

# SECRETOS DE ESTADO Y CONSTITUCIÓN

Enrique Álvarez Conde

Catedrático de derecho constitucional

## I. Introducción

La superación del secreto, de lo desconocido, ha sido una constante en toda la historia de la humanidad. El progreso, el avance, la cultura y la liberación de la misma siempre han estado ligados al éxito de la aventura del conocimiento: el paso de lo ignorado o desconocido a lo conocido. El mitos y el logos han sido instrumentos (irracional y racional respectivamente) de reducir lo desconocido. El secreto existe para ser desvelado.

La existencia de secretos de Estado no deja de plantear problemas de diversa índole jurídica y política que nos recuerdan la paradoja del «temor del príncipe o el temor al príncipe». Parece comúnmente aceptado que el Estado democrático se dote de instrumentos adecuados para garantizar su supervivencia y estabilidad, razón por la cual ningún recelo debería suscitar la existencia de un instrumento como el secreto de Estado. Sin embargo el «temor del príncipe», que es el origen de dicho establecimiento, puede convertirse en un «temor al príncipe», cuando el instrumento creado, por su naturaleza, escapa a los medios ordinarios de acceso por parte de los ciudadanos a los instrumentos del poder. Esta paradoja, que no es un caso aislado en el mundo del derecho, donde es frecuente la existencia de colisión de normas, colisión de derechos, colisión de deberes y situaciones de estado de necesidad, que suelen solucionarse

mediante la utilización de principios como los de especialidad, subsidiariedad, ponderación y análisis de los bienes en juego, debe resolverse en el sentido de convertir este «temor al príncipe» en confianza y aceptación.

Hoy día constituye una preocupación social básica, que debe ser objeto de la correspondiente solución jurídica y política por parte de los poderes públicos, la existencia de un proceso, de una resolución judicial que declara pertinente y acuerda la práctica de una prueba consistente en la aportación de un documento o documentos que contienen un secreto de Estado. ¿Cuál es el procedimiento que debe utilizar el juez o tribunal? ¿Es precisa la previa desclasificación de la información? ¿Es legítima la decisión de la autoridad competente que niega o impide el acceso o la aportación al proceso? ¿Qué derechos entran en colisión? ¿Cuál es el preferente? ¿Cómo se articula en esta materia el principio de colaboración entre los poderes públicos?

Estas y otras cuestiones que pudieran plantearse parecen producir una cierta perplejidad dado el contenido normativo de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de secretos oficiales, desarrollada por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero y, posteriormente, modificada por la Ley 48/978, de 7 de octubre. Dicha norma, en relación con la cual, y por ser previa a nuestra Constitución, debe tenerse en cuenta el principio *tempus regit actum*, contiene una regulación unidireccional, cuidando sólo de establecer las materias o conocimiento intelectuales a los que califica de secretos, el procedimiento para su clasificación, y las autoridades competentes para declarar el secreto; y, por tanto, no resuelve adecuadamente la posible colisión entre secretos de Estado y el derecho a tutela judicial efectiva.

Al propio tiempo, su existencia plantea una serie de interrogantes en torno a su derogación o no por la Constitución, (lo que produce, a su vez, la consecuencia de que cualquier juez, por entenderlo así, fundamente sus resoluciones en la inexistencia de norma que regule esta materia, lo que no dejaría de tener efectos ciertamente perversos: «temor del príncipe»); su posible inconstitucionalidad sobrevenida y su adecuación o no al principio de seguridad jurídica. Pero lo cierto es que ningún órgano legítimo lo ha entendido así y ni siquiera se ha producido el planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad alguna (aunque probablemente ello se deba a la dificultad de plantear la misma en razón del momento procesal en que se encuentran las actuaciones judiciales, o incluso, al hecho de existir un convencimiento de que se pueden producir actos aplicativos de la norma acorde con su regulación y con la Constitución).

Es cierto que el secreto de Estado no está prohibido por la Constitución (art. 105), lo cual no quiere decir, por otro lado, que exista un derecho al secreto de Estado, pues nuestra norma fundamental únicamente se refiere al secreto de las comunicaciones en el art. 18.3. y al secreto profesional constitucionalizado en los arts. 20.1. d) y 24.2., ni que estemos

en presencia de un precepto habilitante para excepcionar el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos. Pero no cabe duda de que el ordenamiento jurídico que de ésta dimana es muy distinto al existente en el momento de la promulgación de la Ley de secretos oficiales, pudiendo, asimismo, encontrarse fundamentos constitucionales suficientes para proteger intereses públicos relevantes mediante la institución del secreto de Estado. Recordemos, a este respecto, las palabras del propio Santi Romano sobre la permanencia de las normas y el cambio de ordenamiento jurídico.

En el fondo de la cuestión subyacen una serie de cuestiones doctrinales desde las cuales es preciso partir y sobre las que ya se ha pronunciado nuestra jurisprudencia constitucional. En efecto, la solución de la paradoja apuntada debe tener en cuenta:

a) Los principios constitucionalizados en el art. 9.1 CE., entre los que hay que destacar el principio de constitucionalidad, el de seguridad jurídica, y el de interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos.

b) La posición constitucional de los derechos fundamentales y libertades públicas, teniendo en cuenta el carácter preferente de los mismos, así como la posible colisión entre determinados derechos fundamentales (la libertad de expresión y el derecho a la información, la tutela judicial efectiva, el derecho a utilizar los medios de prueba, etc.), así como entre éstos y los bienes constitucionalmente protegidos.

c) La propia posición constitucional, en base al principio democrático, de los poderes públicos, especialmente del Gobierno, de la Administración pública y del Poder Judicial, así como el régimen jurídico de sus actos, con especial referencia a la teoría del acto político, a la compatibilidad entre la investigación parlamentaria y la judicial, y al significado del principio de publicidad que, como una de las consecuencias de todo Estado de derecho, ha de informar, como regla general, toda la actuación de los poderes públicos.

Todo ello teniendo en cuenta que la legitimidad y aceptabilidad de los secretos de Estado no puede ser desconocida, pues estamos en presencia de una institución generalizada entre los estados y las organizaciones internacionales. Así lo revelan el propio Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Públicas Fundamentales de 1950, donde se prevee la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias en una sociedad democrática para preservar la seguridad nacional (arts. 10.2. y 11.2.); determinados preceptos de los tratados constitutivos de la Comunidad Europea (arts. 47 CECA, 24 a 27 y 194 y 217 CEEA, 38 y 235 CEE), así como diferentes normas relativas al estatuto de los funcionarios públicos, a las diversas modalidades de secreto profesional o de empresa, a los secretos estadísticos, etc.

El fundamento de los secretos de Estado ha radicado, en todo tiempo y lugar, en la necesidad de proteger la existencia misma del Estado. Aunque es cierto que de nuestra Constitución se desprende un principio general de publicidad de la actuación de los poderes públicos (arts. 9, 20, 24, 76, 80, 120...), también lo es que la propia norma fundamental limita el libre acceso por los ciudadanos a las informaciones en poder de las administraciones públicas cuando afecte a la averiguación de los delitos y a la intimidad de las personas (art. 105. b). Como destacó el Defensor del Pueblo en su Informe General a las Cortes Generales correspondiente a 1995, lo que en ningún caso resulta admisible desde los parámetros constitucionales es que los límites derivados de ese interés se conviertan en absolutos, hasta el punto de impedir todo control jurisdiccional sobre las materias clasificadas como secretas en aras de esa supuesta seguridad nacional, creando así una zona de inmunidad a la actuación judicial contraria a los derechos de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de la Constitución.

El secreto de Estado únicamente es tolerable cuando se presenta en términos rigurosamente excepcionales y vinculados a la defensa de un manifiesto interés público. Es constitucional, legal y lícita la existencia de secretos oficiales, aunque la ley debe limitar esos supuestos que afectan a la seguridad del Estado.

