pero real— de la difusión de la noción “concepto jurídico indeterminado”.

Por lo demás, ni siquiera puedo compartir por entero la estructura y los presupuestos del análisis de la realidad que acaba generando la teoría de los conceptos jurídicos indeterminados. Por no alargar estas páginas con asunto marginal, recurriré a unos pocos ejemplos: no puedo pensar que “rojo”, “libro”, “mesa”, “velocidad” o “puerta” (conceptos utilizados por Sáinz Moreno en su excelente monografía) sean conceptos jurídicos. Ni me parece que la distinción entre conceptos “naturales” y conceptos “jurídicos” —a la que se refiere Sáinz Moreno— quede “desfigurada en cuanto los conceptos ‘naturales’ se incorporan a una norma jurídica, pues tal incorporación produce una mutación en su significado que obliga a interpretarlos jurídicamente”.¹⁰⁷

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 216 y, antes, pp. 204-207. En la obra de Sáinz Moreno no aparece cita alguna de Stein (Friedrich) ni su obra *Das private Wissen des Richters* se incluye entre la bibliografía citada. No se interprete esta observación como un reproche al citado autor español, que, por lo demás, acaba sosteniendo posturas prudentes y acertadas, concordes en muchos aspectos sustanciales con las de F. Stein. Como he dejado apuntado en el texto principal, *Das private Wissen des Richters* es una obra con un título que no puede ser tachado de inexacto, pero sí de muy escasamente expresivo de la riqueza de contenido que encierra. Esto explica perfectamente que, fuera de la procesalística, pueda no conocerse apenas esta obra genuinamente clásica, de valor perenne y universal, que en España divulgó sobre todo Gómez Orbaneja, por la cita en su difundido manual *Derecho procesal civil* (con Herce Quemada). Con todo, tampoco los juristas alemanes más representativos de la adhesión al concepto de “conceptos jurídicos indeterminados” parecen conocer (o si lo conocen, no lo valoran) el descubrimiento, por su compatriota F. Stein, de las “máximas de la experiencia” o “premisas mayores fácticas”. Como muestra, he tomado obras de Bachof (“Beurteilungsspielraum, Ermessen und unbestimmter Rechtsbegriff und Verwaltungsrecht”, *Juristenzeitung*, núm. 4, 1955, así como *Verwaltungsrecht*, con Wolff, Munich,

Es acertado afirmar que la aparición de un concepto “natural” o no jurídico en una norma jurídica exige una interpretación jurídica *de* ésta. Porque la interpretación de una norma jurídica no puede no ser una interpretación jurídica, es decir, no puede dejar de estar sujeta a las reglas de la hermenéutica jurídica (teleología, sistema, etcétera). Pero considero erróneo afirmar que la incorporación de un concepto no jurídico a una norma jurídica produce una mutación del significado de ese concepto. Si la ley habla de “puerta”, de “libro” o de “mesa”, el significado de esos conceptos es idéntico para el derecho que para los constructores de puertas o de mesas. A mi entender, es la ley misma la que quiere esa identidad de significados, porque a la ley le importa que no se subsuma erróneamente una determinada realidad material en el concepto de “puerta”, de “libro” o de “mesa”. Si la ley partiese del supuesto de la mutación de significado, estaría, no ya impidiendo la necesaria seguridad jurídica, sino promoviendo la inseguridad jurídica. Tal ley no sería una genuina ley o incluso sería, en ciertos aspectos, una genuina antiley.

Me parece que algunos casos, imaginarios o reales, no se oponen, bien mirados, a lo que acabo de decir. Veámoslo. Imaginemos que se plantea en un proceso la interrogante de si un artilugio colocado en una construcción, que tiene por objeto separar dos espacios distintos, pero también comunicarlos, ha de ser considerado “puerta” en el sentido en que este concepto es utilizado en una ley, aunque no se trate de una “puerta” tradicional. Entonces, a mi entender, una de dos: o se decide que se trata de una “puerta”, aunque de forma distinta de la tradicional, o se decide que la norma sobre puerta es aplicable por analogía, tras la debida interpretación de dicha norma.

