

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 45. Primer trimestre 1997

Álvarez Conde, Enrique

Catedrático de Derecho constitucional

EL TEMOR DEL PRÍNCIPE O EL TEMOR AL PRÍNCIPE (SECRETOS DE ESTADO Y CONSTITUCIÓN)

Estudios

Serie: *Constitucional*

VOCES: SECRETOS OFICIALES. DERECHOS FUNDAMENTALES. LIBERTADES PUBLICAS. SEGURIDAD JURIDICA. PODERES PUBLICOS. DEFENSA NACIONAL. ACTO POLITICO. MATERIA RESERVADA. PRINCIPIO DE PUBLICIDAD. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

ÍNDICE

- I. Introducción
- II. El contenido de la futura ley de secretos de Estado
- III. Conclusiones

TEXTO

I. INTRODUCCIÓN

La superación del secreto, de lo desconocido, ha sido una constante de 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 (1). Pero lo cierto es que ningún órgano legitimado 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 artículo 18.3 y al secreto profesional constitucionalizado en los artículos 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, aquellas palabras del propio SANTI ROMANO sobre la permanencia de las normas y el cambio de ordenamiento jurídico.

El secreto, en cuanto privación que es de acceso a una determinada información a la generalidad de las personas, es una excepción al derecho general reconocido en determinados preceptos constitucionales y en la propia Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [arts. 35 a) y h) y 37], configurándose como un bien jurídico digno de protección, tanto desde un punto de vista administrativo como penal:

a) Así, el artículo 31.1 e) de la ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, considera como falta muy grave «la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, así declarados por la ley o clasificados como tales». Esta regulación ha sido posteriormente desarrollada en el artículo 6 e) del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado y en el artículo 7 del Real Decreto 939/1986, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la inspección de los tributos.

b) Al propio tiempo, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código penal, establece un sistema de protección penal en relación con los diversos tipos de secretos (arts. 197.1, 413 a 418, 598 a 603), de cuya regulación parece deducirse una identificación entre los términos seguridad y defensa nacionales, que constituye el elemento objetivo del secreto, así como la inclusión en los mismos de cuestiones tales como la información militar y la relacionada con la energía nuclear.

El concepto técnico-jurídico de secreto, como nos recuerda GÓMEZ REINO, es obra de la doctrina penal. Hay diversas concepciones de secreto. Así, nos encontramos con la concepción subjetiva o *wil-
lenstheorie*, que atiende al criterio de la voluntad, y con la concepción objetiva o *interessentheorie*, que atiende al criterio del interés. Asimismo, se pueden apreciar la existencia de concepciones mixtas, como la adoptada por el Tribunal Supremo en la sentencia de 6 de octubre de 1967, donde señala que «la cosa puede ser secreta per se, por su misma naturaleza o por la voluntad de quien la posee».

Para GÓMEZ SEGADE, la estructura del secreto se compone de dos elementos: el conocimiento y el objeto sobre el que recae ese conocimiento. Este, a su vez, ha de cumplir tres requisitos: que no esté divulgado, que haya una voluntad de ocultarlo y que exista un interés. Por su parte, el objeto del secreto puede ser un hecho, un objeto, una idea, producto o conocimiento.

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 artículo 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.) 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 (2), 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 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.

II. 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 la experiencias del Derecho Comparado, no siempre de fácil incorporación a nuestro ordenamiento jurídico, pues, como nos recuerda SANTAOLAYA, «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», aborde claramente toda una serie de cuestiones.

1. En cuanto 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. Tal y como se dice en las sentencias ya citadas del Tribunal Supremo, únicamente se puede encomendar al Gobierno, a quien compete la dirección y defensa del Estado -artículo 97 de la Constitución- una competencia primaria, en los términos que fije el legislador -artículo 105.b) de la Constitución-, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad. Parecer prácticamente idéntico se sostiene en el también, citado Dictamen del Consejo de Estado. También puede 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 artículo 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 delimitación de su contenido». En consecuencia con ello, el nuevo texto del Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado, publicado únicamente 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.

