

## **LA REGULACIÓN LEGAL DE LOS SECRETOS OFICIALES\***

Por D. JUAN JOSÉ TORRES VENTOSA

---

\* Premio San Raimundo de Peñafort 1998

## SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. ESBOZO HISTÓRICO DE LA CUESTIÓN Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO
  - A) REFERENCIA A LA ACTIVIDAD INFORMATIVA DE LA ESPAÑA DEL SIGLO XX
  - B) LOS SECRETOS OFICIALES EN EL DERECHO COMPARADO
3. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SECRETOS OFICIALES
  - A) MARCO GENERAL
  - B) DERECHO A LA INFORMACIÓN VS. SECRETOS OFICIALES
  - C) EL DEBER DE TRANSPARENCIA: EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD
  - D) LAS EXCEPCIONES A LA LIBRE INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL
4. CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS SECRETOS OFICIALES
  1. CONCEPTO LEGAL DE SECRETOS DE ESTADO: LA LEY DE SECRETOS OFICIALES
    - a) **La ley de Secretos oficiales de 1968 y su reglamento. Consideraciones generales**
    - b) **Clasificación de los Secretos Oficiales. Materias reservadas y materias secretas**
    - c) **El régimen jurídico de los Secretos Oficiales**
    - d) **Secretos Oficiales, investigación judicial y Defensor del Pueblo**
    - e) **El control jurisdiccional y político de los Secretos Oficiales**
    - f) **Sanciones a la revelación de secretos**
  2. LA DOCTRINA EMANADA DE LAS S.S.T.S. DE 4 DE ABRIL RELATIVAS A LOS «PAPELES DEL C.E.S.I.D.»
    - a) **Cuestiones introductorias**
    - b) **Estudio de las Sentencias del T.S.**
5. CONCLUSIONES
6. BIBLIOGRAFÍA

## 1. INTRODUCCIÓN

El objeto del presente estudio es contribuir, en la medida de lo posible, al conocimiento de un tema a la vez tan de actualidad como desconocido de nuestro ordenamiento jurídico: la regulación legal de los secretos oficiales –la denominación «Secretos de Estado» resulta un término un tanto inexacto y carente de rigor científico, por lo que utilizaremos preferentemente la primera de las expresiones a lo largo de este ensayo–.

A la hora de emprender esta tarea el primer obstáculo que hubo de superarse fue, sin lugar a dudas, la ausencia de una monografía que abordara el tema de los Secretos Oficiales. En efecto, desde un primer momento quedó patente que el fondo bibliotecario al que nos enfrentábamos adolecía de graves lagunas en este tema. Ante ello, la única solución posible fue centrarnos en la, también escasa, doctrina de los tribunales de Justicia.

Así, nuestro estudio de la regulación legal de los secretos oficiales se desarrolla con base en las Sentencias del Tribunal Supremo y del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sin olvidar la copiosa jurisprudencia de la *Supreme Court* Norteamericana.

En una primera parte nos centramos en una presentación tanto histórica como jurídica del principio de publicidad y de sus excepciones en el Estado de Derecho, que hemos considerado clave para poder introducirnos en la problemática inherente al tema elegido.

En segundo lugar, tratamos de explicar de una manera más detallada el entramado legal, tanto a lo que se refiere a los aspectos sustantivos como adjetivos de la cuestión, para posteriormente adentrarnos en el análisis de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, que constituyen, a nuestro modo de ver, como quedará patente a lo largo de estas páginas, el núcleo ineludible del que debe partir cualquier referencia al tema elegido.

Por último, se aportarán unas conclusiones que, sin otro ánimo que el de expresar el pensamiento del autor, recogen de modo sucinto alguno de los distintos itinerarios por los que el futuro legislador puede optar al regular la materia.

Entre los motivos que animaron a quien esto suscribe a presentar este Ensayo Jurídico ocupan un lugar relevante el interés que en la actualidad ha cobrado la regulación de los Secretos Oficiales –trascendiendo en estos dos últimos años de mero ámbito jurídico–, así como la escasa atención que la doctrina le ha dedicado tradicionalmente en comparación con otras materias quizás no tan trascendentales.

A la vista de lo expuesto, no queda sino rogar que se lea con indulgencia y comprendiendo que los posibles errores se deben a la falta de experiencia que en estas lides atesora el autor.

## 2. ESBOZO HISTÓRICO Y APUNTES DE DERECHO COMPARADO

### A) LA ACTIVIDAD INFORMATIVA DEL ESTADO EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XX

Tras la Declaración de Derechos y Libertades del Hombre y del Ciudadano en Francia en 1789<sup>1</sup> la concepción del deber de informar del Estado cambiaría completamente si lo comparamos con el Antiguo Régimen.

El espíritu de la Revolución Francesa impregnará el resto de los movimientos liberales de la Europa intentando, de este modo, garantizar el derecho a la información como un derecho fundamental de la persona.

Nuestras breves referencias históricas se centrarán en la España del siglo XX, debido a que un estudio más pormenorizado conllevaría prolongarnos en exceso, sin que, por lo demás, ello aportase nada decisivo al esclarecimiento del tema.

No es posible encontrar en nuestra historia un texto articulado en el que se regule la actividad informativa, siendo los principios extraídos de las diversas constituciones los que plasmaban indirectamente el deber de información y el principio de publicidad.

Así, nos remontamos inicialmente al nombramiento de M. Primo de Rivera como Jefe de Gobierno hacia el 15 de septiembre de 1923, que supondría, sin duda alguna, un duro golpe a la publicidad de las normas y actos de la administración. El 14 de abril de 1931 es proclamada la II República Española, con el consiguiente brusco cambio en materia de prensa, y ello por que la Constitución de ese año traería consigo el espíritu democrático de otros países europeos. En 1936 estalla la Guerra Civil Española, marcando el 22 de abril del 38 una fecha clave en lo que concierne al principio de transparencia, ya que la nueva ley de prensa vendría a determinar taxativamente que «...la prensa ha de servir al Estado». No será hasta los años 60 con las nuevas tendencias del derecho administrativo y posteriormente con la Ley de Prensa de Manuel Fraga de 1966, cuando aparezcan los primeros atisbos de liberalización del ordenamiento jurídico.

La constitución del 78 romperá con las estas teorías, aunque su repercusión y contenido los analizaremos en el punto tres de nuestro trabajo.

### B) APUNTES DE DERECHO COMPARADO

Antes de profundizar en el análisis de nuestro ordenamiento jurídico, no se puede pasar por alto el hacer siquiera una breve referencia al tratamiento que

<sup>1</sup> Sánchez Agesta, L., *Los documentos constitucionales y supranacionales con inclusión de las Leyes Fundamentales de España*, Madrid, 1973.

recibe el tema de los secretos oficiales en algunos de los países occidentales. De hecho, mientras se ventilaba la polémica acerca de los tan traídos «papeles del C.E.S.I.D.», no fueron pocos los autores que en ella terciaron reforzando sus respectivas opiniones con alusiones al Derecho Comparado, y, en especial, a los Estados Unidos. Por si ello no fuera motivo suficiente para que aquí se consignasen algunas notas acerca del tema, descubrimos que el propio Tribunal Supremo, cuando se enfrentó con el espinoso asunto, tuvo a bien importar una técnica, desde luego extraña a nuestra legislación, como es la conocida en el mundo anglosajón como «*in camara inspection*».

Ahora bien, y con independencia de que en el caso en cuestión fuese la única vía abierta al Alto Tribunal, no se debe dejar de insistir en que, en ningún caso, la adopción de fórmulas extranjeras —especialmente si proceden de familias distintas, como el *Common Law*— constituye una solución válida, sin perjuicio de que, en cambio, sí puedan orientar tanto al legislador como la práctica de los Tribunales.

Sentado este presupuesto, lo primero que hay que señalar es que en todos los países, con independencia del régimen político y, por supuesto, de la familia jurídica en la que se encuadren, existe un campo de la actividad de la administración o, más exactamente, de los órganos superiores de ésta, en la cual se impone, cuando menos, el sigilo acerca de la misma. En definitiva, es un principio, más o menos pacíficamente aceptado, el que el gobierno ha de contar con un margen de libertad para poder llevar a cabo las funciones de «alta política», margen que sólo es posible garantizar con una restricción del acceso del público en general a esas cotas. No es desde luego casualidad el que una de las limitadas materias en las que la jurisprudencia contencioso-administrativa francesa admita el acto político sea precisamente el campo de las relaciones internacionales, terreno en el que suele primar lo que se conoce como la razón de Estado.

Siendo, pues, universal el fenómeno de los secretos oficiales, se concluye que los diferentes ordenamientos no difieren entre sí en su esencia, sino por el alcance que a ellos se les dé. Más aún, extremando los términos, el auténtico «*quid*» de la cuestión radica en el alcance que tenga la revisión jurisdiccional sobre las decisiones de esta materia.

En este sentido, suele aludirse al caso norteamericano como paradigma de plenitud de jurisdicción de los tribunales, tomando como base la sentencia «*The United States vs Richard Nixon*» (también conocida como «*The presidential tapes*»). En ella, la Corte ordenó al Presidente la entrega al Juez Federal de unas cintas que estaban en su poder, y ello con base en el sólido argumento, sentado ya por el *Chief Justice* Marshall, de que es función exclusiva de los tribunales decidir cuál es el derecho, para lo cual, evidentemente, han de contar con la ayuda de los demás poderes de la Unión. Ahora bien, no resulta infrecuente que quienes citan la renombrada resolución olviden señalar que el Tribunal Burger llega a esa decisión, advirtiendo que la adopta porque no consta que afectara la infor-

mación solicitada a la Seguridad o Defensa Nacionales<sup>2</sup>. En definitiva, se constata de nuevo que, junto a los derechos de los ciudadanos y, muy especialmente, sobre el derecho a recibir información, también es acreedora de protección por parte del poder judicial, la seguridad misma del Estado<sup>3</sup>.

Por otra parte, la segunda nota que consideramos conveniente apuntar es la tendencia que se constata a, terminada la época de la Guerra Fría, modificar sustancialmente la regulación del tema. En este sentido, adquieren especial relevancia los casos de Gran Bretaña y Francia. En la primera, se ha publicado por parte del Primer Ministro un Libro Blanco que reúne los principios que habrán de inspirar el futuro «*Public Bill*» que el gobierno enviará en plazo prudencial a la Cámara de los Comunes.

Por su parte, en Francia, después de los escándalos de la «*Célula del Elíseo*», el actual Ejecutivo está manejando un anteproyecto en el que la potestad para decidir sobre los secretos oficiales, aun manteniéndose en manos del Presidente de la República y del Gobierno, habrá de ejercerse oyendo previamente a una Comisión integrada por personas nombradas por las más altas instancias de la Magistratura —Presidentes del Consejo Constitucional, de la Corte de Casación y del Consejo de Estado—, entre otras.