## 2. Algunas referencias al derecho comparado

Todos estos planteamientos teóricos, y otros más que pudieran hacerse, deben ser analizados a la luz de las experiencias que nos ofrece el derecho comparado, el cual, por otra parte, no puede ser concebido como paradigma que solucione los problemas planteados en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir, no debe pretenderse nunca la importación sistemática de modelos foráneos, pues ninguno de ellos ofrece soluciones globales aceptables, planteando, en muchos casos, problemas similares al nuestro, pues como nos recuerda Santolaya, «la definición corresponde al Ejecutivo, su virtualidad es potencialmente absoluta frente a un juez y los órganos parlamentarios y, en consecuencia, en caso de conflicto su opinión prevalece sobre la posibilidad de actuación judicial, y sólo excepcionalmente, y a través de procedimientos especiales, no lo hace frente al Parlamento». Posición ésta que, además, se ha visto corroborada por la jurisprudencia de los diferentes países.

En efecto, como ha indicado Lavaveissière, «conciliar la necesidad existente de preservar zonas de confidencialidad con la exigencia legítima, en un Estado de derecho, de un control de su uso, no es en absoluto sencillo. Hasta tal punto hay que constatar que ninguna legislación lo ha

conseguido, que es posible preguntarse si existe tal punto de equilibrio. Todo el mundo es consciente de que un control excesivamente estrecho no puede sino conducir a la negación pura y simple del secreto. Sin embargo, por el contrario, no se pueden ignorar los riesgos que conlleva permitir a la Administración ocultar ciertas informaciones en nombre de un pretendido interés superior del Estado totalmente inverificable».

Esta problemática, que se puede apreciar en diferentes estudios de derecho comparado, es común en relación al tratamiento dado a los secretos de Estado. En primer lugar, indicar que aunque en algunos supuestos la regulación dada se remonta a fechas tan remotas como 1766 (Ley sueca) o la conocida sentencia estadounidense *Marbury vs. Madison* de 1803, en las que se reconocía que el Gobierno podía ocultar información a los jueces por razón del secreto. Desde entonces hasta hoy día se ha ido restringiendo ese marco de actuación del Ejecutivo al margen del control judicial y dentro del principio de control democrático.

Con carácter general, aunque se ha aceptado el control del Parlamento en relación a los secretos de Estado, tal aceptación no existe en las relaciones en esta materia entre el Gobierno y el Poder Judicial. Ello es así porque a través del control parlamentario, con procedimientos restringidos, se sigue garantizando el secreto de las informaciones que son dadas a conocer al Parlamento, frente a los principios de publicidad y contradicción que rigen la actuación de los jueces.

En el caso de **Alemania**, como es sabido, el art. 5 de la Ley fundamental de Bonn garantiza la libertad de información con los únicos límites establecidos «por las prescripciones de las leyes generales». Sin embargo, en el ordenamiento jurídico alemán existe una pluralidad de disposiciones que se refieren a esta materia, no existiendo una disposición unitaria que regule el secreto de Estado, pudiendo afirmarse que la tensión entre el secreto de Estado y el derecho a la información se ha hecho patente en este país, habiéndose producido importantes sentencias por parte del Tribunal Constitucional, como fue la producida con motivo del mandato de registro del periódico *Der Spiegel*.

Así, la Ley de funcionarios federales, de 27 de febrero de 1985, obliga a los funcionarios a mantener secreto de los asuntos de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su actividad oficial, de manera que «el funcionario no podrá dar testimonio ni declarar sobre estos asuntos ni ante un tribunal ni extrajudicialmente sin haber sido autorizado para ello. La autorización la dará su superior jerárquico» (art. 61). Además, el art. 54 de la Ley de enjuiciamiento criminal declara aplicable la necesidad de autorización del superior jerárquico cuando se trate de tomar declaración como testigos a funcionarios en relación con circunstancias a las que se refiere su obligación de mantener el secreto profesional y de utilizar sus declaraciones.

Por tanto, en virtud de ambos artículos, se impide la declaración testimonial de funcionarios y la entrega de documentos cuando así lo determine el Ejecutivo por estimar que ello puede afectar a la seguridad del Estado. Sin embargo, tanto la doctrina alemana como la jurisprudencia del Tribunal Federal Constitucional, especialmente en su Sentencia de 26 de mayo de 1981, destacan la necesidad de ponderar el interés del secreto oficial y el de la tutela judicial efectiva, teniendo en cuenta la gravedad del delito y el alcance de los perjuicios que se puedan ocasionar a la parte recurrente.

En todo caso, el Gobierno puede excluir el control parlamentario en virtud de la Ley de control parlamentario sobre las actividades del Servicio Secreto del Estado, de 27 de mayo de 1992, ya que puede negarse a dar información sobre ciertos procedimientos, justificando su negativa ante la Comisión Parlamentaria de Control.

En Francia, al no existir una clara delimitación jurídica en torno al secreto de Estado, la Administración ha podido hacer uso frecuente de sus facultades discrecionales. Sin embargo, en los últimos años se han aprobado una serie de disposiciones que han alterado la situación anterior.

Así, mediante el Decreto núm. 81-514, de 12 de mayo, relativo a la organización de la protección de los secretos y de las informaciones concernientes a la defensa nacional y a la seguridad del Estado, se han tipificado las diversas clases de secretos. Por su parte, el art. 10 de la Ordenanza de 4 de febrero de 1959, que regula el Estatuto de los funcionarios, les somete a una obligación general de secreto profesional, del que no pueden desligarse sino es con autorización de sus respectivos ministros, obligación que es oponible frente al juez, como se ha visto posteriormente confirmado con sucesivas decisiones del Consejo de Estado, especialmente el asunto del «Canard Enchaîne». En efecto, el 29 de agosto de 1974, el Consejo de Estado emite dos «Avis», en los que señala que si bien los funcionarios deben atender a los requerimientos judiciales, sin embargo, al ser detentadores de un secreto de defensa nacional, tenían la obligación de no divulgar las informaciones, protegidas incluso frente a la jurisdicción.

Además, en virtud del art. 7 de la Ordenanza de 17 de noviembre de 1958, las comisiones de investigación y de control del Parlamento tienen impedido el acceso a secretos que se refieran a la defensa nacional, los asuntos exteriores y la seguridad interior o exterior del Estado.

Sin embargo, más recientemente, y a raíz del denominado «caso de las escuchas telefónicas», el ministro francés de Defensa Alain Richard, presentó el 17 de diciembre de 1997 un proyecto de ley que regulará el acceso judicial a los documentos clasificados como «secreto de defensa», todo ello a favor de la transparencia y para evitar los problemas surgidos en esta materia. Hasta ahora, cuando un juez solicitaba este tipo de in-

formación sobre materias reservadas su concesión dependía de la decisión que tomara, a este respecto, el primer ministro.

En el proyecto de ley se proponía crear una comisión independiente, formada por tres personalidades a las que el primer ministro deberá preceptivamente someter a consulta el levantamiento de un secreto de defensa, intentado con dicha comisión conciliar las responsabilidades del Estado en materia de seguridad con la búsqueda de la verdad por parte de los jueces.

En cuanto a la formación de la comisión, su presidente sería el responsable de la Comisión Nacional de Control de Seguridad (CNIS), y los otros dos miembros serán escogidos por el presidente de la República entre seis nombres previamente seleccionados por los presidentes del Tribunal Supremo, del Tribunal de Cuentas y del Consejo de Estado, es decir, los máximos representantes de las tres jurisdicciones vigentes en Francia.

El dictamen de la comisión no será vinculante, aunque deberá hacerse público en un plazo máximo de dos meses tras la petición judicial. Por otra parte, al tratarse de una omisión con poderes de investigación ilimitados, el posible demandante tendrá la garantía de que la excepción de secreto de defensa sólo será esgrimida cuando esté plenamente justificada.