Pasemos ahora a un caso real: un código penal utiliza en alguno de sus preceptos el concepto de “llaves falsas”. Para aplicar ese precepto penal en casos en que no se han utilizado “llaves” propiamente dichas (que son también, en el lenguaje común, de muchas formas y tipos), sino mecanismos de apertura (un gancho, una ganzúa, por ejemplo) excluidos del concepto común de “llave”, se recurre a la interpretación teleológica del precepto penal del ejemplo, rehuyendo hablar de analogía, porque ésta es inadmisible en el derecho penal, y se viene a sostener

1975), Ehmke (“‘Ermessen’ und ‘Unbestimmter Rechtsbegriff’ in Verwaltungsrecht”, dentro de *Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart*, Tübingen, 1960) y Ule (*Verwaltungsrecht*, 5a. ed., Munich, 1971), citadas por Sáinz Moreno, y las he sometido a minucioso escrutinio, sin encontrar cita de Friedrich Stein (hay otros Stein) ni alusión a su obra.

que hay un concepto jurídico de “llave” distinto del concepto “común” de “llave”. Tal vez a causa de casos como éste se llegue a la afirmación de Sáinz Moreno, transcrita arriba.

Sin embargo, en lugar de una teoría o teorización semejante, de índole general y generalizante, que, como tal, siembra inseguridad y resulta errónea las más de las veces, considero harto preferible reconocer y explicar el fenómeno como lo que es: el de casos esporádicos, en que presenta cierta dificultad la necesidad de aplicar un precepto legal a unos hechos, a causa de un término concreto del tenor literal de la norma positiva (el de “llave”, volviendo al ejemplo real). Finalmente se considera necesaria y se lleva a cabo la aplicación del problemático precepto, con una estricta y escrupulosa interpretación teleológica, que no implica utilizar la *analogia iuris* en el sentido en que está vedada en el derecho penal, que es el de impedir que se creen judicialmente tipos o penas. En cambio, tal interpretación sí implica que, *ad casum*, se amplíe (por así decirlo) el significado vulgar o común del concepto (desde luego, no jurídico). Me parece que esto es lo que realmente sucede y no que se deseche el significado común y se acepte, en su lugar, un sentido o significado jurídico, que no preexiste al caso.

De la existencia y entendimiento de este fenómeno a la tesis general de la mutación de significado de los conceptos no jurídicos (o “naturales”), siempre que se incorporen a una ley, media una distancia muy grande, que, según mi criterio, no resulta prudente ni atinado recorrer.

39. Por añadidura, ocurre que la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados resulta inservible para el “control judicial previo” de actividades del CNI. En efecto: generada esa técnica para un ámbito real muy distinto de dicho “control” (el ámbito de la genuina fiscalización jurisdiccional de lo que el Ejecutivo y las administraciones públicas han hecho), con los conceptos jurídicos indeterminados es posible, en cada caso, conocidas y ponderadas sus circunstancias y analizadas las normas jurídicas con los instrumentos de la hermenéutica jurídica, determinar lo jurídico (esto es, pasar de la indeterminación a la determinación) o, al menos, excluir lo antijurídico y, así, excluir también la discrecionalidad o el mero arbitrio. Pero ante las solicitudes de autorización de actividades futuras del CNI que afectarían a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones, ya hemos visto que el magistrado competente no dispone de elementos de juicio para una labor análoga a la que supone el control jurisdiccional de las decisiones y ac-

tuaciones del Ejecutivo y de las administraciones públicas: en vez de algo pasado, susceptible de minucioso examen, de algo susceptible de ser visto a la luz de la ley (o de principios generales del derecho que se consideren aplicables) y de algo capaz también de esclarecer el sentido del elemento legal indeterminado, el magistrado competente para el “control judicial previo” tiene que habérselas exclusivamente con una exposición escrita de hechos y motivos y con un texto legal que incluye parámetros ajurídicos de enorme amplitud: en el “control judicial previo” no hay circunstancias concretas (hechos históricos: ciertos, falsos o dudosos) que conocer y considerar y que comparar con los parámetros legales.