### 3. CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SECRETOS OFICIALES

#### A) MARCO GENERAL

Como ya se ha adelantado, la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 supuso un cambio radical en los principios jurídico-políticos básicos de nuestro país.

Nuestra Norma Fundamental garantiza a partir de entonces los elementos principales de todo Estado Social y Democrático de Derecho. Este planteamiento, que se constitucionaliza en el art. 1.1 C.E., se desarrollará e impregnará todo el sentir de nuestra Ley de leyes. Así se consagran principios como el de soberanía popular, pluralismo político, justicia...

La definición que toma nuestra Carta Magna, como no podía ser de otra manera, viene a garantizar una serie de derechos y libertades públicas del ciu-

<sup>2</sup> En efecto, el Tribunal rechazó la aplicación del privilegio presidencial de confidencialidad de las comunicaciones con sus funcionarios y asesores, además de por lo excepcional del mismo en el sistema jurídico norteamericano («...*But this presumptive privilege must be considered in light of our historic commitment to the rule of law...*»), por el hecho de no estar referido al campo en el que le es propio («...*He does not place his claim of privilege on the ground they are military or diplomatic secrets, as to these areas of Article II duties the courts have traditionally shown the utmost deference to presidential responsibilities...*»).

<sup>3</sup> En este sentido, paradigmático pronunciamiento es el *arrêt* del Consejo de Estado francés en el asunto «*Syndicat national des chemins de fer*» (1913), en el que se afirma que «*por encima de los intereses individuales más respetables, sobre los intereses colectivos más justificados, está el derecho superior de una sociedad y de una nación de asegurar su existencia*». Similares términos emplea la Sentencia del T.S. de los EE.UU. en el caso «*Korematsu vs United States*» (1944).

dadano, sin las cuales la expresión supradicha carecería de sentido alguno. La existencia de este Estado de Derecho conlleva, no sólo la de los derechos y libertades fundamentales, sino también su garantía. Esto último acarrea en determinadas situaciones, un complicado cumplimiento. Nos referimos concretamente a las colisiones de derechos fundamentales entre particulares, o como es nuestro caso, entre un derecho fundamental y una situación de necesidad estatal.

En la sociedad democrática del siglo XX la administración, que no es más que el brazo ejecutor del Estado, está obligada en cuanto a su posición en la organización social a comunicar, o lo que es lo mismo, a informar a sus ciudadanos. Entre las potestades del Estado se encuentra la de informar, pero también se encuentra entre sus deberes. Este deber se corresponde con el que se ha denominado<sup>4</sup> derecho del ciudadano a recibir información del Estado organizado en democracia pluralista, y que esta reconocido de una u otra manera en el art. 20.1 C.E., que textualmente dice: «*Se reconocen y protegen los derechos: (...) d) a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión...*»

Las condiciones de este derecho a la información variarán con el régimen político adoptado, siendo únicamente en el Estado democrático donde se pueda garantizar su vigencia y real cumplimiento, actuando de este modo como un criterio que permite conocer el grado de democracia de un nación en concreto.

#### B) DERECHO A LA INFORMACIÓN V.S. SECRETOS OFICIALES

Una vez situados en el marco jurídico del tema que nos ocupa, pasaremos a continuación a estudiar la configuración del derecho a la información y su relación, no del todo pacífica, con los Secretos Oficiales.

La Constitución Española de 1978 contempla en su art. 20. 1 d) el derecho a la información, el cual podríamos encuadrarlo como afirma López Guerra<sup>5</sup> dentro de los derechos de libertad, y se define como el derecho del ciudadano a ser y estar debidamente informado.

Desde las primeras sentencias de nuestro Tribunal Constitucional –en adelante T.C.–, el derecho a la información se configuró como un derecho fundamental preferente, consecuencia directa del citado principio democrático, así lo puso de relieve la Sentencia del Alto Tribunal –en adelante S.T.C.– 104/ 1986, de 17 de Julio, entre otras muchas, relativa al caso «*Soria Semanal*», en la cual, tras señalar que el derecho a la información es un derecho fundamental, afirma que «*...tiene una valoración que trasciende a la que es común y propia a todos los derechos fundamentales...*». Esta concepción básica del derecho a la información también fue puesta de relieve por la Sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 23 de abril de 1992, relativa al caso «*Castell*», en donde se estipula que el derecho a la información «*...es uno de los fundamentos esenciales de la sociedad democrática y una de las condiciones básicas para su evolución...*»

<sup>4</sup> Desantes Guanter, J. M., *Teoría y régimen jurídico de la documentación*, Madrid, 1987.

<sup>5</sup> López Guerra, L., *Introducción al Derecho Constitucional*, Valencia, 1994.

Según la doctrina<sup>6</sup>, el derecho a la información reconocido en el 20.1 d) C.E. posee una doble faceta. Por una parte, se encuentra la llamada información activa, consistente en el derecho a comunicar información, por otra, la denominada información pasiva, o lo que es lo mismo, el derecho a recibirla, siendo esta última donde centraremos nuestro estudio.

La configuración constitucional del derecho a la información en su vertiente pasiva, se presenta como una facultad de elección, es decir, se puede optar, en primer lugar, por recibir o no una información, y en segundo lugar, se puede elegir, de entre todas las informaciones, una de ellas. Es sin duda un derecho de la persona, pero es una obligación del Estado, al que corresponde el plano activo de este derecho.

El derecho a la información reconocido en la Constitución Española se presenta con vocación de universalidad en virtud del 10.2 C.E., que textualmente dice, «*Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante D.U.D.H.) y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España*». Correlativamente, el art. 19 de la D.U.D.H. afirma que «*Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión*». La amplia fórmula que emplea la D.U.D.H., y que nuestro texto constitucional hace suya de una manera indirecta, no sólo se proclama del sujeto, sino también de los medios y más allá de los límites fronterizos. Así se deduce de la alusión del párrafo 1.a) del precepto constitucional citado a «*(...) cualquier otro medio de reproducción*» y de la alusión del art. 19 de la D.U.D.H., *in fine* a «*cualquier otro medio de expresión*», «*sin limitación de fronteras*».

La generalidad en democracia es que el acceso a la información sea libre, pero es preciso aclarar que este acceso a las fuentes puede verse restringido excepcionalmente en determinadas circunstancias. Por tanto, el derecho a la información se configura como un derecho fundamental no absoluto, ¿cuáles son esas fronteras, esos límites?

Dos son los artículos constitucionales que limitan el ejercicio del derecho a la información.

En primer lugar el art. 20.4 que textualmente dice «*Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud e infancia*».

En segundo lugar el art. 105. b) de nuestro actual texto constitucional dice «*La ley regulará: el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del estado, la averiguación de los delitos*

<sup>6</sup> Álvarez Conde, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992.



y la intimidad de las personas». Este precepto no es más que la elevación a rango constitucional de los arts. 62 y 63 de la Ley de Procedimiento Administrativo (citada como L.P.A.) de 17 de Julio de 1958. Aunque el texto constitucional se limita a los archivos administrativos se trata de una apertura que puede llegar a consagrar el derecho a investigar, incluso, en archivos privados si llegan a tener trascendencia pública.

Aparece en este artículo el límite de la seguridad y defensa del Estado en relación con el derecho a la información. Es un óbice de carácter constitucional, es decir, excepción impuesta expresamente por nuestra norma fundamental, y que viene a dar continuidad a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, modificada por Ley de 1978. Este límite constitucional garantiza que en determinadas situaciones, que analizaremos posteriormente, el Estado puede negarse a suministrar información tanto al ciudadano como a los poderes públicos si ello repercute negativamente en la defensa y seguridad del país. En principio, y sin valoraciones más profundas, parece lógico que el legislador constitucional imponga una barrera al derecho a la información en la seguridad y defensa del Estado, pues aunque en uno que se predica social y democrático de derecho las libertades fundamentales son parte básica y primordial en el organigrama social, no es menos importante la defensa y la seguridad de quien defiende todo un sistema.

La tensión o enfrentamiento entre la exigencia de un secreto oficial y la de un derecho del público a la información está presente en la historia reciente de diferentes países. En Alemania en 1962 y en Inglaterra en 1964 en los asuntos «*Der Spiegel*» y «*Chandler Vs. Director of Public Prosecutions*» respectivamente, o el más reciente y conocido «*Watergate y Papeles McNamara*», en los Estados Unidos.

### C) EL DEBER DE TRANSPARENCIA: EL PRINCIPIO DE PUBLICIDAD

Como anteriormente hemos puesto de manifiesto, uno de los deberes del Estado es el de informar, o dicho en términos más jurídicos, dar publicidad a todas las normas y acuerdos que se desarrollen en su seno.

El art. 9.3 C.E. viene a reconocer expresamente este principio básico de publicidad «*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas(...)*». La adopción de este criterio por nuestra constitución contribuye evidentemente a la construcción de una sociedad más transparente en la que fluya lo que los juristas anglosajones llaman la «*free flow of news*», desterrando así la adopción de un secretismo normativo atípico de cualquier sistema democrático moderno. La idea de disposiciones secretas pugnaría no sólo con el principio democrático sino también con el conjunto de valores y principios jurídicos reconocidos en cualquier Estado de Derecho.

El principio de publicidad enunciado en el 9.3 C.E. consiste básicamente en la exigencia de que toda norma ha de ser dada a conocer públicamente antes de que pueda reclamarse su cumplimiento general. Este principio es primordial

en una sociedad democrática configurándose como un requisito indispensable para la garantía de la seguridad jurídica del ciudadano.

El principio de publicidad se incardina con otros dos principios establecidos en el 9.3. En primer lugar es evidente su conexión con el principio de legalidad, ya que sin publicidad no existe norma previa habilitante para la actuación administrativa; en segundo lugar, con el principio de seguridad jurídica, en cuanto a que sin publicidad no sería posible la presunción de conocimiento de las leyes establecida en el 6.1 Código Civil.

Por su parte, el informe del Comité Político del Consejo de Europa emitido el 21-XII-1978, exige que la información estatal reúna las siguientes condiciones:

- Además de verdadera y auténtica, ha de ser verificable y no controvertible.
- Ha de ser accesible a todos, sin discriminación de personas ni medios, conforme a la universalidad del sujeto y del medio.
- Ha de ser fácilmente comprensible por su lenguaje claro, con el fin de respetar el principio de igualdad.
- Debe darse en el momento en el que pueda ser útil a la sociedad y a sus ciudadanos.