En Italia, el secreto de Estado se caracteriza por la falta de una normativa que permita al ciudadano conocer las motivaciones de la actuación de los poderes públicos. Así pues, rige el principio de *non cognoscibilità* o *non publiccità* de los documentos, si bien, como señala la doctrina italiana, dicho principio no coincide con el de *segretezza*, porque mientras este último implica una obligación de no divulgar la información, obligación que si no se cumple puede ser objeto de sanción penal, y/o administrativa, el primero supone únicamente la inexistencia de una obligación positiva de hacer pública la información.

El art. 12 de la Ley 801/1977, sobre institución y orden de los servicios para la información y la seguridad y la disciplina del secreto de Estado, establece que están cubiertos por el secreto de Estado «los actos, los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para provocar daño a la integridad del Estado democrático, incluso en relación a los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado en relación a otros estados y a sus relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa militar del Estado».

Con posterioridad, la Ley de 7 de agosto de 1990, que regula el derecho de acceso a los documentos administrativos, excluye «los documentos protegidos por el secreto de Estado en el sentido del art.12 de la Ley 801».

Además, la Corte en 1986 ha cerrado la única vía constitucionalmente posible para combatir la decisión del presidente del consejo, al declarar inadmisibles los conflictos de atribuciones entre órganos constitucionales planteado por un juez instructor de Florencia contra el presidente del consejo ante la oposición del secreto por este último a las pretensiones judiciales de investigar determinadas fuentes de los servicios secretos del Ministerio de Defensa (SISMI), lo que confirma definitivamente que la facultad para oponer el secreto de Estado impidiendo la continuidad de la acción penal se encuentra en manos del presidente del Ejecutivo, sin que exista vía alguna que permita el enjuiciamiento de los órganos judiciales.

No obstante, la Ley 801 sí prevé el control parlamentario al establecer en su art. 16 que en cada ocasión en que el presidente del consejo confirme la oposición del secreto de Estado está obligado a enviar una comunicación motivada a un comité parlamentario (art. 11 de la ley), formado por cuatro senadores y cuatro diputados elegidos por los presidentes de las cámaras de acuerdo a criterios de proporcionalidad y vinculados por el secreto. Si el comité considera infundada por mayoría absoluta dicha calificación, «se lo hará saber a cada una de las cámaras para las consecuentes valoraciones políticas». Desde el inicio mismo de sus actividades este comité ha optado por adoptar un papel activo en relación a las comunicaciones que le envía el Gobierno.

Tradicionalmente el Reino Unido ha sido considerado como *the country of administrative secrecy*. Ello, quizás sea debido a la propia singularidad del ordenamiento británico, pues en virtud del «Common Law Evidentiary Privilege», cuando la Corona es parte de un procedimiento o tiene interés en el mismo, puede usar su prerrogativa y rechazar la entrega de cualquier documento en el caso de que estime que la entrega es perjudicial para el interés público. Es decir, los ciudadanos, en principio, no tienen acceso a la información administrativa, siendo la finalidad de la legislación vigente la de favorecer el secreto. La primera Ley británica de secretos oficiales es de 1911, posteriormente modificada en diversas ocasiones.

Por otra parte, el propósito tanto de la Ley de secretos oficiales, como de la Ley del Servicio de Seguridad, ambas de 1989, es proteger la información que, de acuerdo con el interés público, no debe ser desvelada. Como consecuencia de ello, la responsabilidad por desvelar información no autorizada no se limita a los funcionarios o altos cargos, sino que se extiende a cualquier persona, incluidos periodistas y editores. Como han señalado entre nosotros Revenga y Santolaya, las reformas de 1989 presentan un indudable interés, tanto por tratar de huir de los medios clásicos de control democrático mediante el establecimiento de una serie de controles internos que tratan de garantizar los intereses en juego.

Es más, la Ley del Servicio de Seguridad huye de los medios clásicos de control democrático de la actividad de este tipo de servicios, es decir, del Parlamento y del Poder Judicial, siendo sustituidos por controles internos, pues se afirma que no puede abrirse el círculo de personas que tengan acceso a la información sin estar sometidos a los mecanismos de secreto, sin riesgo de la propia seguridad nacional. Por ello, se rechaza cualquier intervención parlamentaria en la materia, salvo la información que recibe de forma convencional el jefe de la oposición directamente del primer ministro.

La ley prevé el nombramiento de un comisionado, una persona que ostente o haya ostentado un alto cargo judicial, que revisará la autorización de operaciones de acuerdo con las prescripciones de la Ley del Servicio de Seguridad y presentará un informe anual al primer ministro, así como un «tribunal» que investigará las quejas acerca del servicio presentadas por cualquier persona afectada, y que puede conceder indemnizaciones. No hay, pues, ningún derecho a apelar o a cuestionar, ante cualquier juez o tribunal las decisiones del «tribunal» o del comisionado (art. 5,4 de la ley).

El efecto de esta regulación, de hecho es colocar a los servicios de Seguridad e Inteligencia fuera del control democrático. Por esta razón, y cumpliendo una de sus promesas electorales, el Gobierno de Tony Blair hizo público, el 11 de diciembre de 1997, los planes de su Administración para llevar a cabo una ley de libertad de información de gran alcance, destinada a acabar con «la tradicional cultura del secreto del gobierno». En un Libro blanco, que promueve la idea de acceso a la información oficial, el Gobierno de Blair ha manifestado el derecho a saber lo que hacen los organismos gubernamentales.

El texto señala que el público debe tener acceso a documentos relevantes en manos de las autoridades, excepto en el caso de que su publicación provocase un «daño sustancial». No obstante, se señalan siete áreas que continuarán siendo protegidas por la máxima reserva obligatoria, incluso cuando entre en vigencia el plan «Tenéis Derecho a Saber»: la cuestión de la seguridad nacional, los temas de defensa, los servicios de policía, la privacidad personal, la confidencialidad en el mundo del comercio, la seguridad pública y del ambiente y, finalmente, el amplio ámbito de la información suministrada confidencialmente.

En los **Estados Unidos** la regulación del secreto ha estado ligada a acontecimientos de carácter bélico (Segunda Guerra Mundial, Guerra de Corea...). Se distingue entre alto secreto, secreto y confidencial, teniendo como criterios determinantes el riesgo para la defensa nacional o para la política exterior del país. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha confirmado las potestades del Poder Ejecutivo y las facultades del control judicial sobre las mismas.

En cuanto al desarrollo legislativo habría que mencionar la National Security Act de 1947, la Executive Order de 1951, la Freedom Of Information Act de 1966 (que crea la FOIA, Freedom of Information Clerarin House), reformada en 1974 y 1976, la Classified Information Procedures Act de 1980 y el reconocimiento de libertad de expresión contenida en la Primera Enmienda, que ha sido frecuentemente invocada en los casos más conocidos («Papeles del Pentágono» en 1971).

Después de la Segunda Guerra Mundial el recurso al secreto de Estado adquirió enormes proporciones, permaneciendo inmunes a los requerimientos de los tribunales y denegándose el análisis *in camera* de modo reiterado. Tras el caso de los «papeles del Pentágono», se desarrollaron nuevos instrumentos de control, consistentes en límites a la autorregulación, provenientes del propio Poder Ejecutivo (United States Intelligence Activities de 1976); controles parlamentarios, con la incorporación de notables avances (Foreing Intelligence Surveillance Act de 1978, Ley de 1991, sobre actuación de las comisiones parlamentarias); controles de carácter financiero, mediante la limitación de los fondos del Poder Ejecutivo, sin que los controles estrictamente judiciales hayan experimentado un desarrollo adecuado.

