

LA LEY BRITANICA DE SECRETOS OFICIALES DE 1989 (*)

SUMARIO: I. Las categorías de información protegidas por la Ley de 1989.—II. Los Servicios de Seguridad e Inteligencia.—III. La ausencia de una defensa del interés público y la prueba del daño.—IV. Conclusión.

En 1988 el Gobierno británico desveló sus planes para reformar el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911 (1). Los cambios propuestos apenas constituyeron una sorpresa, dada la obsesión del Gobierno por el secreto y la ineffectividad del desacreditado y omnicompreensivo artículo 2 (2). El propósito declarado de la Ley de Secretos Oficiales de 1989 es reducir la cantidad de información protegida mediante sanciones penales a las áreas en las que su revelación constituya un perjuicio para el interés público. Con todo, existe la tentación de concluir que la justificación primordial de esta reforma está en hacer más concretos los tipos penales del derecho del secreto con el propósito de conseguir mayor número de condenas. Influida sin duda por el asunto *Spycatcher*, la nueva Ley impone un deber vitalicio de confidencialidad para todos los miembros y antiguos miembros del servicio de seguridad (3). Omite cualquier referencia a la posibilidad de alegar la defensa del interés público, una lección extraída del juicio contra Clive Ponting, que explotó con éxito dicho argumento en el proceso que se siguió contra él al amparo de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911. La Ley se aplica no sólo a los funcionarios que desvelan material no autorizado, sino también a los periodistas y editores, que corren este riesgo si publican información que cause un perjuicio, cuando tengan motivo razonable para creer que ha sido suministrada sin aprobación oficial. Quizá el efecto más insospechado de la Ley sea inhibir la discusión sobre las cuestiones que pudieran caer dentro de su ámbito de aplicación.

(*) *Tightening secrecy law: The Official Secrets Act 1989*, publicado originalmente en «Public Law», *Summer 1990*, págs. 243 a 256.

(1) *Reform of Section 2 of the Official Secrets Act 1911*, Cm. 408 (1988) (en adelante, *White Paper 1988*). Para un análisis de los propósitos y del contexto de esta reforma, ver S. PALMER, *In the Interests of the State*, [1988] P.L. 523.

(2) Ver, p. ej., D. HOOPER, *Official Secrets: the Use and Abuse of the Act* (1989); D. LEIGH, *The Frontiers of Secrecy* (1980); J. MICHAEL, *The Politics of Secrecy* (1982), y D. G. T. WILLIAMS, *Not in the Public Interest* (1965).

(3) Ley de secretos oficiales de 1989 [*Official Secrets Act 1989*] (en adelante, Ley de 1989), artículo 1.

No se puede decir de la nueva Ley que incremente el acceso a la información gubernamental: el Reino Unido continúa siendo un estado excesivamente secreto. A pesar de que la necesidad de secreto se justifica en nombre de la seguridad del estado, hay demasiada información reservada por razones de conveniencia o de interés político. Además de la Ley de Secretos Oficiales, una extensa legislación, los reglamentos de la función pública y el Derecho de la confidencialidad sirven para controlar gran cantidad de información (4). Sin embargo, el secreto gubernamental *per se* no es la única cuestión en juego, sino el derecho a controlar lo que permanece secreto y lo que se publica (5). Es, como dice MICHAEL, «la extensión del secreto mismo lo que constituye el más grande de los secretos» (6). El brazo ejecutivo del estado no puede ser supervisado efectivamente, ni se le puede exigir responsabilidad, si aquellos que supervisan sus actos no tienen acceso a la información relevante.

El Gobierno insiste en que cualquier derecho de acceso a la información oficial no debe comprometer la necesidad legal de proteger ciertas categorías de información (7). Muchas otras democracias occidentales, sin embargo, han reconocido el daño potencial de la existencia de demasiados secretos, y han legislado en relación con la libertad de información garantizando, con ciertas excepciones, un derecho público de acceso a la información oficial. En esos países, las autoridades públicas están obligadas a justificar la retención de la información recibida o generada por la administración.

Este artículo describe el Derecho del secreto tras la derogación del artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911, y tras la promulgación de la Ley de Secretos Oficiales de 1989, y de la Ley del Servicio de Seguridad de 1989. Atención particular se concederá a la interdicción absoluta de revelaciones concernientes a la seguridad, a la pertinencia de la prueba de daño y a la prohibición de esgrimir la defensa del interés público.