Por último, el Consejo de Europa exige que la información al ciudadano ha de ser *constante*, todo lo frecuente que lo exija la situación, ha de ser también *significativa* —es decir, que revele todos los aspectos de los problemas expuestos—, así como *estimulante*, ofreciendo todos los aspectos para que el ciudadano adopte decisiones y contribuya de esta manera al debate político y a la conformación de la comunidad. Estas exigencias del Consejo de Europa relativas a la información estatal no son vinculantes, por lo que aunque el C.E. exigió su cumplimiento no dejan de ser meras recomendaciones a los Estados miembros.

Siguiendo la clasificación del informe del Consejo de Europa citado, dividimos en tres tipos la información que el Estado puede y debe proporcionar, siempre y cuando el derecho a la información por parte del ciudadano no tope con los límites analizados anteriormente:

1. *Información política*: Principalmente aquellas cuestiones que los órganos asamblearios o legislativos van a debatir o que interesan a la sociedad.
2. *Información administrativa*: Aquella informaciones derivadas especialmente de la utilización de los derechos del art. 35 de la Ley 30/92 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, L.P.C.): acceso a archivos y registros, identificación de funcionarios y autoridades...
3. *Información documental*, acceso a datos, encuestas, estudios e investigaciones en poder de la Administración.

La relación entre el segundo y tercer punto de nuestra clasificación es evidente, aunque queremos resaltar que el punto 2.º obedece más concretamente al

art. 105. b) C.E., del que parte la L.P.C. para desarrollarlo en sus arts. 35 y ss, –derecho de acceso a archivos y registros– que vinieron a sustituir a la L.P.A. de 17 de julio de 1958, y que frente a las expectativas se suscitaron ante el proyecto podemos afirmar que no han logrado un cambio sustancial con respecto a la situación anterior por lo que se refiere al derecho a la información del ciudadano.

#### D) LAS EXCEPCIONES A LA LIBRE INFORMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL.

A la hora de analizar las excepciones a la libre información se ha desechado la opción de realizar una visión global del ordenamiento jurídico, inclinándonos por tratar solamente aquellas excepciones que explícita o implícitamente recoge nuestro texto constitucional.

El punto de partida en esta cuestión lo constituye por un lado el 105.b) C.E. en lo referente a los Secretos Oficiales, y el 120.1 C.E. en relación con el Secreto Judicial.

Reiterando lo que se ha señalado con anterioridad, el primero de los preceptos citados viene a imponer un límite al derecho a la información del ciudadano en aquellos aspectos que puedan afectar a la seguridad y defensa del estado. Ésta es, sin duda alguna, una de las excepciones a la libre información oficial que impone nuestra Carta Magna. No será éste el punto donde se analicen la configuración, estructura y demás consideraciones sobre los Secretos Oficiales, reservándolo para otros epígrafes.

Nos centraremos, por lo tanto, en este momento en el análisis de la segunda excepción aludida: el Secreto Judicial. Éste se encuentra recogido tanto en nuestra legislación vigente como incluso en la Constitución Española de 1978. En efecto, el art. 120.1 C.E. dispone que *«las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento»*. El desarrollo legislativo de este precepto constitucional lo efectuó la Ley Orgánica del Poder Judicial, (L.O. 6/1985), que en su art. 232 prevé que *«Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones»*.

Todo lo anteriormente señalado viene a confirmar lo preceptuado en el 105 b) C.E., que admite que la investigación de los delitos puede ser una excepción al conocimiento de la actuación de los poderes públicos –en este caso de la Administración de Justicia–; en definitiva, se trata una excepción a la publicidad de los procedimientos, principio reconocido en nuestra Constitución y en diferentes tratados internacionales<sup>7</sup>.

El Tribunal Constitucional ha interpretado en numerosas ocasiones el secreto sumarial intentando garantizar siempre el principio de publicidad, limitando al máximo esta técnica judicial *«Un órgano judicial no puede privar sin más a la*

<sup>7</sup> Reconocido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966, en el Convenio Europeo para la Protección de Los Derecho Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, entre otros.

*sociedad del derecho a la información amparándose en el mero principio del secreto sumarial y sin invocación expresa de causa legítima» (S.T.C. 13/1985, F.J. 3.º).*

#### 4. CONCEPTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL DE LOS SECRETOS DE ESTADO

##### 1. CONCEPTO LEGAL DE LOS SECRETOS OFICIALES: LA LEY DE SECRETOS OFICIALES

##### a) **La ley de secretos oficiales de 1968 y su reglamento.** **Consideraciones generales**

El marco del cual hemos de partir para llegar a una definición del Secreto de Estado es el que nos proporciona la Ley 9/1968 de 5 de abril sobre Secretos Oficiales (en adelante, L.S.O.) modificada por la Ley 48/78 de 7 de octubre. De esta manera, y en una primera aproximación debemos señalar que, pese a su denominación, la regulación legal vigente no emplea para referirse a este tipo de materias el término «secretas» —que, como se verá más adelante, obedece a una ulterior división— sino el de clasificadas, siguiendo por lo demás, y tal como señala la exposición de motivos de la primera de las leyes citadas, la nomenclatura más usual en el Derecho Comparado.

Sentado este primer presupuesto, podemos incidir en el art. 2, según el cual son tales «los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueden dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del estado». Ahora bien, habida cuenta de que el precepto citado determina que «podrán ser declaradas materias clasificadas» es preciso añadir a la definición anterior la nota de haber sido apreciada su potencial idoneidad lesiva por el Consejo de Ministros y por la Junta de Jefes de Estado Mayor (citada como J.U.J.E.M.) «en la esfera de su competencia» —art. 4 redactado conforme a la Ley 48/78—. Como corolario de esto último, se puede afirmar que no hay mas materias clasificadas que las expresamente señaladas como tales por los órganos mencionados «mediante un acto formal» —art. 1 en relación con el art. 10.1—.

Ahora bien, dicho esto, y sin perjuicio de un posterior examen de tallado de la cuestión, resulta a todas luces obvio que no existe libertad absoluta para el Consejo de Ministros ni para la J.U.J.E.M. Y ello por dos razones, una de índole jurídico y otra puramente práctica.

En cuanto a la primera, siendo como es un principio esencial el de la publicidad de la actividad de los poderes públicos, anteriormente analizado, las excepciones a la misma han de constituir hechos incidentales. En este sentido, es necesario citar el art. 1.º de la Ley de 1968, sin olvidar su Exposición de motivos, en las que se resalta el principio antes señalado «a pesar de no estar expresamente resenado en las leyes fundamentales»<sup>8</sup>; hoy, empero, el problema —posible— no llega, ni siquiera, a plantearse: los arts. 9.3 y 105 C.E. lo consagran sin vacilación.

<sup>8</sup> Pese a lo tajante de tal afirmación, a nuestro modo de ver no habría demasiados inconvenientes para entenderlo subsumido en el art. 17 del Fuero de los Españoles: derecho a la seguridad jurídica.

En segundo lugar, a la razón que hemos convenido en llamar práctica alude tangencialmente el reglamento de la Ley de 1968, aprobado por Decreto 242/69 de 20 de febrero de 1969, vigente en lo no modificado por la Ley 48/1978, cuando alude a la conveniencia de evitar la acumulación de materias clasificadas y para ello propone la temporalidad de la medida.

Retornando a la línea argumental anterior, se concluye que, en la definición de secreto de estado o, por emplear la terminología legal, de materias clasificadas concurre un elemento material y otro formal:

- La potencial lesividad para la Seguridad y Defensa del Estado.
- La expresa declaración como tal, declaración que, a tenor del art. 54 L.P.C., inciso j), habrá de ser motivada, en cuanto que implica el ejercicio de una potestad discrecional<sup>9</sup>.

Una vez expuestas las consideraciones generales al concepto legal de secretos de Estado, deviene obligado incluir en este apartado una –siquiera breve– referencia a la Ley 11/95 de 11 de mayo de regulación de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados. En ella, se da una definición de los llamados «fondos reservados» en el cual se aprecian los elementos material y formal que se han reseñado. Así pues, tenemos que:

Son fondos reservados los «*que se destinen a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del estado*» y sólo para los departamentos ministeriales de «*Asuntos Exteriores, Justicia e Interior y Defensa*» –art. 1 en relación con el 4–, además, se requiere que se «*consignen como tales en las leyes de presupuestos generales del estado*» –art. 1–.

La conexión entre secretos oficiales y gastos reservados se constata, en fin, en el art. 3 de la Ley 11/95, que otorga a éstos la calificación de secretos, término que, como se expone a continuación, no es sino el de uno de los dos grados que pueden recibir las materias clasificadas.

#### **b) Clasificación de los Secretos Oficiales. Materias reservadas y materias clasificadas como secretas**

El art. 3 de la Ley 9/1968 establece, sin más precisiones, la distinción de dos categorías dentro del género de los secretos oficiales, a saber: secreto y reservado. «*En atención al grado de protección que requieran las respectivas materias en concreto*» –división, por lo demás, frecuente y común en otros ordenamientos, tal y como se señala en su Exposición de motivos–.

El extremadamente escueto criterio que ha de servir para determinar el calificativo que merece un determinado asunto, y del que se derivan consecuencias jurídicas, es precisado por el reglamento de la Ley. En efecto el art. 3 del mis-

<sup>9</sup> Así lo manifiesta el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio de 1996, al que se aludirá a continuación.

mo indica que procede declarar secreta una materia cuando requiera *«del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello, pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la Seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en lo referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional»* (párrafo I).

Por su parte el párrafo II caracteriza las materias reservadas por exclusión respecto a las secretas –*«no comprendidas el apartado anterior por su menor importancia»*– predicándose en cualquier forma de ellas la misma lesividad –potencial– para los *«intereses fundamentales de la nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional»*.

Ahora bien, si es pacífico el hecho de la necesidad de declaración formal y expresa para poder atribuir a un asunto el régimen de las materias clasificadas, no lo es, a tenor de lo que a continuación se expondrá, el de su opuesto, es decir, la desclasificación. Así, en el Conflicto jurisdiccional planteado por el Ministro de Defensa el 3-11-93 frente al Juzgado Central de Instrucción n.º 5, el titular de éste, así como el Ministerio Fiscal y la Acción Popular, sostuvieron su pretensión de entrega de los conocidos «papeles del C.E.S.I.D.», entre otros argumentos, porque ya eran de conocimiento público.

Por contra, la Sentencia de 14-12-1995 del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (en adelante, T.C.J.) se muestra tajante en la opinión contraria *«(...) la declaración de materia clasificada (...), así como la declaración de su cancelación constituyen un acto formal(...) no susceptible, por tanto, de ser desvirtuado o sustituido por situaciones «de facto»* (Fdto. Jurídico n.º 3).