Tras este somero análisis y tras evidenciar que la materia de secretos de Estado recibe diferentes respuestas en los ordenamientos procesales y en los sistemas judiciales comparados, se puede afirmar que sí tienen en común que en ninguno de ellos se produce necesariamente la desclasificación formal de aquéllos cuando afectan a la seguridad del Estado, sino que permaneciendo como tales, los jueces o tribunales tienen acceso a los mismos, como medio de prueba o como objetivo de investigación, cuando así se decide definitivamente una vez agotados los recursos o procedimientos legalmente previstos, siempre que la Administración pública que los custodia se oponga a su entrega.

Como ha indicado Fulvio ROCCO, de forma generalizada «la constitucionalidad del secreto de Estado se traduce en la prohibición a la autoridad judicial de controlar la licitud de las conductas que se refieren a las exigencias de seguridad del Estado que, por su absoluta preeminencia, se imponen a la propia obligatoriedad del ejercicio de la acción penal».

### 3. El contenido de la futura Ley de secretos de Estado

Desde estas perspectivas debe ser analizada la necesaria reforma de la actual Ley de secretos oficiales. Y es que hoy resulta cada vez más necesario la regulación de esta materia en una nueva ley de secretos de Estado que, junto a las reformas procesales que se estimen necesarias y, teniendo en cuenta las experiencias del derecho comparado, aborde claramente toda una serie de cuestiones.

Antes de abordar éstas, es necesario poner de manifiesto que, a lo largo de estos últimos años, y por razones políticas por todos conocidas, se han producido una serie de decisiones jurisprudenciales de nuestro Tribunal Supremo, así como la elaboración de determinados borradores o anteproyectos de ley que han abordado, de alguna manera, la problemática de los secretos de Estado, razón por la cual se hace necesario su análisis.

Con motivo de la interposición de tres recursos contencioso-administrativos de protección de derechos fundamentales contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accede a la desclasificación de determinados documentos, la Sala Tercera de nuestro Tribunal Supremo dictó, el 4 de abril de 1997, tres sentencias mediante las cuales se ordenaba al Gobierno que procediera a la cancelación como materia secreta de la mayor parte de los documentos solicitados y a su entrega al juzgado solicitante. Estas sentencias, que contienen importantes votos particulares suponen, evidentemente, un control judicial del acto de clasificación de materias reservadas, pero a nuestro criterio, la doctrina contenida en ellas no puede ser concebida como un sustitutivo de una futura y necesaria ley de secretos de Estado. Y ello por varias razones:

a) Las sentencias se dictan como consecuencia de un proceso judicial determinado, es decir, ante la interposición de tres recursos contencioso-administrativos contra un Acuerdo del Consejo de Ministros. Así pues, las mismas deben limitarse, en base al principio de congruencia, al objeto del recurso, no incidiendo en buena parte de la problemática inherente a los secretos de Estado. Y es que, al no encontrarnos en presencia de un proceso penal, que es donde adquiere su plena vigencia dicha problemática, difícilmente la Sala Tercera podía abordar todas las cuestiones que pueden plantearse.

b) Las sentencias se dictan, además, sin una base procesal suficiente, lo cual constituye una razón de más para proceder a la elaboración de la referida Ley de secretos de Estado que, junto a cuestiones de carácter sustantivo o material, debe también prever, los cauces procesales correspondientes para el necesario y adecuado control judicial.

Si bien la Ley de secretos oficiales restringe la publicidad del material declarado secreto, hasta el punto de que únicamente se permite el acceso al Congreso de los Diputados, al Senado y al Defensor del Pueblo en las condiciones que la propia ley fija, con estas sentencias, se ha admitido que los órganos judiciales conozcan sobre la validez del acuerdo denegatorio de desclasificación, alegando la superioridad del interés judicial en la averiguación de la verdad material sobre la seguridad o defensa del Estado.

Queda así configurado como tema central de este proceso y de todos los estudios y análisis que aparecieron con posteridad el determinar los límites de la potestad jurisdiccional para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos.

Previamente, en Sentencia de 28 de junio de 1994, el Tribunal Supremo había fijado su postura en relación con la existencia de actuaciones imputables al Poder Ejecutivo no controlables por los órganos del Poder Judicial, tras analizar el art. 97 de la Constitución y su relación con el art. 106.1, argumentando la admisión de una actividad política del gobierno no sujeta a revisión judicial. El art. 97 enumera las funciones que competen al Gobierno, entre ellas, dirigir la política interior y ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, con la diferencia de que mientras las últimas están sujetas al control de los tribunales, de acuerdo con lo establecido en el art. 106.1 de la Constitución, de su gestión política, como señala el art. 108, el Gobierno responde solidariamente ante el Congreso de los Diputados.

La clara posición jurisprudencial sobre la admisión de una actividad política del Gobierno se complica y origina auténticos problemas cuando es preciso aplicarla a cada caso concreto, porque entonces entran en juego principios y normas constitucionales de ineludible acatamiento, que presionan a favor de su restricción.

Entre estos principios y normas nos encontramos con el art. 24.1 de la Constitución, en el que se consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva, derecho que parece, en principio, incompatible con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. La aprobación definitiva de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, parece ofrecernos una solución definitiva en su art. 2 a).

Como reiteradamente ha puesto de relieve el Tribunal Constitucional (Sentencia 110/1995, de 4 de julio), del reconocimiento del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa en el art. 24.2 de la Constitución no se deriva necesariamente «que la temática probatoria no pueda estar afectada ni protegida dentro del derecho a la tutela judicial efectiva por el párrafo 1 del art. 24 de la Constitución Española».

Entrando ya en la problemática de este asunto, en la primera decisión tomada al respecto, el Tribunal de Conflictos declaró en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995 la competencia del Ministerio de Defensa para resolver sobre la entrega de los documentos, informaciones y relaciones personales objeto de los requerimientos.

En su fundamento jurídico quinto y último indicaba que «el juez de Instrucción que considere necesarios, a los fines de la investigación su-

marial, determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él, por medio de exposición razonada –art. 187 de la Ley de enjuiciamiento criminal– al objeto de que la traslade al órgano competente –Consejo de Ministros– y éste pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia».

Es por todo ello que en las sentencias de 4 de abril de 1997, el Tribunal Supremo indica, desde un primer momento, que los actos de clasificación merecen la calificación de actos políticos (o de «dirección política» como se indica en las sentencias), al igual de los de desclasificación.

Precisamente, una de las cuestiones planteadas al Consejo de Estado y objeto de su Dictamen de 18 de julio de 1996 se refería al régimen jurídico que correspondería a la decisión del Consejo de Ministros de cancelar la calificación como «materia clasificada». Este dictamen diferencia los siguientes modos de expresión de la voluntad del Gobierno: actos de gobierno, actos administrativos y disposiciones generales, aunque establece unos criterios comunes a todos ellos: «Todos los acuerdos del Consejo de Ministros, cualquiera que sea la forma que adopten, ya tengan contenido normativo o no, ya sean de gobierno o administrativos, están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, como toda la actividad de los poderes públicos (art.9.1 CE) ... Los actos a través de los cuales el Gobierno ejercita sus funciones están regulados jurídicamente, no son actos exentos o vacíos de derecho.»

De ello deduce el Consejo de Estado que, cualquiera que sea la naturaleza del acto, siempre existen ciertos elementos reglados, aun cuando el fondo del acto pueda tener un contenido discrecional; en este supuesto, consideran elementos reglados, la competencia que corresponde al Consejo de Ministros, así como la forma expresa y motivada del acuerdo, concluyendo: «Por lo que se refiere a la falta de afectación a la defensa nacional y seguridad del Estado, que es presupuesto esencial para la desclasificación de un documento, el Consejo de Ministros goza de un amplio margen de discrecionalidad que, naturalmente, coexiste con la interdicción de la arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o para fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional. Y parece claro que en la clasificación como secreto de un determinado documento o materia o en su desclasificación –siendo como son actos jurídicos– están presentes, siempre, aspectos políticos susceptibles de valoraciones mudables en el tiempo y cuya apreciación, por tanto, puede variar al hilo de las circunstancias concurrentes».