V. ¿SUPONE UN AVANCE GARANTISTA EL “CONTROL JUDICIAL PREVIO” DE ALGUNAS ACTIVIDADES DEL CNI? (O ¿ES EL *REMEDIO PEOR QUE LA ENFERMEDAD*?)

40. Con lo examinado hasta ahora y, sobre todo, en el epígrafe anterior, no sólo se refuerza la rareza de la posición del magistrado, a la que nos habíamos referido en los anteriores núms. 27-29, sino que se vislumbra el carácter primordialmente formal del “control judicial previo” ideado por el legislador. Porque parece que la exigencia de “resolución judicial” en los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE es entendida sin referencia a sólidos valores jurídico-materiales que se precisarían para excepcionar *ad casum* la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones. Con otras palabras: da la impresión de que la L. 11/2002 y la L.O. 2/2002 atribuyen mucha más importancia a la existencia de una resolución judicial (permisiva de la entrada en un domicilio sin consentimiento del titular o de la interceptación de comunicaciones) que a lo que debe fundamentar tal resolución.

Verdad es que la existencia de resolución judicial es el elemento explícito en el artículo 18 CE, pero resulta inaceptable la idea de que nuestra Constitución no encierre, implícitamente (pero indudablemente), lo que ha de justificar la resolución judicial que autorice excepciones a la inviolabilidad del domicilio o al secreto de las comunicaciones: parece indiscutible que, al exigir la existencia de una resolución judicial, la Constitución no estaba ni estableciendo un requisito formal ni concediendo vía libre a una completa discrecionalidad o arbitrio judicial.

41. Cabalmente llegamos así a la cuestión expresada en el subtítulo y adelantada al principio de este trabajo: ¿es un verdadero avance, en una

línea garantista de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones, este “control judicial previo” de actividades del CNI que pretendan afectar a esos bienes jurídicos?

La respuesta afirmativa parece imponerse si se acepta como base el siguiente razonamiento: hasta la L. 11/2002 y la L.O. 2/2002, el CESID (antecedente del CNI y de cualquier otro órgano o entidad semejante) venía practicando entradas y registros, así como interceptación de las comunicaciones, sin cobertura jurídica para tales actividades o, para ser más exactos, con una cobertura legal —la de las normas sobre sus funciones— manifiestamente insuficiente a la luz del artículo 18 CE. Es así que ahora las actividades del CNI que afecten a la inviolabilidad del domicilio y al secreto de las comunicaciones no se llevarán a cabo sin una previa resolución judicial que las autorice; luego, la innovación legislativa que hemos examinado supone un avance garantista enorme: el que va de no atenerse a la Constitución a ajustarse a ella.

42. Sin embargo, ese razonamiento ofrece un gran punto débil en absoluto baladí, y la consiguiente respuesta a nuestra interrogante no resulta, ni mucho menos, tan indiscutible como parece, aun si se prescinde —como ha de prescindirse aquí— de toda conjeta peyorativa acerca del comportamiento real del CNI y, por tanto, se desecha que el “control judicial previo” apenas vaya a recabarse respecto de las verdaderas actividades del citado Centro y se supone un escrupuloso cumplimiento de las tan mencionadas leyes.

El punto débil aludido consiste en el error, ya apuntado, de desdeñar el elemento jurídico-material implícito en el artículo 18 CE, justificativo de las resoluciones judiciales explícitamente previstas para autorizar, *ad casum*, las “injerencias” (utilizamos la terminología de la E. de M. de la L.O. 2/2002) en la inviolabilidad del domicilio y en el secreto de las comunicaciones. Ese elemento ha de ser tomado en consideración y comparado con los parámetros de la L. 11/2002.

43. Por eso, es preciso, ante todo, identificar el aludido elemento jurídico-material capaz de ofrecer al juzgador, para dictar una resolución judicial positiva, un fundamento *ex Constitutione*, aunque en ella no se haya explicitado, sino que se encuentre implícito. A tal fin, ocurre que la intuición, la memoria y la experiencia personales se ven confirmadas tras un detenido análisis de la génesis de la Constitución española de 1978, mediante un examen completo de los cuatro volúmenes titulados *Consti-*

tución española. Trabajos parlamentarios, editados por las Cortes Generales (2a. ed., Madrid, 1989). Y así, no parece discutible afirmar que la Constitución de 1978 está pensando en una resolución judicial dictada en el seno de un proceso y en que dicha resolución pueda autorizar la entrada y el registro de un domicilio o afectar al secreto de las comunicaciones siempre y cuando, para los legítimos fines de ese proceso concreto, tales excepcionales medidas sean consideradas necesarias por el juez del proceso de que se trate.