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 artículo 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. Los principios de seguridad jurídica, de interdicción de la arbitrariedad y de tutela judicial efectiva, constitucionalmente reconocidos, chocarían con una norma que abusara del concepto jurídico indeterminado. Es esta una materia donde se puede presentar con naturalidad la denominada discrecionalidad técnica, en el sentido de que la decisión se encuadra en un sector en el que los expertos tienen una gran intervención, pero sobre la que se opera un claro control judicial de la razonabilidad de la decisión. Un determinado asunto o conocimiento afecta o no afecta (en mayor o menor medida) a la seguridad del Estado. Precisamente por ello se sitúa en el mundo de los técnicos, de los expertos, y en este campo la intervención y el control jurisdiccionales se mueve en terrenos más firmes, donde es posible operar con instrumentos jurídicos muy sólidos y asentados en la doctrina jurisprudencia. Así se sostiene de modo nítido en el voto particular del magistrado, Sr. XIOL RÍOS a las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997.

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 artículo 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 1/1.984, 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 artículo 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 directa 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 artículo 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 artículo 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 todas aquellas actividades básicas relacionadas con la seguridad y defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores.
3. Finalmente, no solo se hablaba de ocasionar daños, sino que también contemplaba la posibilidad de entrañar 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 señalar que mientras la defensa del Estado «apunta a la salvaguarda 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 nuevo texto del Proyecto reflejado 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, tecnológica 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, la nueva versión del Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado, ofrecida 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 rebajados 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. Que se trata de un acto plenamente controlable, si bien reúne ciertas peculiaridades, es establecido sin duda por las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, de tal manera que no puede establecerse una regulación que

imponga, directa o indirectamente, obstáculos al control. En este caso, dicha Ley sería claramente inconstitucional. Nada obsta a esta afirmación el que se considere el acto, no el procedimiento, como encuadrable en el seno de los actos de dirección política o no.

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 artículo 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 denegarlos, 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 cámara» norteamericano por resultar de difícil aplicación a nuestro ordenamiento jurídico, pues supondría una vulneración del principio de contradicción. Y es que en el proceso pena 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. Sin embargo es cierto que en nuestro sistema procesal penal el sumario tiene por objeto la preparación del material probatorio para el juicio oral y que, incluso, podría suceder que la incorporación o no de un determinado material probatorio, pueda afectar al rumbo del proceso penal, llevando al sobreseimiento o la formulación de acusación (con o sin procesamiento previo, según el caso), de tal manera que la incidencia que sobre esas posibles pretensiones pudiera tener el secreto cuya incorporación al proceso penal se pretende, va a ser el módulo que juegue a los efectos de la indefensión o de la vulneración del derecho a la tutela judicial (3). 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. Así se sostiene en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 y en el Dictamen del Consejo de Estado, citados. Sin embargo, se ha de sostener de manera rotunda que cualquiera que sea la importancia que en la ponderación del Secreto de Estado deba darse a los factores de control jurisdiccional, el juicio de ponderación de los bienes (4) en juego debe llevar a que prevalezca el derecho a la tutela judicial cuando el principio de proporcionalidad lo manifieste. Sin embargo, el núcleo de la decisión de las sentencias del Tribunal Supremo descansa en una construcción en cierto modo contradictoria: reconoce que los documentos o conocimientos están bien clasificados, pero luego ordena su desclasificación «dando prevalencia al derecho a la tutela judicial efectiva», debido a que la desclasificación de los documentos o conocimientos no producen una afectación la seguridad del Estado o que los presupuestos de su declaración de secretos ya se han atenuado o, incluso, han desaparecido. Es decir, de sus razonamientos, se deduce que si el bloque de derechos fuera de especial magnitud y se afectara el valor en cuestión de secreto-seguridad del

Estado, no se debería acceder a la desclasificación.

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

Finalmente, el nuevo texto ofrecido 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, aquel 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.

III. CONCLUSIONES

Con la finalidad de solucionar esta paradoja 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. Solución similar se recoge en el voto particular a las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 del magistrado Sr.

PECES MORATE.

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 artículo 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 estos se convierten, o, mejor dicho, pasan a tener la condición jurídica de garantes del bien jurídico secreto.