I. LAS CATEGORÍAS DE INFORMACIÓN PROTEGIDAS POR LA LEY DE 1989

La nueva Ley se refiere a las filtraciones de información oficial (8). Según la misma, es un delito desvelar información en áreas en las que «la revelación de alguna información puede ser suficientemente dañina para el interés público como para justificar la aplicación de sanciones pena-

(4) Ver el *Report of Departmental Committee on Section 2 of the Official Secrets Act 1911, Cmnd. 5014 (1972)* (en lo sucesivo citado como Informe Franks). El apéndice 5 contiene la lista de materias cuya revelación está legalmente prohibida. Ver también Y. CRIPPS, *The Legal Implications of Disclosure in the Public Interest* (1987), págs. 93 a 96, y 122 a 128.

(5) Ver S. BOK, *Secrets* (1982), págs. 176 y 177.

(6) J. MICHAEL, *The Politics of Secrecy: The Case for a Freedom of Information Law* (NCCL, 1979), pág. 6.

(7) Ver, p. ej., *White Paper 1988*, párr. 24.

(8) El espionaje continúa cubierto por el artículo 1 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911.

les» (9). El grado de daño al interés público debe fijarse por un jurado y no por certificaciones administrativas, tal como sugería en 1972 la *Comisión Franks*. La nueva Ley convierte en ilícito penal la revelación de información en las siguientes categorías: 1) asuntos de seguridad e inteligencia; 2) defensa; 3) relaciones internacionales; 4) asuntos relativos a la ejecución de las leyes: potestades de investigación criminal y de investigación especial.

La prueba del daño varía de acuerdo con la categoría, a pesar de que en ninguno de los casos resulta necesario probar un «serio daño», como recomendaba la *Comisión Franks*. En dos de las categorías, sin embargo, la prueba sobra, puesto que la revelación misma se considerará lesiva para el interés público. Por ejemplo, cualquier revelación no autorizada de información, o de supuesta información, por miembros o antiguos miembros de los servicios de seguridad e inteligencia constituirá un delito (10). Bajo la categoría de ejecución de las leyes, cualquier revelación de información obtenida como consecuencia de una autorización de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Intervención de las Comunicaciones de 1985, es decir, cualquier pinchazo telefónico, o relativa a una autorización de acuerdo con el artículo 3 de la Ley del Servicio de Seguridad de 1989, constituirá un ilícito con independencia de que resulte daño o que la revelación ponga de manifiesto un abuso por parte de las autoridades (11).

En otras categorías la prueba del daño varía. La revelación puede no ser un delito cuando no se demuestre que es lesiva, pero el abanico de categorías es amplio y la prueba del daño está abierta a varias interpretaciones. Hay una presunción legal de que una revelación en materia de relaciones internacionales (12) o de información para la defensa (13) es dañina si «pone en peligro los intereses del Reino Unido en el extranjero (14), obstruye seriamente la promoción o protección por parte del Reino Unido de dichos intereses o pone en peligro la seguridad de ciudadanos británicos en el extranjero», o es susceptible de tener cualquiera de estos defectos (15). De modo alternativo, la acusación podría demostrar que la revelación de información relativa a la defensa es susceptible de dañar la operatividad de las Fuerzas Armadas, o tener como resultado la

(9) *White Paper 1988*, párr. 24.

(10) Ley de 1989, artículo 1. Este artículo puede incluir a los no miembros del Servicio de Seguridad que tengan acceso a la información clasificada (art. 1.1.b). Cualquier persona puede recibir una notificación escrita de un Ministro advirtiéndole de su sujeción a este precepto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.6. Según el Gobierno, una notificación de esta naturaleza está sujeta a revisión judicial: *H. C. Deb.* [D. S. de la Cámara de los Comunes], Vol. 145, col. 1138 (26 de enero de 1989). En los casos de revelaciones de información en materia de seguridad e inteligencia por parte de personas no relacionadas con estos servicios, la cuestión de la culpabilidad está menos clara. La acusación debe demostrar que tal revelación causa daño a los servicios de seguridad e inteligencia. Ver artículo 1.3 y 4.