En la misma línea se manifiestan tanto el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio de 1996 como las sentencias del T.S. de 4 de abril de 1997, que posteriormente analizaremos.

### c) El régimen jurídico de los Secretos Oficiales

De cualquier modo, ambas categorías, en cuanto especies de un mismo género, comparten, a tenor del art. 8 de la Ley 9/68, análogos efectos restrictivos respecto a su conocimiento y divulgación, sin perjuicios de rasgos diferenciadores propios. De esta suerte,

- sólo los órganos y las personas *«debidamente facultadas»* podrán tener conocimiento de las materias clasificadas,
- las ubicaciones de las materias clasificadas tendrán acceso y circulación limitada,
- especial obligación de funcionarios civiles y militares de velar por la protección y salvaguarda de las materias clasificadas.

De este presupuesto, el reglamento pormenoriza una detallada serie de supuestos en los que se manifiestan diferencias –no en exceso relevantes– de los

regímenes jurídicos característicos de una y otra materias clasificadas: extravío, revelación, custodia, traslado, transmisión.

Singular importancia adquiere el tema de la regulación del acceso a las materias clasificadas. En este sentido, el texto legal, en su art. 11.2, se limita a atribuir la competencia para la concesión de aquél al Consejo de Ministros y a la J.U.J.E.M. El precepto es desarrollado por el art. 27 del Decreto 242/69, en virtud del cual el permiso está supeditado exclusivamente a que se reúna el requisito consistente en que se trate de personas *«cuyos deberes oficiales requieran tal acceso»*.

De nuevo, no es difícil apreciar que la discrecionalidad de la autoridad competente está severamente matizada. En este sentido, merece ser recordada la doctrina del Consejo de Estado expresada en el dictamen n.º 2776/96 de 18 de julio, sección 1.ª –acerca de las consultas emanadas por el gobierno en relación con el asunto de los «papeles del C.E.S.I.D.»– El Consejo se muestra rotundo a la hora de afirmar que no es posible permitir a la autoridad judicial el acceso al amparo del art. 11.2 de la Ley 9/68 a los documentos clasificados. *«No cabe pues, en este caso, el acceso al conocimiento de los documentos clasificados, mientras lo son, ya que su utilización como medida de prueba sería incompatible con su carácter secreto, sin que pueda considerarse razonable la precisión de que tal carácter podrá mantenerse ya que la reserva obliga a todos los que tengan conocimiento de los documentos –incluso bajo sanción penal– ni la de que el juicio pudiera, hipotéticamente, celebrarse a puerta cerrada»*.

Respecto a este régimen especial de acceso a las materias clasificadas cabe, por último, señalar que a ella se remite la L.P.C. en sus arts. 37.5 b) y 37.6 a). El primero hace referencia a la imposibilidad de consulta de archivos y registros que contengan información sobre la Defensa Nacional o la Seguridad de Estado –que se corresponden con algunos de los criterios para otorgar la calificación objeto de nuestro estudio–. Por su parte, el segundo alude expresamente *«a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas»*, indicando que se encuentran regidos por disposiciones específicas.

Para finalizar este punto deviene obligado señalar que la circunstancia de que una ley postconstitucional como la L.P.C. remita genéricamente a la normativa sobre secretos oficiales, no supone, como bien indica Díez Picazo<sup>10</sup>, que la L.S.O. quede automáticamente sanada de los posibles vicios constitucionales de que pudiera adolecer, tesis sostenida por el Magistrado Sr. Sala Sánchez en las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 que son objeto de comentario en el epígrafe n.º 4 de este trabajo.

#### **d) Secretos Oficiales, Investigación Judicial y Defensor del Pueblo**

¿Significa todo lo anteriormente expuesto que el órgano jurisdiccional que conozca de un determinado asunto haya de quedar resignado a no poder

<sup>10</sup> Díez-Picazo, L. M., *La desclasificación judicial del Secreto de Estado*, La Ley, 18 de julio de 1997.

emplear aquellos medios probatorios que han sido declarados «secretos» o «reservados»? ¿No se corre el riesgo de consagrar espacios de impunidad del poder público?

A la última de las preguntas responde explícitamente la S.T.C.J. de 14-12-1995 en su F.J. n.º 4, en el que tras sostener que la labor del poder judicial discurre necesariamente dentro del cauce de las leyes, el límite que estas le impongan no significa en palabras del tribunal «dejar fuera de la labor del Juez espacio delictivo alguno»; lo que sucede es que se «modulan restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios». Esta limitación en aras de la seguridad de Estado se compara con la que el 105 b) C.E. impone al acceso a los registros y archivos administrativos por parte del ciudadano. El otro soporte en el que se basa la resolución es altamente significativo, ya que supone colocar en plano de igualdad el derecho a no autoinculparse o la dispensa de la obligación de declarar de ministros religiosos, abogados, procuradores, funcionarios públicos... con la negativa del Ministerio de Defensa a aportar los controvertidos documentos a un proceso penal en curso<sup>11</sup>.

En definitiva, del tenor de la Sentencia del T.C.J., se desprende que la negativa a desclasificar una materia no supone que el Juez o Tribunal no pueda acudir a otras vías para continuar su labor investigadora. En este sentido, se manifiestan los servicios jurídicos del Congreso de los Diputados en su informe emitido a petición de la mesa de la Cámara con respecto a la posibilidad de que los diputados miembros de la Comisión de Secretos Oficiales prestasen declaración ante los jueces instructores que habían requerido los papeles del C.E.S.I.D.<sup>12</sup>.

Por lo demás, nada obsta a que el Juez, se dirija al Consejo de Ministros a través del titular del correspondiente Departamento Ministerial por medio de exposición razonada, para solicitar la desclasificación de una determinada materia –187. Lecrim–. Desde luego, ello no significa que «pueda imponer, sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación» –F.J. n.º 5 S.T.C.J. 14-12-95–. El gobierno, evidentemente, podrá negarse a entregarlos, con lo que, la labor del órgano judicial se tendrá que desviar a otros medios indirectos de prueba, a no ser que las partes en el proceso en curso entablen recurso contencioso-administrativo contra el acuerdo del Gobierno –que fue lo que sucedió en el caso del que se ocupan las S.S.T.S. de 4 de abril y que posteriormente serán objeto de estudio en este trabajo–. En esta línea, no deja de ser cierta la consideración for-

<sup>11</sup> Con independencia de lo que nos sugiera la construcción de un símil entre el derecho a la defensa sustento último de la exención de declarar de abogados y procuradores- y el valor de la Seguridad del Estado, no debemos pasar por alto que éste es un argumento común en Derecho Comparado. Baste citar al respecto la sentencia del T.S. de los EE.UU. en el caso «United States vs R. Nixon». Parece adecuado recordar los términos empleados por el Chief Justice Burger, quien comparó las consecuencias de la V Enmienda con el privilegio presidencial de confidencialidad de sus comunicaciones («And, generally, an attorney or a priest may not be required to disclose what has been revealed in professional confidence»).

<sup>12</sup> De esta forma, se salvaba el conflicto entre el contenido del art. 16 del Reglamento del Congreso (que impone a los diputados la obligación de «no divulgar las actuaciones que... puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas») y el deber de prestar auxilio a la acción de la Justicia.



mulada por al Magistrado Sr. Peces Morate en su voto particular –concurrente– a las resoluciones citadas cuando indica que se «*deja sin respuesta la aportación de pruebas acordadas de oficio por el juez cuando no haya una parte legítima(...) que discuta la negativa del Consejo de Ministros*».

En efecto, el argumento de la Sala, llevado a sus últimos extremos, posibilitaría dejar la actividad de la jurisdicción penal al albur de los particulares.

De un modo análogo con lo que ocurre con la investigación judicial, también la labor de supervisión y control que la Administración lleva a cabo el Defensor del Pueblo, en cuanto «*alto comisionado de las Cortes Generales*» –54 C.E.–, se topa con severas limitaciones a la hora de afrontar los asuntos legalmente calificados como secretos o reservados. En efecto, si de una lectura aislada del art. 19.3 de la Ley Orgánica 3/81 de 6 de abril reguladora de tal institución –en adelante L.O.D.P.–, pudiera desprenderse que tiene derecho de acceso a este tipo de materias<sup>13</sup>, lo cierto es que si el mencionado precepto se pone en relación con lo dispuesto en el 22 L.O.D.P. se llega a la conclusión contraria. Y es que en este último se determina que, con respecto a las materias clasificadas, su no remisión sólo podrá ser acordada por el Consejo de Ministros, debiendo éste acompañar «*una certificación acreditativa del acuerdo denegatorio*». De ello de extrae que los órganos competentes para otorgar la clasificación de un determinado documento *ex art. 4 L.S.O.*, sólo la Junta de Jefes de Estado Mayor puede verse avocada a ceder ante el Defensor del Pueblo. Por lo demás, esta interpretación es reafirmada indirectamente por el art. 4 L.O.D.P., que extiende sus competencias al ámbito de la Administración Militar, a la paz que lo supedita a que no suponga «*una interferencia en el mando de la Defensa Nacional*» mando que *ex 97 C.E. y ex 7 L.O. 6/1980 de 1 de julio* –por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar–, así como por las reales ordenanzas de las Fuerzas Armadas, corresponde al Gobierno.

De esta manera, si es éste quien niega el acceso, lo único que podrá hacer el Defensor del Pueblo, a tenor del 22.3 L.O.D.P., es ponerlo en conocimiento de la comisión mixta Congreso– Senado de relaciones con la institución, y ello siempre que entienda que la no remisión «*podría afectar de forma decisiva a la buena marcha de su investigación*». Se trata, pues, de abrir paso al control político de los actos de clasificación con las consecuencias que ello conlleva.

#### e) El control jurisdiccional y político de los Secretos Oficiales

Sin perjuicio de la labor de supervisión que sobre las actuaciones del gobierno y del resto de la administración llevan a cabo las Cortes Generales, especial relevancia cobra la revisión jurisdiccional de los acuerdos tanto de clasificación como de la cancelación de esta. En este sentido, el punto de partida de nuestro estudio ha de ser el art. 10.2 en su redacción original: «*No corresponde a la Jurisdicción Contencio-*

<sup>13</sup> Art. 19.3 L.O.D.P: «A estos efectos no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa (...)».

*so-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta ley*». Obviamente, con este planteamiento, el único campo en el que se podía mover el poder judicial era el que nuestra jurisprudencia denominaba «vicios de orden público», es decir, lo referido a las infracciones de forma y procedimiento, sin poder entrar a valorar el fondo de la cuestión. Se trataba, en definitiva, de actos dictados «en virtud de una ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa» 40 f) Ley reguladora de tal Jurisdicción: L.J.-.