Siguiendo esta argumentación, el Tribunal Supremo constató la adecuación a derecho de los elementos reglados del acuerdo del Gobierno, asegurando que «la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso acreedora a su calidad de secreta», lo que suponía reconocer, sin duda, que los documentos objeto de análisis afectaban a la seguridad y defensa del Estado y merecían, pues ser clasificados como secretos. Sin embargo, este reconocimiento resulta, cuando menos contradictorio, con la estimación del recurso en relación a varios de los documentos cuya desclasificación fue denegada, tomando como base los arts. 9 y 24.1 de la Constitución e introduciendo un nuevo concepto, «jurídicamente asequible», haciendo referencia a los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse los actos de dirección política.

Como señala en su voto particular el magistrado Ledesma Bartret, no se indica cuáles son los conceptos judicialmente asequibles que el acuerdo ha aplicado o ha interpretado de modo contrario a derecho y tampoco se exponen aquellos elementos que demuestran que la seguridad del Estado no se ve afectada por la desclasificación. Esto supone ir más allá de lo judicialmente posible, puesto que sustituye el criterio del Consejo de Ministros por el del Tribunal y ello, tras aceptar la propia sentencia que el gobierno ejerció funciones de dirección política y que el contenido de la información clasificada era acreedora a la calificación de secreta.

También en voto particular el magistrado Peces Morate alegaba que «a través del complejo y singular sistema aplicado ni se protege mejor la seguridad del Estado ni se salvaguardan más eficazmente los derechos a usar los pertinentes medios de prueba y a la efectiva tutela judicial, sino que, por el contrario, se ha desarrollado un intrincado proceso perturbador de la claridad y sencillez del sistema de competencias reconocidas por la ley a los jueces y tribunales de las órdenes penal y contencioso-administrativo».

Con este pronunciamiento del Tribunal Supremo se hace necesaria una reforma de la normativa reguladora de los secretos de Estado, en la que se garantice de igual forma el principio de seguridad nacional (lo que puede implicar ciertas restricciones en el principio de publicidad) de la acción estatal frente a cualquier autoridad, incluida la judicial, y el derecho a la tutela judicial efectiva. La experiencia reciente ha planteado cuestiones que exigen una respuesta desde la legalidad. Siempre que el legislador haya definido los límites o requisitos, los tribunales deben aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o el incumplimiento de los requisitos previstos en el Gobierno hubiese podido incurrir al tomar la decisión.

La regulación actual del secreto de Estado se ha mostrado claramente insuficiente para dar respuesta a los problemas legales que se plantearon y dieron lugar a la decisión del Tribunal de Conflictos de 1995 y a las posteriores sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. De hecho, las citadas sentencias no resuelven el conflicto planteado, puesto que debe ser la ley la que regule esta materia, sin que pueda dejarse al mero control judicial.

Si bien es cierto que el Tribunal de Conflictos declaró en su Sentencia de 14 de diciembre de 1995 que la limitación de las facultades judiciales que entraña la Ley de secretos oficiales no resulta contraria a los principios y normas constitucionales, en tanto no deja fuera de la labor investigadora del juez espacio delictivo alguno sino que se limita a «modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios» y en cuanto dicha modulación responde al «objeto de tutelar otros intereses o valores que el ordenamiento quiere proteger» como son los intereses de la seguridad del Estado y la defensa nacional (FJ 4º), también quedó de manifiesto que la Ley de secretos oficiales no precisaba si era necesario o no desclasificar previamente un documento para entregárselo al juez.

Por su parte, el Tribunal Supremo en las sentencias indicadas declara, en primer lugar, la constitucionalidad de la Ley de secretos oficiales, por considerar que la Constitución ampara el que se encomiende al Gobierno, que ostenta la dirección de la defensa del Estado, la competencia primaria para decidir «sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad» por razones de seguridad y defensa, competencia que encuentra su justificación en «las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa» y en la necesidad de «preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de derecho».

Obviamente, la modificación de la actual normativa debe ser profundamente meditada y, por ello, realizada ajena a condicionantes externos que en un momento dado, saltaron a los medios de comunicación y afectaron tanto al Ejecutivo, como al Poder Judicial, manteniendo, ciertamente marginado, al Parlamento y sin valorar los medios que la propia Constitución le reconoce.

En nuestro ordenamiento, al igual que en otros países de nuestro entorno, el control de los secretos oficiales se concentra en el Parlamento. Tras la reforma que supone la Ley 48/1978, el nuevo art. 10.2 de la Ley de secretos oficiales, establece que la declaración de «materias clasificadas» no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas. Este control parlamentario se ha realizado a través de la creación de una co-

misión específica y restringida, la Comisión Oficial de Secretos del Parlamento, cuyos miembros están obligados a guardar el secreto de las informaciones que conocen por pertenecer a ella.

Lo que se plantea tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 es que junto con el citado control parlamentario, también se regule en la nueva ley reguladora de los secretos oficiales el posible control judicial, de manera que los órganos judiciales puedan conocer y utilizar secretos oficiales en la medida necesaria para la averiguación de los delitos.

No obstante, hay que tener en cuenta que el requerimiento de los documentos clasificados efectuado por las autoridades judiciales tiene como objeto su utilización a los fines de la investigación sumarial y de la preparación de los soportes probatorios de un ulterior pronunciamiento jurisdiccional tras el juicio oral. Ello impide el mantenimiento de su carácter secreto, pues la fase del juicio oral se sigue bajo el principio de publicidad, por lo que no cabe el acceso al conocimiento de los documentos clasificados mientras éstos sigan manteniendo su carácter de secretos.

Intentado evitar los vacíos legales existentes en torno a las relaciones entre los órganos constitucionales y los poderes públicos, sobre todo las relaciones entre el Ejecutivo, específicamente el Consejo de Ministros (el único órgano competente para determinar lo que debe denominarse como tal secreto) y el Poder Judicial, en cuanto que el contenido de las relaciones del Gobierno con el Parlamento en esta materia ya quedó definido tras la reforma de la Ley de secretos oficiales en 1978, cuando se estaba también elaborando la propia Constitución, el Consejo de Ministros aprobó el 23 de agosto de 1996 un Anteproyecto de ley de secretos oficiales, que intentaba resolver el aspecto más discutible de la problemática planteada en relación a los secretos de Estado, es decir, si los jueces tienen derecho o no a conocer los secretos oficiales.

Se pretendía conjugar los principios de seguridad y defensa del Estado con el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución, adecuando, al mismo tiempo, la nueva normativa a las exigencias derivadas de nuestros compromisos internacionales. El contenido de este anteproyecto de ley fue sometido a informe del Consejo General del Poder Judicial, el cual se pronunció en contra de determinados preceptos, sin duda los más polémicos del mismo.

Posteriormente, se publicaba en un periódico (diario ABC, de 24 de marzo, pág. 13; de 5 de abril, pág. 24 y de 6 de abril de 1997, pág. 35) otro anteproyecto de ley reguladora de los secretos de Estado, con un contenido sustancialmente diferente al anterior y que recogía buena parte de las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder

Judicial. En su exposición de motivos se indicaba: «... con el objetivo de arbitrar un cauce procesal específico que concilie los valores constitucionales protegidos por el secreto de Estado con los derechos reconocidos en la Constitución, se establece la posibilidad de reiterar, por los jueces y tribunales, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, aquellas solicitudes de descalificación que hayan sido denegadas por el Consejo de Ministros. También se establece que los acuerdos del Consejo de Ministros sobre desclasificación de secretos de Estado puedan ser recurribles ante la mencionada sala».