(11) Ley de 1989, artículo 4.3.

(12) Id., artículo 3.

(13) Id., artículo 2.

(14) Id., artículo 3.2.a y artículo 2.2.b.

(15) Id., artículo 3.2.b y artículo 2.2.c.

pérdida de vidas o lesiones a los miembros de las Fuerzas Armadas, o conducir a «un daño serio al equipamiento o instalaciones de dichas Fuerzas» (16).

La categoría «relaciones internacionales» (17) es potencialmente la más flexible. La revelación de información obtenida confidencialmente de otro estado o de una organización internacional puede ser considerada dañina si es confidencial, o «su naturaleza o contenido» son suficientes para establecer que una revelación no autorizada puede ser perjudicial (18). Este artículo abarca la información sobre cualquier materia, y no sólo sobre materias de seguridad nacional. Incluso si la información ha sido publicada en otro estado, se puede considerar un delito revelarla en Gran Bretaña.

Constituye un delito la revelación de información que conduzca a la comisión de un delito, o facilite la huida de una situación de custodia legal, o impida «la prevención o detección de delitos». Lo anterior se aplica igualmente a la información susceptible de tener cualquiera de estos efectos (19).

En cualquiera de estas categorías constituye una defensa «probar que al tiempo del supuesto delito [el acusado] no sabía, y no tenía ninguna causa razonable para creer, que la información, documento o artículo en cuestión» estaban relacionados con alguna de las categorías protegidas (20). También es una defensa demostrar que tal revelación no producía daño (21), excepto en caso de filtraciones de seguridad e inteligencia por miembros de los Servicios de Seguridad e Inteligencia, o información obtenida por medio de una autorización para intervenir un teléfono (22), o a través de cualquier otra autorización obtenida de acuerdo con el artículo 3 de la Ley del Servicio Secreto de 1989. El efecto de estas líneas de defensa es trasladar la carga de la prueba. Una vez que la acusación ha satisfecho las presunciones legales de daño, la tarea de probar la ausencia de daño pasa al acusado. Esto puede resultar dificultoso, puesto que la acusación tendría acceso a expertos gubernamentales a la hora de certificar la existencia de daño.

La Ley omite cualquier posibilidad de alegar la defensa del interés público. Sin duda, el Gobierno espera eliminar cualquier discusión sobre la responsabilidad moral en los procesos seguidos al amparo de la Ley de

(16) *Id.*, artículo 2.2.a. El término «defensa» aparece legalmente definido en el artículo 2.4.a-d.

(17) El término «relaciones internacionales» se define como: «las relaciones entre estados, entre organizaciones internacionales (...) e incluye cualquier materia relativa a un estado que no sea el Reino Unido o a una organización internacional que sea capaz de afectar a las relaciones del Reino Unido con otro estado, o con una organización internacional» (art. 3.5 de la Ley de 1989).

(18) Ley de 1989, artículo 3.3.a y b.

(19) *Id.*, artículo 4.2.a y b.

(20) *Id.*, artículos 1.5, 2.3, 3.4 y 4.5.

(21) *Ibid.*

(22) Ver el artículo 2 de la Ley de intervención de las comunicaciones de 1985 [*Interception of Communications Act, 1985*].

Secretos Oficiales. La absolución de Clive Ponting (23) sugiere que los jurados pueden ser comprensivos con los funcionarios que desvelan información por motivos de conciencia. Al centrarse en el hecho del desvelamiento de información más que en las razones para hacerlo, la Ley intenta excluir cualquier eventual defensa del interés público.

El propósito declarado de la legislación de secretos oficiales es proteger la información que, de acuerdo con el interés público, no debe ser desvelada (24). Como consecuencia, la responsabilidad por desvelar información no autorizada no se limita a los funcionarios o altos cargos, sino que se extiende a cualquier persona, incluidos los periodistas (25). La revelación, sin embargo, será en su caso un delito sólo si produce un efecto lesivo de acuerdo con la definición de la ley, o si el desvelador tiene causa razonable para creer que podría producirlo (26). De nuevo aquí el «daño» necesita ser probado, de acuerdo con la categoría de la información.