Ahora bien, la entrada en vigor de la Constitución supone una ruptura –a juicio gran parte de la doctrina<sup>14</sup>– con el concepto de «acto político» que subyacía al art. citado de la L.S.O. No es, desde luego, propósito de este estudio detenerse en la teoría del «acto político»; sin embargo, como quiera que la labor de los Tribunales no tendría cabida alguna de admitirse aquel, conviene siquiera hacer una breve referencia al mismo. Para mejor precisar el nudo gordiano de la cuestión, deviene obligado plantearla en sus justos términos. En efecto, siguiendo, por lo demás, una línea doctrinal y jurisprudencial consolidada, el T.S. en sus Sentencias de 4 de abril de 1997 niega que pudiera suscitarse la controversia de si la clasificación –y su acto contrario– obedece a motivos estrictamente políticos –y por tanto exentos de control judicial– si quien la hubiese establecido hubiese sido la J.U.J.E.M. y no el Consejo de Ministros. En la misma línea se manifiesta explícitamente uno de los Magistrados discrepantes –Sr. Sala Sánchez–. De esta forma la polémica sólo nace cuando se trata de un acto del Consejo de Ministros. Y es que si bien la doctrina científica tiende por lo general cuando menos a restringir su ámbito de aplicación, si no a propugnar directamente su total supresión, el legislador<sup>15</sup>– y también algún sector jurisprudencial– no parece aceptar tales postulados. Paradigmas de esta opinión lo constituyen las sentencias del T.C.J. y algunos de los votos particulares formulados a las sentencias del T.S. anteriormente señaladas. Efectivamente, el T.C.J., sin mencionarlo expresamente, determina que «*Existe un ámbito competencial, residenciado, en lo que ahora nos atañe, en el Gobierno, al que corresponde, por tanto, efectuar las oportunas valoraciones acerca de la concurrencia de las condiciones precisas para ser clasificadas o, en su caso, para cancelar esa declaración, una determinada materia*» (F.J. 3.º). Más explícito se muestra el Magistrado Sr. Sala Sánchez, quien afirma que «*la seguridad del estado no es concepto jurídico porque no es susceptible de definición jurídica(...), sino un puro concepto político(...)*» (F.J. 7.º). Al respecto se ha criticado, sin demasiado fundamento, una supuesta incoherencia en estos razonamientos, habida cuenta de que una decisión de la J.U.J.E.M. –que se habría de basar forzosamente en el criterio aludido– sí fuese recurrible en vía contencioso-administrativa y no lo sea un acto del gobierno por idénticos motivos. Quienes así opinan olvidan que, en

<sup>14</sup> Singular relieve ha correspondido al prof. García de Enterría en esta labor, en obras como *La lucha contra las inmunidades del poder o Democracia, jueces y control de la Administración*.

<sup>15</sup> No podemos dejar de evocar aquí las palabras empleadas en la Exposición de Motivos de la L.P.C. en la cual se afirma que «*la Constitución (...) recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar*» con lo que «*se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas*».

todo caso, el Tribunal revisor debería en todo caso guardar respeto a la pericia técnica del órgano citado, pues es a todas luces obvio, como se encarga de señalar el propio Magistrado Sr. Sala Sánchez, que no cabe atribuir al Alto Tribunal más conocimientos en materia de Seguridad del Estado que al Consejo de Ministros o a los Jefes de Estado Mayor de los tres ejércitos<sup>16</sup>.

Por otro lado, el Dictamen del Consejo de Estado se desvía y rechaza «a radice» toda referencia al concepto de «acto político». En efecto, el Alto Cuerpo Consultivo, tras afirmar que al Consejo de Ministros, aun correspondiéndole la apreciación de concurrencia o no del peligro para la seguridad y defensa del Estado, no se le debe pasar por alto que «se halla ante una manifestación de la tensión axiológica entre seguridad y justicia» recordando, además, que está sometido a la Constitución y al ordenamiento jurídico –9.1 C.E.– en cuanto poder público, y como administración pública a la Ley y al derecho –103 C.E.– (en contraposición con la postura que sostiene la Exposición de Motivos. de la citada L.P.C.). La conclusión del silogismo que sigue a estas dos premisas la aporta el Consejo al señalar que el «amplio margen de discrecionalidad (del gobierno) coexiste con la interdicción de la arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o por fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional». Recapitulando, junto a elementos estrictamente reglados –competencia, forma expresa y motivación–, existe una amplísima discrecionalidad del ejecutivo, susceptible, empero, de revisión –jurisdiccional, se entiende–<sup>17</sup>. Con estas palabras, parece pretender configurarse por parte del Consejo, la «Seguridad del Estado» como un concepto jurídico indeterminado<sup>18</sup> en el que el «halo de incertidumbre» tendría forzosamente una notable extensión, además de harto

<sup>16</sup> En una línea parecida se manifiesta el Magistrado Sr. Xiol Ríos, quien en su Voto particular discrepante (F.J. 6.º), alude con claridad a la discrecionalidad técnica.

<sup>17</sup> Frente al argumento de que existen determinadas cuestiones en las que sólo el Ejecutivo, por los medios con los que cuenta, puede elaborar una correcta apreciación de los intereses en juego, teniéndose entonces los tribunales que conformarse con la versión que de los hechos les proporcione la Administración, conviene citar la sentencia del TS norteamericano en el caso «*ex parte Milligan*» (1866), en la que la Corte no vaciló en cuestionar la valoración que había hecho el gobierno de la Guerra civil en el Estado de Indiana. Tampoco, empero, se debe olvidar que en el caso entonces enjuiciado, se ventilaba el harto conflictivo asunto del procesamiento de civiles ante *Martial Courts* y la posibilidad del gobierno de suspender el derecho de «*habeas corpus*», garantizado en la Constitución. Se trataba, en definitiva, de un auténtico caso de «*constitutional fact*», por emplear la terminología acuñada por la doctrina norteamericana, en el que, como es sabido, el Tribunal asume las más amplias potestades de cara a la averiguación de los hechos, facultad de ordinario limitada a aceptar los proporcionados por la Administración. Y es que en otras situaciones análogas en las que no se ventilan asuntos con tal trascendencia en derechos de origen constitucional, la jurisprudencia muestra un grado muy superior de «*self-restraint*». Así, en el caso «*United States v. Burr*» (1807), se dice que «*In no case of this kind would a court be required to proceed against the president as against an ordinary individual*»; de ahí que, mucho tiempo después (1947), y recordando tal cita, se afirmara que «*It would be intolerable that courts, without the relevant information, should review and perhaps nullify actions of the executive taken on information properly held secret*» («*C&S Air lines vs Waterman Steamship Corp.*»). En el mismo sentido, «*United States vs Reynolds*» (1952)..

<sup>18</sup> Opinión sostenida en sus respectivos votos particulares por los Magistrados Sres. Ledesma Bartret y Xiol Ríos.

evidentes referencias de índole política. Halo en torno al cual no estaría en absoluto de más, a nuestro juicio, tributar cierta «*deferencia*»<sup>19</sup>.

Por una línea en cierto modo semejante al Consejo de Estado, aunque menos decidida, se decanta la Sala de lo Contencioso-administrativo del T.S. en las resoluciones señaladas anteriormente. Y es que, sin perjuicio del ulterior análisis de aquéllas en el punto 4.2 de este trabajo, postula que, incluso los actos del Gobierno con elevado contenido político, son susceptibles de revisión judicial si han sido delimitados por el legislador con «*criterios judicialmente asequibles*» (F.J. 7.º)<sup>20</sup>. Técnica esta que, como señala Blanca Lozano, guarda evidentes similitudes con el control que se efectúa sobre los elementos reglados de las potestades discrecionales<sup>21</sup>.

Por lo demás, el Alto Tribunal, que prescinde de esta técnica en el razonamiento de las merítadas resoluciones, para reemplazarlo por un juicio de ponderación de los valores en juego, parte de la premisa de que «*nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en principio inmunes al control jurisdiccional de legalidad*». En definitiva, podemos concluir que, en el momento actual, incluso aceptando tal realidad, no hay obstáculo para que se pueda producir un control jurisdiccional sobre el fondo de tales actos, por más que aquél pueda presentar ciertas peculiaridades.

Configurada de esta forma la cuestión, y con las reticencias de algunos autores<sup>22</sup> parece claro, que es ésta la conceptualización que de los actos de clasificación/desclasificación predica el vigente ordenamiento jurídico español. Por lo demás, el examen de los diarios de sesiones del Senado nos confirman esta tesis, y es que, con ocasión de la reforma que de la L.S.O. hicieron las Cortes de 1978, el senador Martín Retortillo introdujo una enmienda en el sentido de suprimir el párrafo 2.º del art. 10, que, como se ha visto, excluía de esta materia del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Ciertamente, como ha puesto de manifiesto la doctrina al respecto, en pocas ocasiones la «*voluntas legislatoris*» y la «*voluntas legis*» estuvieron más cerca, de suerte que en ausencia de prohibición legal expresa —cuya constitucionalidad no dejaría, por lo demás, de ser pacífica—, no cabe cerrar la vía a los tribunales de entrar en el fondo de la cuestión planteada.

Con independencia de cuál sea la naturaleza que se predique de los actos de calificación de una materia como clasificada (y del mismo modo, la decisión de cancelar tal acuerdo), es a todas luces obvio que es forzoso admitir la interven-

<sup>19</sup> Se emplea aquí a sabiendas el término «deferencia» en el sentido que lo hace la *Supreme Court* estadounidense bajo la Presidencia del *Chief Justice* W. Rehnquist.

<sup>20</sup> Quizás la forma más adecuada de expresar las tesis del T.S. acerca de los actos políticos sea la que, irónicamente, es empleada por Jordano Fraga en su art. «¿Jaque mate al acto político?»: *haberlos, haylos*.

<sup>21</sup> Blanca Lozano, *El control judicial de los Secretos de Estado: Las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 sobre los documentos del C.E.S.I.D.*, R.E.D.A. 1997.

<sup>22</sup> Especial vehemencia ha demostrado en la defensa de sus tesis Pérez Royo, quien en el diario *El País*, señaló que las sentencias constituían un auténtico golpe de Estado: 18 de abril de 1997. «¿Por qué no?».

ción fiscalizadora de las Cortes Generales sobre aquéllos. Nos limitaremos a citar aquí como fundamento de esta afirmación el art. 66.2 de la Constitución: «*Las Cortes Generales (...) controlan la acción del Gobierno(...)*». Así pues, no cabe hoy plantearse discusión alguna en torno a la legitimación del Legislativo para intervenir en el ámbito de los llamados secretos de Estado, a diferencia de lo ya expuesto acerca del Poder Judicial.