4. Cabría pensar, finalmente, en la regulación de la cuestión de modo preciso como una cuestión prejudicial devolutiva, con una previsión de un procedimiento específico en la Ley, no pareciendo razonable acudir a la vía que originó la intervención del Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de abril de 1997.

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 el acceso a las materias declaradas secretas. Con ello, se impedirían situaciones como aquellas 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 considero como materia clasificada los ficheros automatizados que en materia antiterrorista estableciera la Administración Penitenciaria.

NOTAS:

(*) El presente texto, que forma parte de un proyecto de investigación más amplio, fue escrito y entregado a la editorial con anterioridad a los pronunciamientos del Tribunal Supremo del pasado 4 de abril, razón por la cual no han podido ser analizados con la intensidad que merecen.

(1) Sobre este concreto problema se ha pronunciado expresamente el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en las sentencias dictadas el 4 de abril de 1997 (Recursos números 602/1996; 634/1996 y 726/1996), El Alto Tribunal reconoce validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, considerando que si bien se puede apreciar una cierta incompatibilidad entre algunos preceptos de la Constitución y de la Ley, también es cierto que las propias exigencias de la acción administrativa, o la necesidad de preservar la misma existencia del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal. Por su parte, el Consejo de Estado no analizó expresamente esta cuestión en su Dictamen

de 18 de julio de 1996, si bien concluía de manera rotunda por la conveniencia de la elaboración de una nueva Ley de Secretos Oficiales.

(2) Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, antes citadas, con cita de otras sentencias precedentes, reconocen la existencia de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad. Pero, añaden estas sentencias, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución obliguen al Tribunal Supremo a asumir el referido control cuando el legislador haya definido mediante conceptos «judicialmente asequibles» los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse los actos de dirección política. Entre estos actos se vienen a incluir los que se refieren a las decisiones en materia de seguridad y defensa del Estado y las decisiones y acuerdos sobre clasificación y desclasificación de los documentos, estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones que se refieren a esas cuestiones. Parece más clara y precisa la tesis que se sostiene en el voto particular del magistrado Sr. XIOL RÍOS cuando dice que los actos de dirección política deben someterse al test de las técnicas de control de los actos administrativos, con el único matiz de que cuando se trata de actos del Gobierno, las altas funciones que se le atribuyen exigen que la aplicación de estas técnicas se haga teniendo en cuenta la posición constitucional de los distintos poderes, que arranca del principio de división de poderes, en orden, sobre todo, a evitar la sustitución de la acción de gobierno por parte del Tribunal y, para no caer en razonamientos anfibológicos: Este voto particular introduce decididamente las técnicas de los conceptos jurídicos indeterminados, el control de la discrecionalidad y el control por los principios y valores constitucionales (la llamada interpretación principal). Es de esperar que, una vez aprobado el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, recientemente enviada al Parlamento, el tema quede definitivamente clarificado.

(3) Ningún problema se ha apreciado por las tan citadas sentencias del Tribunal Supremo de abril de 1997 en cuanto a que los documentos cuya desclasificación se pretendía se debían incorporar a un proceso penal en la fase de investigación previa al juicio oral. En el voto particular del magistrado Sr. SIEIRA MÍGUEZ se aprecia un peso excesivo de la ponderación e importancia, y la pertinencia de la prueba respecto de una pretensión procesal penal de fondo, que es de muy difícil apreciación en la fase procesal en cuestión. Otro voto particular, el de Sr. LEDESMA BARTRET, lleva el peso de la apreciación de la prueba penal, de su pertinencia e importancia, al propio órgano judicial de lo contencioso-administrativo (lo que no sostienen las sentencias).

(4) El juicio de ponderación entre los bienes, derechos e intereses en juego se realiza en el fundamento de derecho 8.º de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, utilizando estos dos elementos: gravedad de los hechos y necesidad de la aportación de los documentos. La misma necesidad de ponderación se hace en la sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995, sí bien el juicio de ponderación se depositaba en el Gobierno (lógico si a él le corresponde la decisión de desclasificar, pero insuficiente por no indicar la secuencia completa de acontecimientos de relieve jurídicos-procesal, que se podrían suceder después).