En las pp. 1061 a 1072 del vol. I de la citada obra aparecen las más extensas intervenciones, de distintos diputados (Castellanos Cardallia-guet, Vega Escandón, Gastón Sanz y Peces-Barba Martínez, principalmente) ante la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Pú-blicas, acerca de la inviolabilidad del domicilio. Ni uno solo de los diputados intervenientes deja entrever que la resolución judicial pueda no estar relacionada con los fines de un proceso y, más concretamente, de un proceso penal, dándose por sentado, desde luego, que la resolución judicial (o el “mandamiento judicial”, que esa era entonces la expresión del texto constitucional *in fieri*) se dicta por el órgano jurisdiccional co-rrespondiente.

En cuanto a la resolución judicial relacionada con el secreto de las co-municaciones, no se produce debate alguno en la citada Comisión y el texto aprobado en ella por unanimidad es exactamente el mismo que pre-senta el apartado 3 del artículo 18 CE. Sin embargo, tanto las enmiendas previamente presentadas como las intervenciones aludidas revelan que, para los padres constituyentes, la exigencia de resolución judicial (en lu-gar de “mandamiento judicial”) tiene los mismos fundamentos que en el caso de la inviolabilidad del domicilio.

En la Comisión de Constitución del Senado y por iniciativa de Martín-Retortillo Baquer, sólo se suscita, en cuanto a la inviolabilidad del do-micilio, la cuestión de permitir la entrada en él, aun sin consentimiento de su titular, sin resolución judicial y además de casos de delito flagrante, por “estrictas razones de auxilio a la vida, sanitarias o de calamidad”. Sánchez Agesta apoya esa propuesta sustancialmente, pero se rechaza la enmienda correspondiente (*cfr. Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. III, pp. 3425-3428). Empero, el texto del actual apartado 2 del artículo 18 sale literariamente mejorado de dicha Comisión senatorial merced a una enmienda de Cela y Trulock. Nada más decimos de los avatares cons-tituyentes porque nada más atañe a lo que tratamos. Y, desde luego, nada

más aportan los cuatro volúmenes de *Constitución española. Trabajos parlamentarios*.

44. Toda la obra legislativa que se lleva a cabo en España durante 24 años, desde 1978 hasta 2002, sigue, sin excepción alguna, el criterio de entender que la resolución judicial que permite la entrada en un domicilio, o la entrada y el registro, o la intervención de comunicaciones, ha de recaer en el seno o marco de un proceso y por necesidades de sus fines, que, sin ánimo de ser exhaustivos, suelen ser, en último término, el deber estatal de dar respuesta jurídica a la criminalidad o la tutela judicial efectiva.

Ciertamente, no es sólo el proceso penal la única sede de esas resoluciones en lo relativo a la inviolabilidad del domicilio. Además de la ya referida autorización judicial de entrada para ejecución forzosa de acto administrativo (*cfr. supra*, núm. 16 *in fine*), la entrada en un domicilio, sin consentimiento de su titular, es legítima cuando media una resolución judicial que dispone el embargo de bienes y se lleva a cabo, frecuentemente en el domicilio del ejecutado, la denominada “diligencia de embargo” (*cfr. artículos 1442, ALEC de 1881 y 587.1 y 624 LEC*) e incluso para la realización de diligencias preliminares (artículo 261, 2 y 5 LEC). También la entrega de inmuebles en el caso de ejecución de sentencias de condena en tal sentido (artículo 703 LEC) puede comportar la entrada en el domicilio sin consentimiento de su titular y precisamente para su “lanzamiento”. Cabe, asimismo, que algunas medidas cautelares, como por ejemplo el depósito de cosa mueble (artículo 727.3 LEC), exijan, para su efectividad, la entrada en el domicilio sin consentimiento de su titular y así podrá acordarlo el tribunal (artículo 738 LEC). Al juez civil le es lícito igualmente acordar la entrada en un domicilio, sin consentimiento de su titular, tanto en un proceso de incapacitación como en el procedimiento para el “internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico” (artículos 762 y 763 LEC, respectivamente). Por su parte, la L. 11/1986, de 20 de marzo, sobre patentes de invención y modelos de utilidad, prevé unas “diligencias de comprobación de hechos” (artículos 129-132 LEC) que podrían llevarse a cabo mediante resolución judicial que ordenara la entrada en el domicilio, sin consentimiento del titular.