Llegados a este punto, parece necesario referirse a la redacción originaria de la Ley reguladora de la materia ya citada. En efecto, ésta disponía, junto a la mencionada prohibición de una hipotética «*judicial review*» sobre las decisiones del Ejecutivo (art. 10.2), que las calificaciones de secreto y reservado que podían aplicarse a un determinado asunto de ningún modo «*impiden el ejercicio de los medios normales de fiscalización que las Leyes reconozcan a las Cortes y al Consejo Nacional del Movimiento*» (art. 10.3). De lo transcrito, se infiere fácilmente que la cuestión se centra en averiguar cuáles han de ser tales medios con los que se ha de llevar a cabo lo que la propia Exposición de Motivos del texto normativo antes citado denomina «*el importante juego del control político*» sin que se ponga en peligro la Defensa o la Seguridad Nacionales. Obviamente, la reforma efectuada en 1978 mantuvo la línea del legislador preconstitucional y, en ese sentido, el actual art. 10.2 señala que tanto el Congreso de los Diputados como el Senado «*tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma en que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas*».

Sin pretender realizar aquí un análisis de Historia del Derecho, deviene obligado siquiera detenerse en un aspecto, nimio si se quiere, pero que no deja de tener importantes consecuencias. Se trata de que, con la redacción vigente, son las propias cámaras quienes fijan las condiciones para examinar las materias clasificadas, partiendo la ley de una posibilidad, «*a priori*» ilimitada. Por el contrario, el antiguo art. 10.3 preveía la necesidad de autorización del acceso por una norma legal, lo que suponía, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica del Estado (art. 10.b) y Constitutiva de Cortes (art. 1), la necesaria intervención del Jefe del Estado. Por lo demás, conviene recordar que incluso el Reglamento de las Cortes, estaba necesitado, para su elaboración o reforma, del acuerdo del Gobierno (cfr.: Disposición Adicional de la Ley Constitutiva de Cortes). Quizá sea ésta la razón por la que en el aprobado el 15 de noviembre de 1971 no se contenga ninguna forma de control especial, quedando, por tanto, circunscrita a la que en su caso pudiera efectuarse a través de los procedimientos ordinarios (es decir, interpelaciones, ruegos y preguntas) del Pleno y de las Comisiones<sup>23</sup>.

Centrándonos ya en el ordenamiento constitucional vigente, el primer dato sobre el que hay que llamar la atención es el que revela que, en la actualidad, y pese a que ambos reglamentos (arts. 44 del Congreso y 66 del Senado: R.C. y

---

<sup>23</sup> Aunque obvio, conviene señalar que el tampoco el Consejo Nacional del Movimiento contaba con ningún mecanismo específico de control sobre el Ejecutivo en esta materia, como no fuera el muy limitado que podía ofrecer la Comisión de Derechos y Libertades Fundamentales.

R.S., respectivamente) aluden a la posibilidad de que las respectivas cámaras requieran del Gobierno la información que estimen oportuna, siguiendo, por lo demás, los dictados del art. 110 C.E., sólo el Congreso tiene regulado un procedimiento específico de acceso a asuntos que hayan obtenido la calificación de secreto y reservado. Puesto que el objeto de este trabajo no es el de valorar la relevancia del Senado en el conjunto de los órganos constitucionales de la Nación, nos limitaremos a poner de manifiesto esta inaudita omisión que no deja de sorprender en un Estado que proclama el derecho a la autonomía tanto de nacionalidades y regiones como de los entes locales y respecto de todos los cuales constituye cauce natural de expresión la que, *ex art. 69 C.E.*, es «*cámara de representación territorial*».

Por lo que respecta a la labor de fiscalización que puede ser desarrollada por el Congreso de los Diputados, se rige por una Resolución de su Presidencia de 2 de junio de 1992 que sustituye a otra anterior de 18 de diciembre de 1986. En ella, y en contraste con la amplia previsión del art. 7.1 R.C.<sup>24</sup>, se restringe la legitimación para solicitar el examen de materias clasificadas a las Comisiones y a uno o más Grupos Parlamentarios que supongan, al menos, una cuarta parte de los miembros de la cámara. En cualquier caso, esta modificación de lo que es la regla general parece justificada por razón del carácter «sensible» de la información, así como en el tenor del art. 7.2 R.C.<sup>25</sup>.

En cuanto a las formas en que se materializa el acceso de los parlamentarios a lo que genéricamente se suele denominar «secretos oficiales», se arbitran en la Resolución objeto de análisis, dos procedimientos diferentes de acceso a las materias clasificadas: Uno que podríamos denominar ordinario y otro susceptible de ser valorado como excepcional (siguiendo de esta manera la terminología de la citada Resolución). A su vez, el primero comprende dos modalidades distintas según se trate de asuntos que hayan recibido la calificación de secretos (a los que *ex lege* se asimila lo concerniente a fondos reservados) o la de reservados.

En efecto, de encontrarnos en el primero de los supuestos, únicamente podrá conocer una Comisión especial presidida por el Presidente de la cámara y compuesta por un representante de cada uno de los Grupos Parlamentarios (excluido el Mixto), elegido por el Pleno por mayoría de 3/5 (inciso 3 de la Resolución en relación con el art. 7 de la Ley reguladora de los gastos reservados).

Si se trata de materias a las que la calificación otorgada sea la de «reservada», el Gobierno facilitará la información a los portavoces de cada Grupo Parlamentario o a los representantes de éstos en la Comisión de la que hubiera partido la iniciativa.

<sup>24</sup> Art. 7.1 R.C., *Para el mejor cumplimiento de sus funciones parlamentarias, los Diputados, previo conocimiento del respectivo Grupo parlamentario, tendrán la facultad de recabar de las Administraciones Públicas los datos, informes o documentos que obren en poder de éstas.*

<sup>25</sup> Art. 7.2 R.C., (...) *La Administración requerida deberá facilitar la información requerida o manifestar al Presidente del Congreso(...) las razones fundadas en derecho que lo impidan.*

Sea cual sea la forma del procedimiento ordinario que se siga, el inciso sexto de la citada Resolución (inspirado, sin duda, en el art. 10.2 L.S.O.) prevé la posibilidad de que el gobierno solicite que la información se exponga en sesión secreta. Con un somero análisis, se descubre, pese a lo que inicialmente pudiera parecer, que el precepto es, cuando menos, incongruente con el espíritu y con la letra de la legislación vigente acerca de secretos oficiales. Baste traer aquí a colación el art. 2 de la L.S.O., que caracteriza a las materias clasificadas como aquéllas «*cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado*». Así las cosas, de admitirse el resultado a que conduce la dicción del inciso 6 de la Resolución de la Presidencia del Congreso, es decir, que pudieran celebrarse sesiones públicas cuando se informa a la Cámara sobre asuntos reservados, tendríamos que la mera solicitud por parte de la cámara equivaldría «*de facto*» a su desclasificación. Con ello, una facultad que normas de rango legal e incluso constitucional<sup>26</sup> atribuyen al Poder Ejecutivo quedaría a expensas no ya del Legislativo, sino de unos cuantos miembros de una de sus Cámaras. Como esto ha de ser, siquiera por mera «*reductio ad absurdum*», rechazado tajantemente, hemos de concluir que la previsión ahora cuestionada es redundante e innecesariamente reiterativa.

Por lo que respecta al procedimiento excepcional, tiene como rasgo característico propio el que es el Presidente del Congreso o el de la Comisión que solicitó que se aportara la información clasificada (obviamente como secreta) el único habilitado para efectuar su examen. En estos casos, la iniciativa para que se emplee tan restringida forma de acceso parte del Gobierno, que lo hará mediante solicitud motivada, correspondiendo la decisión final a la Mesa de la Cámara.

Expuestas las formas en que se realizará el control parlamentario sobre las decisiones del Gobierno y de la J.U.J.E.M. en este campo, es preciso hacer, como corolario, dos consideraciones. La primera alude a los criterios que seguirá el Congreso (y en su día, el Senado) para supervisar en este capital punto la labor del Ejecutivo. Y es que, a diferencia de lo que le sucede al Poder Judicial, circunscrito exclusivamente a criterios jurídicos, las Cortes pueden guiarse por otros motivos (incluidos, y muy especialmente, los políticos), de suerte que una actuación del Consejo de Ministros, por ejemplo, puede superar el filtro de los Tribunales de Justicia, pero no el parlamentario.

La segunda vía de reflexión anunciada se centra en la efectividad de esta forma de control. Y su sentido no puede dejar de ser más desalentador si tenemos en cuenta lo acaecido en fechas relativamente recientes cuando, ante la petición de un Magistrado que instruye uno de los sumarios relativos al que se ha venido a conocer como «*caso G.A.L.*», algunos de los diputados constataron la dificultad que supondría comparecer ante la autoridad judicial para verificar si las copias obrantes en el poder de ésta se correspondían con los originales exhibidos por el Ministro de Defensa ante la Comisión de Secretos Oficiales, pues no les había sido posible estudiar exhaustivamente su contenido (¡!).

<sup>26</sup> Cfr., F.J. 7.º de las S.S.T.S. de 4 de abril.

### f) Sanciones a la revelación de secretos

El estudio de la regulación legal de los secretos oficiales no quedaría completo sin hacer una referencia a los medios de protección que establece el ordenamiento jurídico para garantizar la eficacia de aquellos. Y, así, se pueden distinguir dos clases de sanciones:

- Administrativo-disciplinarias.
- Penales.

Antes de adentrarnos en el estudio de cada una de ellas, es preciso señalar que, si bien las segundas existieron tradicionalmente en los diversos Códigos Penales Comunes y de Justicia Militar, las primeras sólo aparecen con la Ley 9/68. Y lo hacen porque, tal y como reconoce el propio legislador en la Exposición de motivos *«las medidas de protección eficaces son que la propia administración ha de establecer para garantizar que los documentos o materiales en que físicamente se reflejan los secretos, no puedan ser conocidos...»*. En este sentido el art. 13 del texto legal prevé que el incumplimiento de las limitaciones previstas a la difusión y conocimiento de las materias clasificadas tendrá la consideración de falta muy grave, sin perjuicio de la responsabilidad penal que ataña a su responsable. Esta sucinta previsión es desarrollada por el art. 34 del reglamento, que distingue entre la difusión o publicación de las materias reservadas por declaración de ley y materias clasificadas y *«las restantes violaciones de las normas contenidas en este decreto»*. A las primeras les atribuye la citada calificación de falta muy grave y a la segunda de falta grave (recordemos que, según el 91.2 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, las muy graves pueden ser sancionadas hasta con la separación del servicio).