II. LOS SERVICIOS DE SEGURIDAD E INTELIGENCIA

Como ya hemos visto, la ley exige un deber vitalicio de confidencialidad a todos los miembros y antiguos miembros de los Servicios de Seguridad e Inteligencia (según la llamada *cláusula Spycatcher*). Esta previsión va más allá de la doctrina sentada en la sentencia *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (N.º 2)* (27), en la cual la Cámara de los Lores sostuvo que los miembros, o antiguos miembros, de los Servicios de Seguridad debían en Derecho un deber vitalicio de confidencialidad, pero que ese deber no debería ser exigido ante los tribunales salvo que la revelación fuera perjudicial para el interés público (28). Lord Keith mostró su conformidad con la opinión del Juez Mason del Tribunal Supremo de Australia: «es inaceptable en nuestra sociedad democrática que haya una restricción en la publicación de la información relativa al Gobierno cuan-

(23) Clive Ponting fue acusado, y después absuelto, de acuerdo con el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911, por haber proporcionado al parlamentario T. Dalyell documentación que revelaba el intento del Gobierno de ocultar a la Comisión Especial de Asuntos Exteriores de la Cámara de los Comunes, información relativa al hundimiento del navío argentino General Belgrano, durante la guerra de las Islas Malvinas [*Falkland Islands war*, en el original]. Ver *R. v. Ponting* [1985], *Crim. L.R.*, 318, y nota 38, *infra*.

(24) *White Paper 1988*, párr. 54.

(25) Ley de 1989, artículos 5 y 6. El artículo 5 cubre la información resultante de revelaciones no autorizadas o transmitidas confidencialmente. El artículo 6 se aplica a la información transmitida confidencialmente a otros estados o a organizaciones internacionales.

(26) Ley de 1989, artículo 5.3. Ver, también, la sentencia en el caso *Lord Advocate v. Scotsman Publications Ltd.* [1989] 3 *W.L.R.* 358, 368 (*Lord Templeman*).

(27) [1988] 3 *W.L.R.* 776. Ver E. BARENDT, *Spycatcher and freedom of Speech* [1989], P.L. 204.

(28) [1988] 3 *W.L.R.* 785 (Lord Keith). Criterio ratificado en *Lord Advocate v. The Scotsman Publications Ltd.* [1989] 3 *W.L.R.* 358.

do el único vicio de esa información es que permite al público discutir, revisar y criticar la acción del Gobierno» (29).

La naturaleza absoluta del artículo 1 de la Ley de 1989 ignora la recomendación de la *Comisión Franks* en el sentido de aplicar a los Servicios de Seguridad la necesidad de probar el daño, de la misma manera que es aplicable a cualquier otra categoría de secretos oficiales (30). El nuevo artículo declara que cualquier revelación no autorizada por parte de un miembro, o de un antiguo miembro, de los Servicios de Seguridad o Inteligencia se considera perjudicial para el interés público. No hay ninguna exigencia de probar la lesión del interés nacional; el hecho de que la información haya sido objeto de una publicación anterior se considera irrelevante, e incluso la publicidad de un comportamiento ilegal constituiría automáticamente un delito.

Este artículo deja al Gobierno como único árbitro de lo que debe ser desvelado y de lo que debe permanecer secreto. No hay nada que impida a un Gobierno publicar sólo la información que sea adecuada para sus fines políticos (31). El artículo podría ser usado por un Gobierno para silenciar a los antiguos colegas o a los miembros de otro partido, desde el momento en que las personas que tengan conocimiento de la información secreta también están sujetas a un deber vitalicio de confidencialidad (32). En la práctica, esta prohibición absoluta puede ser difícil de llevar a la práctica. La saga del *Spycatcher* demuestra que puede ser imposible evitar que los antiguos miembros del Servicio de Inteligencia o de Seguridad publiquen sus memorias en el extranjero.

En la Cámara de los Comunes, se propuso una enmienda para que el Ministro del Interior no pudiera irrazonablemente negar su autorización a un antiguo miembro de los Servicios que deseara publicar información relativa a su trabajo en los mismos (33). Una enmienda alternativa sugería el establecimiento de una comisión de supervisión de las publicaciones, constituida por un presidente y tres miembros, nombrados por el Ministro del Interior, para autorizar la revelación pública de información por parte de antiguos miembros de los Servicios (34). La introducción de una medida semejante habría sido preferible a la absoluta prohibición de toda revelación. Ambas enmiendas fueron rechazadas.