Teniendo en cuenta la jurisprudencia establecida por nuestro Tribunal Supremo, así como el contenido de los diferentes borradores y/o anteproyectos de ley mencionados, es posible abordar ya las líneas maestras de lo que ha de ser la futura Ley de secretos oficiales en nuestro ordenamiento. A tal efecto, efectuaremos las siguientes distinciones:

1) En cuando al **elemento subjetivo**, es decir, a los órganos que tienen en exclusiva la potestad de calificar las «materias clasificadas», ésta debe corresponder únicamente al Consejo de Ministros, pudiendo preverse la posible existencia de una «clasificación legislativa», como competencia del Parlamento a través de una ley, tal y como sucede con los gastos o fondos reservados, regulados en el art. 59.3 de la Ley general presupuestaria y especificados cada año en la correspondiente ley de presupuestos. Junto a esta regulación hay que mencionar la Ley 11/1995, de 11 de mayo, de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

Salvo esta única excepción, no somos partidarios de la existencia de una pluralidad de órganos competentes, como sucede en los Estados Unidos, donde, además, está permitida la delegación. Al propio tiempo, es conveniente señalar que no debe primar tanto la voluntad del órgano competente como la apreciación objetiva de las circunstancias que puedan afectar a la seguridad del Estado. Asimismo se debe regular la voluntad, expresa o tácita, de que el secreto deje de serlo, especialmente si desaparece el elemento objetivo. A este respecto, debería tenerse en cuenta la solución ofrecida por el ordenamiento jurídico sueco, en virtud de la cual el órgano competente, sin necesidad de proceder a una desclasificación, pueda autorizar el conocimiento puntual del documento calificado como secreto, si lo estima así necesario para la defensa de los intereses públicos.

Además, es preciso efectuar una distinción entre los términos «clasificar» y «calificar». La función de clasificación se realiza por medio de una declaración. Por su parte, la calificación es una distinción que se realiza sobre la materia previamente declarada como clasificada. Aunque ambos actos suelen realizarse simultáneamente, la competencia de los órganos

legitimados es para calificar, pero no para clasificar, pudiendo interpretarse que el legislador ha querido que sean los mismos órganos los que realicen ambas funciones. Por ello, debe precisarse, a fin de evitar la confusión entre clasificación y calificación, cual es la naturaleza jurídica de ambas funciones, a efectos de su posible control jurisdiccional. Quizás la solución consista en establecer, como sucede en el ordenamiento jurídico sueco, que la calificación de secreto de un documento no alcanza al registro en que éste se encuentre, con lo cual se puede predicar el carácter público de la propia clasificación, permitiendo la posterior impugnación de la misma, ya que la posible denegación de su consulta habrá de ser motivada.

Frente a estos planteamientos, la regulación de la actual Ley de secretos oficiales atribuye la potestad de calificar las materias clasificadas al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor (cuya competencia debe entenderse hoy derogada por lo dispuesto en la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, modificada por Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero, pues lo configura como el órgano colegiado de asesoramiento militar, pero no de la defensa nacional, no estando entre sus funciones la de clasificar secretos oficiales y sin que exista una remisión a lo que dispongan otras leyes), reduciendo notoriamente los titulares legitimados en la versión de 1968, donde se atribuía también a los jefes de las misiones diplomáticas en el extranjero e incluso, aunque con carácter provisional y sujeta a ratificación posterior en el plazo de 72 horas, a los directores generales de Seguridad y de la Guardia Civil, los jefes de Estado Mayor de cada uno de los tres ejércitos, el jefe de defensa aérea, los capitanes generales de las regiones militares, departamentos marítimos y regiones aéreas, y los gobernadores civiles.

Por su parte, el Anteproyecto de ley orgánica reguladora de secretos oficiales legitimaba como titulares de la clasificación tanto al Consejo de Ministros como a los ministros competentes por razón de la materia, siempre que, en este último caso, se refiera a las categorías de secreto o confidencial, prohibiéndose que las facultades de clasificación puedan ser transferidas, desconcentradas o delegadas, y exigiendo la motivación de los acuerdos y resoluciones correspondientes.

Frente a ello, el informe del Consejo General del Poder Judicial señalaba que únicamente debía ser el Gobierno, a través del Consejo de Ministros y, en su caso, del presidente del Gobierno, indicando que la redacción dada por el anteproyecto resultaba excesivamente genérica, pues podía «originar indirectamente una situación de delegación de funciones o cuando menos dejar en la indefinición aspecto tan esencial como la determinación de la autoridad competente para la catalogación, concepto éste que no puede ser utilizado sin una previa definición y deli-

mitación de su contenido». En consecuencia con ello, el borrador aparecido en la prensa establece que las facultades de clasificación únicamente corresponden al Consejo de Ministros, a propuesta del titular del departamento competente por razón de la materia, sin que, en ningún caso, estas facultades puedan ser transferidas, desconcentradas o delegadas. Con ello, se opta por una solución correcta, con la única salvedad de que no se ha previsto la posibilidad de que el órgano competente, sin necesidad de proceder a la desclasificación, pueda autorizar el conocimiento puntual de un documento calificado como secreto.

2) En cuanto al elemento objetivo, hay que evitar, en la medida de lo posible, acudir a conceptos jurídicos indeterminados, produciéndose la determinación del mismo de forma restrictiva y de acuerdo con los postulados de un Estado democrático, debiendo distinguirse claramente entre el riesgo y el daño efectivo de los bienes dignos de protección. A este respecto, resulta imprescindible establecer una lista en materias cerrada, en cuya determinación han de tenerse en cuenta los tratados internacionales suscritos, sin la posibilidad de cláusulas residuales, así como unos límites temporales que no resulten abusivos. Todo ello tendente a intentar determinar un concepto objetivo de lo que sean secretos de Estado, sin que pueda admitirse el principio de absoluta discrecionalidad de los órganos competentes, aunque sí una cierta libertad de apreciación. Las materias no pueden ir más allá de los parámetros establecidos en el art. 105 b) CE. Por su parte, el principio de publicidad exige comunicar al Parlamento la relación de materias clasificadas, que también pueden ser objeto de publicación en el BOE.

De la regulación efectuada por la Ley de secretos oficiales puede afirmarse que el secreto de Estado es aquel que tiene como elemento objetivo la seguridad nacional y la defensa del Estado, concebida ésta en un sentido amplio (político, militar, científico, económico, diplomático). Sin embargo, la idea de seguridad y defensa del Estado ha experimentado una importante evolución histórica, condicionada en buena medida por la cesión de competencias a organizaciones de carácter supranacional, que debe tenerse en cuenta en todo proceso interpretativo y en toda futura regulación normativa.

Pensemos, a modo de ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Central Militar de 11 de julio de 1989, según la cual «del actual concepto de la defensa nacional como función esencial del Estado que supera la dimensión de la defensa militar estricta para integrarse en la política general del Estado, teniendo en cuenta las exigencias militares, internacionales, socioeconómicas e, incluso, científicas, la protección de los secretos de Estado comprende no sólo los circunscritos al orden militar, sino todos aquellos que pueden afectar a la seguridad de la nación, aunque sean

de índole política, diplomática o meramente económica». O en la sentencia núm 86, de 24 de mayo de 1977, de la Corte Constitucional italiana, cuando señala que «sólo en los casos en los cuales se trata de actuar para la salvaguardia de estos intereses supremos o imprescindibles del Estado puede encontrar legitimación el secreto como medio o instrumento necesario para llegar al fin de la seguridad»).

Y es que no hay que olvidar que el término «seguridad y defensa del Estado» se reconoce en el propio Convenio de Roma (arts. 6.1., 8.2., 10.2. y 11.2.) y en otras disposiciones internacionales, habiendo sido ya objeto de una adecuada interpretación jurisprudencial. Si bien es cierto que estamos en presencia de un concepto jurídico indeterminado, el mismo no se puede identificar con la idea de seguridad ciudadana, entendida ésta como una noción más precisa que la de orden público, pues «se centra en la actividad dirigida a la protección de las personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas» (STC 33/1982, de 2 de junio).