A mi entender, este panorama de la legislación ordinaria sobre asuntos que guardan relación con la inviolabilidad del domicilio (bien jurídico a no menor altura que el secreto de las comunicaciones) es revelador de un constante entendimiento pacífico de la justificación jurídico-material que se encuentra implícita en los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE cuando

exigen “resolución judicial”. Esa justificación no es otra, insisto, que los fines de un proceso, a los que, en todo caso, tendrían que estar anudados, según un enjuiciamiento judicial concreto, alguna o algunas normas jurídicas y algunos hechos al menos acreditados, es decir, objeto de una *semiplena probatio*, que permita fundar un juicio de probabilidad (más la prestación de caución, si se tratase de medidas cautelares).

45. De modo que también cabe responder a la cuestión que encabeza este epígrafe afirmando que, hasta la L. 11/2002 y la L.O. 2/2002, la posibilidad legal —la real no depende de las leyes— de afectar negativamente la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones era notablemente menor que la que existe desde las citadas leyes. En otros términos: hasta esas leyes, el domicilio y el secreto de las comunicaciones estaban a salvo excepto si en el seno o marco de un proceso recaían resoluciones judiciales, que, a su vez, habían de estar justificadas en la necesidad de hacer efectiva la tutela judicial o de garantizar que pudiese otorgarse en su momento o, tratándose de procesos penales, en la necesidad de cumplir los fines de dichos procesos. En cambio, desde las tan repetidas leyes, los “intereses económicos nacionales” o el “bienestar de la población”, etcétera, invocados por una autoridad política y admitidos por un magistrado, permiten la interceptación y conocimiento de toda clase de comunicaciones y la entrada y registro de un domicilio sin consentimiento de su titular (y sin delito flagrante e incluso sin delito).

Diríase, en suma, que, contra la primera impresión, la L. 11/2002 y la L.O. 2/2002, relativas, respectivamente, al “Centro Nacional de Inteligencia” y al “Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia”, constituyen una clara regresión desde el punto de vista de las garantías de los bienes jurídicos que, cabalmente, esas leyes han querido proteger con más intensidad.

Quizá se insista en pretender impugnar lo que acaba de ser afirmado con el argumento ya expuesto *supra*, núm. 41, párrafo segundo, a saber: que antes de las repetidas leyes no había resolución judicial autorizante de las “injerencias” y que, desde esas leyes, la habrá. Y, por tanto —se añade—, el presente y el futuro son mejores y más acordes con la Constitución que el pasado.

La insistencia en ese argumento merece ampliar dos objeciones ya apuntadas: la primera deriva de la misma base del argumento: había “injerencias” de los servicios de inteligencia sin autorización judicial y no esporádica o excepcionalmente, sino de modo habitual o frecuente. Cuando

se parte de la base de una habitual o frecuente actuación gravemente ilícita de órganos del Estado, se abre la puerta a la suposición de que pueda seguir dándose esa misma actuación ilícita, porque —no existiendo control *ex post* sobre entradas, registros e intervención de comunicaciones— es más fácil y expeditivo actuar sin autorización judicial y porque cabe que, en más o menos casos, no se esté en condiciones de redactar solicitudes dirigidas al magistrado que se ajusten mínimamente a la ley, o porque el CNI considere necesarias para desarrollar sus funciones legales algunas actividades de las que no quiera ofrecer ni siquiera una mínima base documental, constituida por la misma solicitud.