El portavoz adjunto laborista, el señor Hattersley, objetó en la Cámara que el efecto práctico de este artículo sería hacer sinónimos los intereses del Estado y los intereses del Gobierno, y que este artículo era incapaz de

(29) *Commonwealth of Australia v. John Fairfax & Sons Ltd.* (1980) 147 C.L.R. 39, 51-52, citado en *Att.-gen. v. Guardian Newspapers (No. 2)* [1988] 3 W.L.R. 776, 784.

(30) Informe Franks, párr. 119.

(31) Ver los comentarios de la parlamentaria señora D. Abbott en *H. C. Deb.*, Vol. 145, col. 1078 (25 de enero de 1989). Otro parlamentario incluso ha pronosticado que una «información cuidadosamente seleccionada de... las operaciones del KGB en el Reino Unido podría muy bien tener el efecto de incrementar la simpatía popular por el trabajo de los Servicios Secretos»: M. MATEs, *The Secret Services: Is there a Case for Greater Openness?* (1989, Institut for European Defense and Strategic Studies), pág. 54.

(32) Ley de 1989, artículo 1.1.b.

(33) Ver *H. C. Deb.*, Vol. 147, col. 1019 (22 de febrero de 1989) (parlamentario señor J. Amery).

(34) *H. C. Deb.*, Vol. 145, cols. 1047-1048 (25 de enero de 1989).

distinguir entre revelaciones de información lesivas y no lesivas (35). Ciertamente, en este aspecto las injustas consecuencias de la ley son difícilmente coherentes con una sociedad libre.

En el Reino Unido, la exigencia del ejecutivo en orden a tener una jurisdicción exclusiva sobre las materias referidas a la seguridad nacional hace en gran medida inefectiva la responsabilidad gubernamental. Las operaciones del Servicio Secreto no se discuten en el Parlamento (36). Los asuntos de «interés nacional» se despachan en privado entre la Primera Ministra y el Jefe de la Oposición, pero la señora Thatcher ha amenazado con no seguir esta convención (37). Las comisiones de investigación tampoco salen mejor paradas en cualquier intento de obtener información acerca de las actividades de los servicios de seguridad.

En efecto, no está en discusión la necesidad y el funcionamiento de un servicio de seguridad e inteligencia. Pero ¿hasta qué extremo deben ser responsables y ante quién? ¿Cómo podemos estar seguros de que las actividades del servicio de seguridad se llevan a cabo de forma legal? El público debería conocer los comportamientos ilegales, y las revelaciones de antiguos agentes del MI5 *Peter Wright* (acerca de conductas ilegales de los servicios de seguridad) y *Cathy Massiter* (acerca de las intervenciones telefónicas), refuerzan la necesidad de una supervisión más extensa. ¿La proporciona la Ley del Servicio de Seguridad de 1989?

El Gobierno ha intentado, quizá, evitar la controversia sobre los Servicios de Seguridad e Inteligencia al presentar un proyecto de ley estableciendo el marco legal para el MI5 (38). La Primera Ministra ha rechazado continuamente aceptar cualquier supervisión parlamentaria y esta ley no constituye una excepción (39). La Ley del Servicio de Seguridad de 1989 coloca al MI5, por primera vez, en una situación de dependencia legal, bajo la autoridad del Ministro del Interior (40). De acuerdo con la Ley: «la función del Servicio será la protección de la seguridad nacional y, en particular, su protección contra amenazas que provengan del espionaje, terrorismo y sabotaje, de las actividades de agentes de potencias extranjeras y de las acciones que tengan como finalidad derrocar o socavar la democracia parlamentaria a través de medios políticos, económicos o violentos» (41).

Las operaciones del MI5 continuarán bajo el control de un Director

(35) *H. C. Deb.*, Vol. 145, col. 1052 (25 de enero de 1989).

(36) ERSKINE MAY, *Parliamentary Practice* (21.ª ed., 1989), pág. 292. Ver también G. DREWRY, *The House of Commons and the Security Services* [1984], P.L. 370.

(37) Ver P. BIRKINSHAW, *Freedom of Information* (1988), pág. 24.