Por lo que respecta a los tipos penales cuyo bien jurídico protegido esta constituido o, cuando menos, se refiere al interés en mantener el sigilo acerca de las materias clasificadas, se recogen tanto en el Código Penal Común (C.P.) como en el Militar (C.P.M.), aunque no es éste el lugar adecuado para el estudio de tan interesante tema, es forzoso aludir a los distintos preceptos a ello dedicados.

- *Revelación de secretos por parte de autoridad o funcionario público* -417 C.P.- y *aprovechamiento de los mismos por un particular* -418-, castigados en el primer caso con la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo publico por tiempo de uno a tres años, pudiendo incluso llegar *«si resulta daño grave para la causa pública»*, la pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación de uno a tres años. Por su parte la conducta del particular recibe la sanción de multa del tanto al triplo de beneficio obtenido o facilitado, y si concurre la circunstancia de grave daño para la causa pública, le corresponderá la pena de prisión de cuatro a seis años.
- *Aprovechamiento con ánimo de obtener beneficio económico para sí o un tercero por autoridad o funcionario público de un secreto al que tenga acceso por razón de su oficio o cargo o de una información privilegiada* (422): la pena es de multa del



tanto al triple del beneficio perseguido, obtenido o facilitado, inhabilitación especial para empleo o cargo público de dos a cuatro años. De mediar grave daño para la causa pública, la pena será la prisión de uno a seis años e inhabilitación especial para empleo o cargo público de siete a diez años.

- *Delito de traición* -584 C.P.- que castiga al español que se procure o revele, utilice o falsee para favorecer a potencias enemigas «*información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional*» con la pena de prisión de seis a doce años. A tenor del 586 C.P., se aplica la pena inferior en grado al extranjero residente en España.
- *Descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional* -598-603 C.P.-. Los tipos penales comprendidos bajo esta rúbrica giran en torno al concepto de materias legalmente clasificadas como reservadas o secretas y se caracterizan por la carencia de una ánimo especial de favorecer al enemigo -como ocurría con el delito de traición-.

En cuanto al C.P.M., se refiere el tema objeto de este estudio en los siguientes preceptos:

- *Traición militar*.-en su modalidad de colaboración con el enemigo prestándole un servicio «*con el propósito de favorecer el progreso de sus armas*» -art. 49.2- que es castigada con la pena de prisión de veinte a veinticinco años.
- *Espionaje militar en tiempo de guerra realizada por cualquier español o por militar en tiempo de paz*.-art. 50-. Las penas establecidas son, en el primer caso, la de veinte a veinticinco años y en el segundo, la de diez a veinticinco años.
- *Espionaje militar realizado por extranjero en tiempo de guerra*.-52- consistente en difundir, procurarse, revelar o falsear «*información clasificada o de interés militar*», castigado con la pena de prisión de quince a veinticinco años.
- *Revelación de secretos e informaciones relativas a la seguridad nacional y Defensa Nacional*.-53 a 56-, que, como su homónimo del C.P., gira en torno al concepto de materias clasificadas, caracterizándose, de igual modo, por la ausencia de un ánimo de favorecer a potencia hostil. Por lo demás, tales preceptos se aplican sólo a quienes ostentan la condición de militar, salvo en el supuesto de estado de guerra, en el cual puede ser sujeto activo de estos tipos cualquier español.
- *Atentado contra los medios o recursos de la Defensa Nacional*, en la modalidad prevista en el 60 C.P.M., consistente en destrucción, inutilización, falsificación, apertura o simple posesión sin autorización por parte de militar de «*documentación legalmente relacionada con la Seguridad Nacional o la Defensa Nacional*». La pena es de seis meses a seis años de prisión.

Ahora bien, las sanciones en el ámbito castrense no se circunscriben únicamente a los tipos descritos, puesto que también están reguladas medidas disciplinarias, y así, la L.O. 12/85 de 27 de noviembre, del régimen disciplinario de las Fuerzas Armadas califica como faltas graves el incumplimiento «*divulgar*» de las

*normas de obligada reserva sobre los asuntos del servicio, sin causar perjuicio grave a la Seguridad Militar»* –art. 9.8– así como el «*divulgar información que afecta a la debida protección de la seguridad o defensa del estado o publicar datos que sólo puedan ser conocidos en razón del destino o cargo en las fuerzas armadas, cuando no constituya delito*». En ambos casos, el responsable puede ser castigado con arresto de un mes y 1 día a 3 meses en Establecimiento Penitenciario o incluso con la pérdida de destino –art. 10 L.O. 12/85–.

Del mismo modo, la L.O. 11/91 de 17 de junio, del régimen disciplinario de la Guardia Civil, prevé como falta grave –art. 8.11– el quebrantamiento del secreto profesional o la falta del debido sigilo en asuntos que se conozcan por razón o por ocasión del desempeño de sus funciones profesionales «*cuando no constituyan delito*». Las sanciones son idénticas a las previstas en la L.O. 12/85 (no en vano la Guardia Civil es definida en el art. 1 de la Ley Orgánica 11/91 como «*instituto armado de naturaleza militar*»), añadiéndose la posibilidad de pérdida de cinco a veinte días de haberes. Como se apreciará, en estas medidas disciplinarias no se hace expresa alusión a las materias clasificadas, pero no hay ningún serio inconveniente interpretativo a la hora de poder ser aplicadas a aquéllas.

## 2. LA DOCTRINA EMANADA DE LAS SENTENCIAS DEL T.S. DE 4 DE ABRIL DE 1997 RELATIVAS A LOS «PAPELES DEL C.E.S.I.D.

### a) Cuestiones introductorias

Lo primero que debemos hacer a la hora de introducirnos en el estudio jurisprudencial es recordar lo que se dijo en el punto I.e) de nuestro trabajo, a saber, que la posibilidad –llevada a efecto por estas sentencias– de que los tribunales de justicia revisen los acuerdos emanados del Consejo de Ministros con respecto a las materias clasificadas, está íntimamente relacionada con la naturaleza que se predique de tales actos. Buena prueba de ello lo constituye el que las discrepancias entre los Magistrados integrantes se deban, en última instancia, a esa valoración.

Tres han sido las sentencias que nuestro Tribunal Supremo ha dictado en relación con la desclasificación de los documentos del C.E.S.I.D., y, hoy por hoy, las únicas que versan sobre el asunto del presente trabajo. La primera de ellas –de 4 de abril de 1997, en recurso 726/96, en relación con los documentos solicitados por el Magistrado Sr. Baltasar Garzón– sienta las bases doctrinales en las que se sustentaran las otras dos –S.S.T.S. de 4 abril de 1997, rec. 602/96 y 634/96–, pudiéndose afirmar de esta forma que aquélla se comporta como un auténtico «*leading case*».

Por otro lado, conviene indicar que nuestro análisis se centrará en el estudio de las líneas básicas de las precitadas resoluciones judiciales –incluyendo, desde luego las de los votos particulares–, puesto que el descender a las particularidades de cada caso concreto, aparte de carecer de interés para el fin que se per-

sigue, conllevaría indudablemente una excesiva prolongación que toparía con los estrechos límites espaciales permitidos.

#### b) Breve estudio de las Sentencias del T.S.

El T.S. comienza afirmando la validez desde el punto de vista constitucional de la L.S.O. «(...)al menos en los aspectos en los que se atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en la ley se establece»; y a esta conclusión llega de una lectura conjunta de los arts. 97 y 105.b) C.E. En este momento, nos parece conveniente reseñar que el Magistrado Sr. Pascual Sala en su voto particular utiliza tres argumentos para reafirmar la postura del Tribunal:

- Que la L.S.O. fue modificada por las mismas Cortes que elaboraron la Constitución y la Ley 62/78, por lo que se erigen como Cortes «sin déficit democrático».
- Que diferentes leyes postconstitucionales (como la L.P.C.) se refieren, sin plantear objeción alguna, a la «normativa vigente en materia de secretos oficiales».
- Que la L.S.O. posibilita un control Jurisdiccional de las decisiones que, sobre este tema, tome el Consejo de Ministros.

Llegados a este punto, cabría plantearse, cuando menos, la duda de si la J.U.J.E.M., órgano legitimado a tenor del 4 L.S.O. para clasificar como secreta o reservada una determinada materia, ostenta, a la luz de los principios inspiradores de nuestro ordenamiento jurídico que la C.E. reconoce y garantiza en el art. 1 C.E. «*inter alia*» una legitimidad bastante derivada del espíritu que manifestó en su día el constituyente para poder coartar o simplemente restringir el curso de una investigación judicial. A esta cuestión se refieren sólo tangencialmente los Magistrados de la Sala III cuando afirman que, en ningún caso, una decisión de la J.U.J.E.M. revestiría el carácter de acto político: sería, sin más, un puro acto administrativo. Con este planteamiento, podría llegar a pensarse que, con base en la reiterada jurisprudencia del T.S. que limita al Gobierno la potestad de dictar «actos políticos», así como la del T.C. de interpretación no extensiva de las normas restrictivas de Derechos Fundamentales, tampoco una eventual decisión del gobierno en esta materia podría ser tratada sino como un mero acto administrativo. Y ello porque resulta, *a priori*, ilógico que el ejercicio de una competencia compartida, y a menudo, concurrente en un mismo asunto, dé lugar, según el órgano de que se trate, a un acto político y a un acto administrativo. Sin embargo, la Sala, rechaza esta argumentación a la que califica empero de «*muy sólida trabazón formal*» (F.J. 7.<sup>º</sup>) tomando como apoyo jurídico el 105.b) C.E., que recoge el principio de que por ley se restrinja el acceso a documento y archivos referentes a la Defensa Nacional y a la Seguridad del Estado, así como en la íntima imbricación entre estas excepciones al principio de transparencia

en la actuación de los poderes públicos y la permanencia misma del orden constitucional<sup>27</sup>.

En definitiva, las sentencias estudiadas adoptan una posición híbrida consistente en sostener que «*la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que el art. 97 C.E. atribuye al gobierno de la nación*» (F.J. 7.º), sin que ello implique el acogerse a la exención de control jurisdiccional del art. 2 L.J.

De esta manera, se llega, por mor de los arts. 9 y 24.1 de la Constitución Española, a lo que constituye (supuestamente) el criterio rector de la argumentación de las Sentencias: el aludido concepto de «*criterios judicialmente asequibles*», que permiten, una vez establecidos por el legislador, al Tribunal matizar su inicial afirmación, de que la información contenida en los documentos —cuya desclasificación constituye el objeto del litigio entre la administración y los recurrentes— «*merece ser clasificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del estado y, por eso, acreedora a su calidad de secreta*» (F.J. 7.º). El problema es que, salvo error u omisión por parte de quien esto suscribe, en ningún momento se dan a conocer estos criterios, produciéndose, en palabras del Magistrado Sr. Ledesma Bartret, «*una ruptura en la lógica del razonamiento*» (F.J. 4.º). Todo lo más, se recurre a una técnica consistente en sopesar los valores que se hallan enfrentados en los procesos que nos ocupan<sup>28</sup>.