Por ello se hace necesario acudir a los contenidos normativos existentes en otras disposiciones a fin de determinar el núcleo esencial de la seguridad nacional. A este respecto, el art. 2 de la Ley orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la Defensa Nacional y la Organización Militar, modificada por Ley orgánica 1/1984, de 5 de enero, dispone que «la defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución». A continuación el art. 3 señala que «la defensa nacional será regulada de tal forma que, tanto en su preparación y organización como en su ejecución, constituya un conjunto armónico que proporcione una efectiva seguridad nacional».

Se hace preciso superar las referencias contenidas en la Ley sueca de 1766 (que engloba cuestiones tales como «la seguridad del país y las relaciones con potencias extranjeras, la protección debida a los intereses económicos del Estado, de las colectividades y de los particulares, la seguridad individual, la moral y las buenas costumbres»), y orientarse en la línea apuntada por la Corte Constitucional italiana, cuando habla de los «casos en que sea indispensable para tutela la seguridad interior y exterior del Estado frente a acciones materialmente violentas» (sentencias 82 y 86 de 1976), o el Tribunal Supremo norteamericano, cuando habla de «afectar a aquellas actividades del Gobierno que tengan relación di-

recta con la protección de la nación frente a la subversión interna y la agresión exterior» (caso Cole vs. Young, 1995).

En esta línea se inscribe nuestra jurisprudencia constitucional al señalar que las noticias e informaciones «encuentran su límite indiscutible en la seguridad interior y exterior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan, no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política». (STC 51/1985, de 10 de julio).

Frente a estos planteamientos, la regulación efectuada por el art. 2 de la actual Ley de secretos oficiales, modificado en 1978, presenta una extraordinaria amplitud, al señalar que «a los efectos de esta ley podrán ser declaradas materias clasificadas los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». Si comparamos esta regulación con la que efectúa, a modo de ejemplo, la Ley italiana núm. 801, de 24 de octubre de 1977, las diferencias son evidentes: «Quedan cubiertos por el secreto de Estado los actos y los documentos, las noticias, las actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para causar un daño a la integridad del Estado democrático, incluso en relación con los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones fundamentales establecidas por la Constitución, al libre ejercicio de las funciones de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto a otros estados y a las relaciones con ellos, a la preparación y a la defensa del Estado» (art. 21.1.), señalando, asimismo, que «en ningún caso pueden ser objeto de secretos de Estado hechos contrarios al orden constitucional» (art.12.2.). También sería conveniente, siguiendo el ejemplo de la experiencia británica tras la Ley de 1989, que, según Revenga, significa «un notable esfuerzo de sus redactores por ir más allá de las cláusulas indeterminadas que, por pura inercia, son de costumbre en este campo», especificando en cada una de las materias lo que es dañino para los intereses protegidos, puesto que de nuestra legislación se deduce claramente que no se exige la existencia de un daño, sino que basta un peligro que ni siquiera hay que actualizar, siendo suficiente con que sea abstracto.

Por su parte, el art. 1 del Anteproyecto de ley orgánica reguladora de secretos oficiales se caracterizaba por los siguientes notas:

- 1) Por el establecimiento de una lista de materias sumamente indeterminada, sin conexión directa con la seguridad y defensa del Estado.
- 2) Por la existencia de una cláusula residual, que permitía incluir to-

das aquellas actividades básicas relacionadas con la seguridad y defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores.

3) Finalmente, no sólo se hablaba de ocasionar daños, sino que también contemplaba la posibilidad de entranar riesgos.

Por otro lado, hay que señalar que parecía producirse una identificación entre los términos seguridad nacional y defensa del Estado, cuando parecen existir diferencias entre ambos. Así lo entendió el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de ley orgánica de secretos oficiales, al señalar que mientras la defensa del Estado «apunta a la salvaguardia de la soberanía e independencia de España, de su integridad territorial y a la protección de la Constitución», en cambio la seguridad «tiene una dimensión preferentemente interior, de seguridad pública, y contempla las condiciones elementales de convivencia que hacen posible el ejercicio de los derechos y libertades».

Cuando la materia es declarada clasificada se convierte en indisponible, excluyéndose del principio de publicidad. La Ley de secretos oficiales establece dos categorías, la de secreto y reservado (art. 3). Tanto el Anteproyecto de ley orgánica de secretos oficiales como el borrador publicado en la prensa, siguiendo el modelo norteamericano, distinguen tres casos de materias reservadas: alto secreto, secreto y confidencial. En el primero de ellos se englobarían materias tales como la soberanía, independencia e integridad territorial de España; el ordenamiento constitucional y el funcionamiento regular de sus instituciones; y los criterios, medios materiales y actuaciones esenciales para la defensa militar de España. Como secreto podrían ser objeto de clasificación: los intereses fundamentales de España en el exterior; y los aspectos esenciales de la organización y funcionamiento de los servicios de Inteligencia del Estado, especialmente en lo relativo al carácter anónimo de sus agentes o colaboradores y a la confidencialidad de las fuentes de información. Finalmente, como confidencial podrían clasificarse los intereses fundamentales del Estado en materia económica, industrial o científica; y aquellas otras actividades básicas relacionadas con la seguridad y la defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores.

Como ya señalábamos, todo este listado de materias debe tener una relación clara y directa con la seguridad y defensa del Estado. En este sentido, el informe del Consejo General del Poder Judicial ya ponía de relieve que no es suficiente cualquier amenaza potencial a la soberanía, independencia e integridad territorial de España o al ordenamiento constitucional y al funcionamiento regular de sus instituciones, «sino exclusivamente aquellos factores de riesgo grave y cierto que comporten un elemento de violencia o de utilización de medios prohibidos por la Constitución. A su vez –añadía– no todos los intereses de España en el exterior, ni todos los intereses del Estado en materia industrial, tecnoló-

gica o científica pueden resultar amparados bajo el secreto de Estado, salvo que comporten una directa incidencia sobre la seguridad y la defensa. Del mismo modo, la propia cláusula residual requeriría una mayor concreción, para precisar en todo caso la afectación negativa de los valores que justifican la declaración de secreto».

Por su parte el borrador publicado por la prensa, tras indicar que las materias enumeradas han de afectar directamente a la seguridad y defensa del Estado, suprime la cláusula residual que tantas críticas había suscitado. Al propio tiempo, y aunque se mantienen las tres categorías de protección, se modifica el ámbito de las mismas, englobándose dentro de la categoría de «altos secretos» también a «los criterios, medios materiales y actuaciones esenciales para la defensa militar de España». Junto a ello, se establece un distinto régimen jurídico para cada categoría de secreto, que puede afectar tanto a las medidas de protección como a la posible desclasificación de los mismos, señalándose que en los dos primeros casos las clasificaciones se consideraran automáticamente canceladas al cumplirse el plazo de 50 años, y en el supuesto de clasificaciones confidenciales por el transcurso de 25, pudiendo, en cualquier caso, el órgano competente prorrogar la vigencia de la clasificación. Estos plazos parecían excesivos, razón por la cual fueron reducidos a 25 y 10 años, respectivamente, estableciéndose la prórroga de la vigencia con carácter excepcional.

3) Por lo que se refiere al **procedimiento** para la declaración de materias clasificadas, hay que dejar claro que se trata de una cuestión plenamente judicial, pues el acto formal de clasificación es un acto administrativo, correspondiendo su conocimiento a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, debe preverse que la decisión dictada por el órgano competente deba estar motivada, correspondiendo también a los órganos judiciales el control sobre el contenido del acto de clasificación, pues no se puede aceptar la presunción de que lo clasificado es siempre correcto.