(38) Los motivos de la promulgación de la Ley del Servicio Secreto no están claros. Según ROBERTSON, esta Ley es una respuesta directa a la demanda presentada ante la Comisión Europea de Derechos Humanos por H. Harman y P. Hewitt, que habían sido calificados por el MI5 como «subversivos»: G. ROBERTSON, *Freedom, the Individual and the Law* (6.ª ed., 1989), pág. 108. LEIGH y LUSTGARTEN suponen que la Ley puede haber sido un intento de evitar más quejas ante los tribunales por supuestas arbitrariedades del MI5: I. LEIGH y L. LUSTGARTEN, *The Security Service Act 1989*, 52 M.L.R., 801, 803.

(39) Ver *H. C. Deb.*, Vol. 78, col. 897 (9 de mayo de 1985).

(40) Ley del Servicio de Seguridad de 1989, artículo 1.

(41) *Ibid.*, artículo 1.2.

General, nombrado por el Ministro del Interior (42), encargado de presentar un informe anual al mismo y a la Primera Ministra (43). La ley también prevé el nombramiento de un Comisionado (que sea «una persona que ostente o haya ostentado un alto cargo judicial») (44), que revisará la autorización de operaciones de acuerdo con las prescripciones de la ley (45) y presentará un informe anual a la Primera Ministra. El informe será publicado en su integridad, con excepción de las cuestiones «perjudiciales para el desempeño habitual de las funciones del servicio» (46). Se prevé el establecimiento de un «tribunal» para investigar las quejas acerca del Servicio (47), al que puede acudir cualquier persona afectada (48). La ley prevé la satisfacción de las quejas, incluyendo indemnizaciones y la destrucción de datos (49). El «tribunal» tiene amplios poderes de investigación y puede elevar las cuestiones relativas a las autorizaciones para operaciones, y otras cuestiones más amplias acerca del comportamiento del servicio, al Comisionado (50).

El Gobierno defiende que cualquier cuestión relativa al comportamiento ilegal del Servicio debe ser referida al «tribunal». Pero estas reformas lo que hacen es asegurar que el Servicio continúe enteramente bajo supervisión ejecutiva, y que no esté sujeto a ninguna forma de control independiente (51). Como afirma ROBERTSON, «la Ley, en efecto, sirve para atender cualquier reclamación que se haga a partir de ahora acerca de la actividad del MI5, salvo su relación con la promoción de intereses partidistas» (52). El Servicio de Seguridad podría también sacar provecho de lo reservado de su ámbito de actuación; probablemente es difícil para los miembros del MI5 resistirse a directivas emanadas de políticos que pueden tener motivos no completamente explícitos (53). Todavía más, no hay ningún derecho a apelar o a cuestionar, ante cualquier Juez o Tribu-

(42) *Ibid.*, artículo 2.1.

(43) *Ibid.*, artículo 2.4.

(44) *Ibid.*, artículo 4.1.

(45) La Ley del Servicio de Seguridad de 1989, en su artículo 3, concede al Ministro del Interior la potestad de conceder autorizaciones para acceder a cualesquiera inmuebles en orden a que el MI5 obtenga información de valor previsiblemente significativo, siempre y cuando ésta no pueda ser obtenida por otros medios.

(46) Ley del Servicio de Seguridad de 1989, artículos 4.5, 6 y 7.

(47) *Ibid.*, artículo 5.

(48) *Ibid.*, anexo 1.

(49) *Ibid.*, artículo 6, anexo 1.

(50) *Ibid.*, artículo 7, anexo 1.

(51) La opinión global del Partido Laborista era que estas reformas no conseguían establecer una supervisión parlamentaria independiente sobre los Servicios: *H. C. Deb.*, Vol. 143, col. 1121 (15 de diciembre de 1988). Otros críticos de las propuestas gubernamentales, como los parlamentarios conservadores J. Aitken y R. Shepherd, expresaron su preocupación por la falta de una definición de «seguridad nacional» y por la ausencia de responsabilidad. El señor Shepherd propuso el establecimiento de un Comité de revisión basado en el modelo canadiense: *H. C. Deb.*, Vol. 145, cols. 44-46 (16 de enero de 1989). Para la crítica de estas sugerencias, ver MATES, *supra*, n. 31.