La segunda objeción, tributaria de consideraciones ya expuestas (*supra*, núms. 42 y 43), consiste en subrayar la sobrevaloración desmesurada de la “resolución judicial” y la correlativa infravaloración de los parámetros jurídico-materiales a los que esa resolución ha de ajustarse. Esa sobrevaloración resulta tanto más excesiva cuanto más escaso —por calificarlo eufemísticamente— es el conocimiento y el control de la realidad que, por lo que se ha visto en este trabajo, incumbe al magistrado. Si se atiende a los elementos jurídico-materiales y, por tanto, se comparan las ya expuestas justificaciones de esa misma índole para la entrada y registro domiciliarios y la intervención de las comunicaciones, antes y después de la L. 11/2002 y la L.O. 2/2002, resulta innegable que ahora, tras esas leyes, es menor la protección legal de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones.

46. Todo lo que se acaba de decir equivale a afirmar que, al elaborar y aprobar las citadas leyes, los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE han sido interpretados en sentido restrictivo de los bienes jurídicos consagrados en esos preceptos constitucionales (inviolabilidad del domicilio y secreto de las comunicaciones, respectivamente). Rehusó formular un juicio de inconstitucionalidad, no por temor a incorrección política, sino porque tal juicio, además de no estar exento del riesgo de errar, nada añadiría al análisis de la novedad legislativa objeto de este trabajo. Pero considero incontestable que dicha novedad resulta paradójicamente regresiva desde el punto de vista de las garantías de dos derechos fundamentales, y equivale a una reducción de su contenido esencial. Interponer entre los planes y los hechos del CNI una resolución judicial autorizante de “injerencias” en la inviolabilidad del domicilio o en el secreto de las comunicaciones no compensa la consagración de una innegable ampliación legislativa de la justificación jurídico-material de esas “injerencias”.

Lo que era delictivo (*cfr.* STS núm. 367/2001, de 22 de marzo de 2001: RJ 2001\1357) deja de serlo si media una autorización judicial. Pero, si bien se mira, ¿qué avance es ese si se prescinde de lo que puede fundamentar en buen derecho la autorización judicial? Prescindiendo del fundamento de la resolución, no sólo no hay avance alguno, sino que puede haber una sacratización judicial de lo ilícito. Por eso, lo relevante y decisivo es que, a partir de la L. 11/2002 y L.O. 2/2002, los intereses económicos nacionales, el bienestar de la población, la estabilidad de las instituciones, etcétera, se han añadido a las hasta entonces muy escasas justificaciones de la entrada y registro de un domicilio sin consentimiento de su titular y de la intervención de las comunicaciones. Y no se diga que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales *permite* —que no *exige*— tal ampliación de causas legales justificativas de “injerencias” en los citados bienes jurídicos, porque lo importante es que las permita una acertada interpretación de nuestra Constitución. Como ya he anunciado, no quiero afirmar rotundamente que nuestra Constitución es contraria a esa ampliación de causas legales. Lo que sí afirmo, pareciéndome indiscutible, es que la interpretación o “lectura” de los apartados 2 y 3 del artículo 18 CE ha cambiado con las tan repetidas leyes y, desde luego, no ha cambiado en un sentido garantista.

47. En el plano no ya del análisis técnico-jurídico, sino de la prudencia y, más concretamente, de la prudencia legislativa, consideradas todas las características del “control judicial previo”, atendido el posible alcance del control parlamentario del CNI (artículo 11, L. 11/2002), que no se extiende al conocimiento del ejercicio del “control judicial previo”, y ponderados otros elementos, me inclino decididamente a lamentar la innovación legal objeto de estas páginas. Los escasos e inciertos beneficios del “control judicial previo” establecidos en la L. 11/2002 y en la L.O. 2/2002 me parece que no compensan una consecuencia cierta y segura de esas leyes, que es la “relectura” no garantista del artículo 18.2 y 3 CE y la menor protección legal de la inviolabilidad del domicilio y del secreto de las comunicaciones. Pienso, sí, que el “remedio” ha sido, muy probablemente, peor que la “enfermedad”.