4) Finalmente, en cuanto a los diferentes **sistemas de control**, hay que señalar que el control parlamentario debe mantenerse en los términos actuales, con la posible incorporación del Senado al mismo, potenciando el control por parte del Defensor del Pueblo, como sucede en otros países, donde el Ombudsman tiene acceso a los secretos oficiales, pero no puede divulgar la información, mediante la reforma del art. 22 de su Ley orgánica, pues, según este precepto, si bien puede solicitar a los poderes públicos todos los documentos que considere necesarios para el desarrollo de su función, incluidos los clasificados como secretos, se permite que el Consejo de Ministros, mediante una certificación acreditativa

del acuerdo, pueda denegarlo, ante lo cual el Defensor del Pueblo únicamente puede ponerlo en conocimiento del Parlamento.

Pero la cuestión más problemática, como anteriormente apuntábamos, no es otra que el posible control judicial. A este respecto, hay que desechar el modelo de control *in camara* norteamericano por no resultar aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pues supondría una vulneración del principio de contradicción. Y es que en el proceso penal rige el principio de publicidad con especial intensidad. En la fase del sumario no hay problemas especiales, pues al no practicarse en él prueba alguna no hay violación posible del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. En cambio, en el juicio oral las notas capitales son la publicidad y la contradicción.

Si se traslada al proceso un secreto de Estado ¿cómo se va a garantizar ese secreto en el seno de un proceso público? ¿Sólo se puede garantizar por la declaración de secreto de todo el proceso? ¿Qué deberes nuevos nacen para los titulares del órgano jurisdiccional y las partes? En cualquier tipo de proceso es jurídicamente imposible y se viola el derecho a un proceso con todas las garantías y el principio de igualdad de armas, el mantener secretas ciertas pruebas frente a las partes. De este modo parece llegarse a un punto insoluble: el deber de guardar el secreto es inconciliable con la comunicación al juez de la información secreta o reservada, pues la comunicación a las partes parece llevar implícitamente la vulneración del secreto, con lesión de los bienes jurídicos protegidos por el mismo, y el no proporcionar o incorporar al proceso estos datos que por el órgano judicial han sido admitidos como pruebas pertinentes, conlleva una auténtica indefensión, con vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Anteproyecto de ley orgánica reguladora de secretos oficiales no parecía resolver ninguna de estas cuestiones. En efecto, tras mantener el mismo modelo de control parlamentario, con la posible inclusión del Senado, así como las competencias del Defensor del Pueblo, contemplaba únicamente la posibilidad de desclasificación a solicitud judicial. A tal efecto, se atribuía al órgano competente, que podrá proceder a una desclasificación total o parcial, la posibilidad de conceder o denegar la solicitud, mediante acuerdo o resolución motivado, que debería ponderar los intereses generales protegidos por el secreto y el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas.

Por su parte, el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto anterior, tras poner de relieve la necesidad de conciliar el secreto de Estado con el derecho a la tutela judicial efectiva, señalaba la conveniencia de revisar la legislación procesal a fin de «dejar explícitamente establecidas las consecuencias que la declaración del secreto de Estado comporta respecto de la marcha del proceso y, en especial, del proceso pe-

nal», proponiendo, a tal efecto, el establecimiento de un cauce procesal ante el Tribunal Supremo.

Finalmente, el borrador publicado por la prensa, recogiendo el parecer del Consejo General del Poder Judicial, establece que una vez denegada, total o parcialmente, la solicitud judicial por parte del Consejo de Ministros, aquél podrá reiterar su petición ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, cuya decisión no será susceptible de recurso, sin perjuicio del posible recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional.

#### 4. Conclusiones

Con la finalidad de solucionar la paradoja inicialmente aludida y pretendiendo buscar un equilibrio entre el secreto de Estado y el principio de publicidad, entendiendo que el secreto no puede prevalecer, en todo caso, sobre la tutela judicial efectiva y el derecho a utilizar en un proceso todos los medios de prueba pertinentes para su defensa, es posible ofrecer diversas soluciones, que no han sido contempladas en los diversos proyectos de ley que hemos analizado y que pueden ser tenidas en cuenta, como propuestas *de lege ferenda*, a fin de poder ofrecer una solución adecuada de los derechos e intereses en conflicto.

1. Como ha propuesto Díez Picazo, se podría introducir una especie de cuestión incidental ante uno o varios órganos judiciales según la naturaleza del procedimiento (Tribunal Supremo, Audiencia Nacional o Tribunal Superior de Justicia), implicando ello que cada vez que en el curso de un proceso se invoque la legislación de secretos de Estado, habría que detener las actuaciones y remitir la cuestión a dicho órgano, el cual examinaría tanto la regularidad formal del acto de clasificación como que la información es susceptible de ser clasificada, contemplándose también la existencia de un sistema de plazos preclusivos de respuesta del órgano competente al requerimiento judicial. Ello supondría una solución semejante a la realizada en el caso del control parlamentario, impidiendo que todos los titulares del Poder Judicial fuesen competentes, como no lo son todos los parlamentarios, para ejercer el control judicial sobre las materias clasificadas.

2. Partiendo de que la naturaleza del secreto reside no en la imposibilidad de acceder al conocimiento de una determinada materia, sino más bien en que el conocimiento de esta materia nunca puede ser objeto de divulgación, para que un tercero con interés legítimo pueda conocer un secreto oficial no es preciso siempre la previa desclasificación del mismo, siempre que exista un interés relevante y jurídicamente establecido. Y es que la previa desclasificación de una materia puede ser una

medida excesiva para el fin que se pretende alcanzar, pues una vez desclasificada, no se puede impedir su divulgación.

3. Una vez admitida la titularidad del Consejo de Ministros para clasificar, las materias reservadas, es necesario prever una serie de controles internos, de carácter administrativo, tal y como revelan los modelos inglés y norteamericano, tanto en el proceso de clasificación de las materias, como ante el requerimiento judicial o parlamentario. Las decisiones de este órgano, en cuya composición podrían participar, además de representantes del Gobierno, instituciones de relevancia como el Defensor del Pueblo, el Consejo de Estado, la Agencia de Protección de Datos, etc., siendo presidido por el presidente del Tribunal Supremo, estarían sujetas al principio de silencio administrativo y serían impugnables ante la jurisdicción contenciosa.

Es decir, en el caso de que el órgano judicial lo solicite, no siempre tiene que ser necesaria la previa desclasificación, debiendo dirigirse mediante exposición motivada al órgano administrativo en cuestión. Ante su negativa, el juez puede dirigirse al órgano parlamentario competente, cuya decisión también negativa impediría a aquél la práctica de la prueba, pero la parte procesal podría utilizar la vía del amparo constitucional contra la decisión parlamentaria denegatoria. En todo caso, y a tenor de lo establecido en el art. 18 LOPJ, debe nacer para la parte el derecho a una indemnización.

Con ello, y como manifestación del principio de colaboración de poderes, se produciría una implicación de todos los poderes públicos, Gobierno, Parlamento, Poder Judicial y Tribunal Constitucional en una materia especialmente polémica y sensible. Y es que el extender, en casos tasados, el ámbito de los sujetos que tienen reconocido el «acceso», o, mejor dicho, poseen el conocimiento de lo secreto, no supone la desnaturalización del mismo, pues éstos se convierten, o, mejor dicho, pasan a tener la condición jurídica de garantes del bien jurídico secreto. De este modo, ya no será el príncipe el que, por sí ante sí, sin control, sin transparencia, sin publicidad y sin freno de ningún tipo, resuelva sobre e acceso a las materias declaradas secretas. Con ello, se impedirían situaciones como aquéllas que, en su momento, declararon como materias clasificadas un proyecto de reforma de la ley sindical o un proyecto del Ministerio de Hacienda de reforma sindical, o ya en plena época constitucional, decisiones como la del Consejo de Ministros de 16 de febrero de 1996, que consideró como materia clasificada los ficheros automatizados que en materia antiterrorista estableciera la Administración penitenciaria. **G**