(52) ROBERTSON, *supra*, n. 38, pág. 110. Las críticas generales a la Ley en las páginas 155 a 158.

(53) LEIGH y LUSTGARTEN, *supra*, n. 38, págs. 807 y 808. La Ley no consigue aclarar hasta qué extremo pueden el Ministro del Interior y la Primera Ministra dar órdenes directas al Director General (*ibid.*, pág. 811).

nal, las decisiones del «tribunal» o del Comisionado («incluidas las decisiones relativas a su jurisdicción») (54). En consecuencia, si el Servicio de Seguridad actúa fuera del marco legal y el «tribunal» u otro mecanismo interno no es capaz de proporcionar una respuesta satisfactoria, continuaría siendo un delito revelar cualquier actividad ilegal. Todavía más, un Ministro del Interior puede no conocer todo lo que los servicios hacen o dejan de hacer (55). El efecto de esta regulación, en pocas palabras, es colocar a los Servicios de Seguridad e Inteligencia fuera del control democrático.

No está claro si los jueces y tribunales revisarían una decisión del «tribunal» a pesar de la cláusula que excluye su jurisdicción. En la sentencia *Anisminic Ltd. v. Foreign Compensation Commission* (56), la Cámara de los Lores extendió la doctrina de *ultra vires* para minimizar el efecto de una fórmula excluyente similar (57). Sin embargo, en materias que conciernen a los Servicios de Seguridad, los jueces podrían mostrarse remisos a la hora de esquivar unas instrucciones parlamentarias tan claras como las que excluyen su jurisdicción (58). Así esta situación dejaría al «tribunal» como único juez de la validez de sus propios actos. Un resultado semejante es difícilmente coherente con el imperio de la ley.

El Gobierno no está dispuesto a hacer ninguna concesión a la apertura ya que, se dice, el costo de ampliar el círculo de aquellos con acceso a información en materia de seguridad incrementa el riesgo de filtraciones, y podría amenazar la seguridad nacional. No es éste el punto de vista de otros gobiernos. En Australia, el Jefe de la Organización Australiana de Seguridad e Inteligencia está obligado a «despachar regularmente con el Jefe de la Oposición... con el propósito de mantenerle informado sobre materias relativas a la seguridad» (59). Un Inspector General supervisa las operaciones de seguridad para asegurar que la organización actúa legalmente. Todas las directivas ministeriales deben ser mostradas al Inspector General. Este sistema no ha traído como consecuencia rupturas de la confidencialidad. Si bien es cierto que se necesita un cierto secretismo para proteger la información relativa a la seguridad, no puede haber confianza pública en las operaciones del Servicio de Seguridad sin responsabilidad efectiva y supervisión independiente.

(54) Ley del Servicio de Seguridad de 1989, artículo 5.4; cfr. artículo 7.8 de la Ley de Intervención de las Comunicaciones.

(55) Comentario del señor M. Rees citado por BIRKINSHAW, *supra*, n. 37, en pág. 27.

(56) [1969] 2 A.C. 147.

(57) Ver H. W. R. WADE, *Administrative Law* (6.ª ed., 1988), págs. 724-729. La cláusula excluyente en cuestión era el artículo 4.4 de la Ley de Compensación Exterior de 1950: «La resolución de la Comisión en los asuntos que le sean sometidos al amparo de lo dispuesto en esta Ley, no podrá ser recurrida ante ningún Juez o Tribunal.»

(58) En relación con una cláusula de exclusión idéntica contenida en la Ley de Intervención de las Comunicaciones de 1985, Sir William WADE ha comentado cómo «llegando a donde se ha llegado, puede que los jueces acepten las inequívocas instrucciones del Parlamento»: *supra*, n. 57, pág. 728.

(59) Ley de la Organización Australiana de Seguridad e Inteligencia de 1979, artículo 21.

III. LA AUSENCIA DE UNA DEFENSA DEL INTERÉS PÚBLICO Y LA PRUEBA DEL DAÑO

El motivo del Gobierno al omitir la posibilidad de alegar la defensa del interés público (60) en la Ley de Secretos Oficiales de 1989 es concentrar la atención en la información filtrada, con independencia de la intención del individuo. Así con relación a las categorías en las que la información se clasifica como secreto de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de 1989, los «filtradores» no podrían defender su acción sobre la base de la existencia de un interés público en el hecho de la filtración (61).