En efecto, después de sostener que el Ejecutivo pudiera haber interpretado —desde su óptica de velar por la salvaguarda del Estado— que no había responsabilidad penal en los documentos clasificados, se entra a valorar el otro elemento del debate: el derecho a la tutela judicial efectiva. Así, el T.S. resuelve la cuestión con un juicio de ponderación entre los pilares en conflicto: la seguridad del estado y la interdicción de la indefensión, o más sencillamente, el derecho de las partes a utilizar los medios de prueba pertinentes para apoyar su pretensión (art. 24 C.E.: Tutela judicial efectiva), de resultas de la cual se llega a ordenar la desclasificación de varios de los documentos. Por lo demás, el órgano judicial deja bien claro que determinar la relevancia de los mismos objeto del litigio así como las eventuales consecuencias de la sustracción ilícita de aquéllos es competencia exclusiva de la jurisdicción penal, en un proceso penal en el que están en juego la tutela de bienes jurídicos tan esenciales como la vida, la libertad y la integridad física.

Es sin duda éste uno de los puntos que más división engendró en la Sala del T.S. En efecto, partiendo del mencionado argumento, el Magistrado Sr. Peces

<sup>27</sup> El Alto Tribunal trae también a colación lo previsto en el art. 2 de la L.O. 6/1980 que asigna a la Defensa Nacional los fines de «*garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el orden constitucional*».

<sup>28</sup> Hubiera sido más coherente, desde el punto de vista de la estructura de la resolución, estimar la inconstitucionalidad sobrevenida de la L.S.O., y declarar, por consiguiente, la nulidad de los actos administrativos impugnados, con base en que vulneran el contenido esencial de un derecho constitucionalmente consagrado [art. 62.1 a) L.P.C.]. No obstante lo dicho, hemos de señalar que no encontramos en la legislación vigente en la materia las tachas precisas para llegar a tales conclusiones.

Morate lo lleva a sus últimas consecuencias y, en un voto particular que bien podría servir en un futuro como propuesta de *«lege ferenda»*, afirma que la negativa de la administración a entregar material clasificado a un juez penal debe resolverse únicamente a través de los recursos que las leyes procesales determinan, de suerte que la decisión final recayera en el Alto Tribunal, pero no en su Sala de lo Contencioso-administrativo, sino en la de lo Penal.

Por contra, en otras de las opiniones discrepantes se mantiene una tesis radicalmente opuesta, es decir, la de que corresponde al Juez Contencioso-administrativo la valoración de las pruebas que han de ser –eventualmente– aportadas a un proceso penal en curso. En este sentido, merecen ser destacadas las eruditas manifestaciones de los Magistrados Sres. Xiol Ríos y Sieira Míguez, que se basan respectivamente para sostener esta postura en la plenitud de la jurisdicción contencioso-administrativa así como en el hecho de que en los procesos iniciados al amparo de la Ley 62/78 la jurisdicción ordinaria actúa en juicio de constitucionalidad, esto es, de la misma forma que actúa el T.C. en los recursos de amparo. Y como es sabido, el T.C., si bien parte de las argumentaciones del juez *«a quo»* no vacila en formar su propio juicio acerca de la relevancia –constitucional, se entiende– de la prueba denegada.

Finalmente, y después de este inciso, deviene obligado señalar que, en cualquier caso, y con independencia de las razones que en cada supuesto haya llevado el T.S. a ordenar la desclasificación, subyace a toda la doctrina tanto de las sentencias como de los votos particulares que la seguridad del Estado es un valor constitucionalmente protegido<sup>29</sup>, y que no siempre debe ceder ante la investigación judicial. Más aún, siguiendo al Magistrado Sr. Perfecto Andrés Ibáñez<sup>30</sup> el propio Estado tiene constitucionalmente garantizada su existencia, ello sin perjuicio de no confundir los términos y teniendo siempre presente que la *«Seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado, y no la de sus autoridades o funcionarios, que personalmente puedan resultar relacionados con una causa penal»*, habida cuenta de que aquella *«se perjudicará si no descansa en la confianza de los ciudadanos en que la actuación de las Fuerzas de Seguridad en todo caso a las exigencias legales, y que la actuación judicial, cuando investiga presuntas ilegalidades policiales, se desarrolla libremente»* (F.J.11.º de la S.T.S. recaída en el recurso 634/1996, caso «Lucía Urigoitia»). Como se puede apreciar, el Alto Tribunal deja bien claro su pensamiento acerca del tema: sólo cabe hablar de legitimidad en la acción de los poderes públicos si se respetan los derechos fundamentales de sus ciudadanos, pues no en vano, según el art. 10.1 C.E., *«el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamentos del orden político y de la paz social»*.

<sup>29</sup> Es éste uno de los aspectos más criticados por García Trevijano en su art. *Sentencias civilizadoras*, aparecido en el diario *El Mundo* el 14 de abril de 1997. En él su autor sostiene que la razón de Estado es siempre encubridora de crímenes y, por metafísica, opresora en esencia.

<sup>30</sup> *Los papeles del C.E.S.I.D.: secreto y modernidad*, *El País*, 23 de abril de 1997.

El Estado, en definitiva, se debe a sus ciudadanos, no ostenta ningún poder que no derive de la soberanía nacional, que reside en el pueblo (art. 1.2 C.E.) y sólo puede emplear medios excepcionales para garantizar su seguridad cuando peligre la del orden constitucional.

## 5. CONCLUSIONES

- Treinta años después de la aprobación de la vigente Ley de Secretos Oficiales, parece a todas luces obvio la necesidad de elaborar un nuevo texto legal plenamente acorde con los principios del Estado social y democrático de Derecho que la «*Lex Suprema*» proclama, y ello por más que tanto el T.C.J. como el T.S. manifestaran, en su día, «*expressis verbis*», la conformidad de aquélla con la Constitución.
- Conviene señalar que, desde nuestro punto de vista, el criterio rector que ha de inspirar la voluntad del legislador ha de ser el del viejo adagio latino: «*silent arma inter iudices*», es decir, salvo en casos de extremada necesidad para la supervivencia misma del Estado, entendida de la forma expuesta anteriormente, una actuación judicial no puede ser obstaculizada por una decisión del Ejecutivo.
- Aunque es comprensible, lógico e incluso necesario un límite por razón de la seguridad y defensa nacionales (seguridad y defensa a la postre de todos los ciudadanos), ello nunca puede suponer una merma completa del contenido esencial de los derechos y libertades fundamentales. Sin pretender caer en la retórica, podemos preguntarnos, como Patrick Henry, qué sentido tiene luchar por un Estado que no defiende los derechos de sus ciudadanos.
- Es preciso optar por un único órgano competente para conocer de la clasificación de una materia reservada o secreta, el Consejo de Ministros. La actual dualidad existente conlleva innecesarios problemas de eficacia en el trabajo de la administración, y ello sin profundizar en la duda razonable que se plantea en la legitimación constitucional de la J.U.J.E.M. para poder restringir el acceso a determinados archivos y registros.
- Asimismo, el control que ha de ejercerse sobre esa decisión con indudables contenidos políticos, no ha de atribuirse –como se recoge en el anteproyecto de la nueva Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales– a órganos híbridos de naturaleza jurídica indeterminable, del estilo de la hipotética, y esperemos que no futura, comisión mixta de personas procedentes de la Judicatura y de la Administración, que desde nuestra opinión no es sino una forma de intentar satisfacer a las partes implicadas.
- Ello no obstante, hay que señalar que el procedimiento que se ha seguido para conseguir la desclasificación de los llamados «papeles del C.E.S.I.D.» –un juez penal lo solicita del Ministerio de Defensa, éste se niega y plantea un conflicto de jurisdicción, un Tribunal especial, el T.C.J., falla a favor de la administración, el juez pide de nuevo los documentos al Gobierno, que se los deniega, y las

- partes de ese proceso penal interponen recurso Contencioso-administrativo, que es resuelto por el T.S. a favor de los particulares-, no es viable en el futuro.
- Por estos motivos, y negando que existan actos puramente políticos exentos de revisión jurisdiccional –excluidos las categorías básicas fijadas por el Consejo de Estado Francés, a saber, relaciones exteriores, gracia y relaciones interconstitucionales– se acepta, parcialmente, y como punto de partida de una futura regulación legal, la tesis expuesta por el Magistrado señor Peces Morate en sus votos particulares a las Sentencias de la Sala 3.<sup>a</sup> del T.S. de 4 de abril de 1997, en la que defiende que la negativa de la administración a entregar información a los jueces se debe resolver por la vía de los recursos ordinarios y, en su caso, extraordinarios que prevean las leyes procesales, debiendo corresponder pues al ejecutivo la carga de recurrir ante órganos del mismo orden jurisdiccional.
  - Finalmente, abogamos por la pronta –no apresurada– elaboración de una ley que incorpore (como hace el actual anteproyecto), amén de las citadas exigencias, un criterio de desclasificación automática por el mero transcurso del tiempo.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

- A.A.V.V., *Derecho a la Información (I), sujetos y medios*, Madrid, 1992.
- Álvarez Conde, E., *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, 1992.
- Barnes Vázquez, J. (Coordinador), *La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado*, Madrid, 1993.
- Cousido González, P., *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su reglamento*, Barcelona, 1995.
- Desantes Guanter, J. M., *Teoría y Régimen Jurídico de la Documentación*, Madrid, 1987.
- Díez-Picazo, L. M., *La desclasificación judicial del secreto de estado*, La Ley, julio 1997.
- García de Enterría, E., *La lucha contra las inmunidades del poder*, Cuadernos Cívitas, Madrid, 1979.
- García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, 1997.
- Gomez-Reino y Carnota, E., *El principio de publicidad del Estado y la técnica de los Secretos Oficiales*, R.E.D.A., 8, 1976.
- Jordano Fraga, J., *¿Jaque mate al acto político?*, R.E.D.A., 1997.
- Lozano, B., *El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la administración*, R.E.D.A. 91, 1996.
- Lozano, B., *El control judicial de los Secretos de Estado: Las sentencias del T.S. sobre los documentos del C.E.S.I.D.*, R.E.D.A., 1997.
- Oltra Pons, J., *América para los no Americanos. Introducción al estudio de las instituciones políticas de los EE.UU.*, Barcelona, 1996.
- Shapiro, M., *American Constitutional Law: cases and analyses*, Cambridge (Massachusetts), 1978.