Las razones del Gobierno descansan sobre la base de que la prueba del daño ofrece una salvaguarda adecuada para el individuo, y que lo mismo no sucedería permitiendo alegar la defensa del interés público (62). La protección de la información es el propósito principal de la ley. Resulta improcedente que un individuo decida cuál es el interés público, dice el Gobierno, porque una vez que la información ha sido revelada, los daños causados no pueden ser reparados. Todavía más, hay previstos métodos alternativos para los individuos en orden a denunciar desviaciones dentro de sus departamentos. Se ha nombrado un asesor (63), con acceso directo a la Primera Ministra, para atender los problemas y quejas de los miembros y antiguos miembros de los Servicios de Seguridad e Inteligencia. Teniendo en cuenta el establecimiento del «tribunal» al que se refiere la Ley del Servicio de Seguridad de 1989 (64), el Gobierno no acepta la existencia de ninguna circunstancia en la cual sea necesario, como cuestión de interés público, revelar información dentro de las categorías protegidas, por parte de un individuo.

La introducción de estos mecanismos internos debe ser bienvenida. Pero sin responsabilidad pública, su efecto está destinado a ser limitado. Puede resultar difícil para el Gobierno imaginar una situación en la que una queja no reciba satisfacción después de haber puesto en marcha el procedimiento interno de queja. Pero si se diera el caso (65), entonces un

(60) La posibilidad de alegar esta defensa estaba incluida en una proposición de Ley presentada en 1988 por un parlamentario conservador, el señor R. Shepherd, en un intento por reformar el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911. El Gobierno exigió disciplina de voto a sus parlamentarios, y la proposición fue derrotada. Ver *H. C. Deb.*, Vol. 147, col. 1044 (22 de febrero de 1988).

(61) En los Estados Unidos existe un cierto tipo de protección para estas filtraciones. Ver la Ley de Reforma de la Función Pública de 1978 (*Civil Service Reform Act 1978*), y los comentarios de G. ZELICK [1987], P.L. 311.

(62) Ver los comentarios del Ministro del Interior, señor Hurd, en *H. C. Deb.*, Vol. 147, col. 1044 (22 de febrero de 1989).

(63) El nombramiento de un asesor se anunció en noviembre de 1987. El personal de seguridad e inteligencia está facultado para entrar en contacto con dicho asesor en orden a presentar quejas en relación con el servicio. Tiene acceso a todos los documentos y puede dirigirse sin intermediación a cualquier nivel administrativo y al Secretario del Gabinete. Debe informar al menos una vez al año al Ministro del Interior, al Ministro de Asuntos Exteriores y a la Primera Ministra. Ver *H. C. Deb.*, Vol. 121, col. 508 (2 de noviembre de 1987) y col. 796 (3 de noviembre de 1987).

(64) Ver *H. C. Deb.*, Vol. 146, col. 470 (2 de febrero de 1989) (señor D. Hurd).

(65) Muchos parlamentarios expresaron un justificado escepticismo sobre la posi-

individuo debería ser capaz de desvelar esa información y, si fuera procesado, debiera poder basarse en la defensa del interés público.

En sus pronunciamientos sobre el asunto *Spycatcher* (66), Lord Griffiths y Lord Goff admitieron el interés público como una defensa contra la acusación de ruptura de la confidencialidad. Lord Griffiths aceptó que los miembros de los Servicios de Seguridad e Inteligencia debían una obligación perpetua de confidencialidad, pero consideró que los miembros podrían verse relevados de esta obligación en determinadas circunstancias. Si, por ejemplo, un miembro descubriera una conducta ilícita, y fuera incapaz de persuadir a sus superiores en el Servicio o a la Policía para actuar de acuerdo con sus acusaciones, debiera poder apoyarse en la defensa del interés público para revelar un secreto (67). Pero en la práctica, los puntos de vista de Lord Griffiths sólo justificarían la publicación en «muy excepcionales circunstancias» (68). Como afirmó este Juez: «idealmente, por supuesto, un editor informaría al Gobierno que estaba en posesión de información confidencial y que tenía la intención de publicarla. Esto permitiría al Gobierno acudir al juez para que éste decidiera si el equilibrio debiera inclinarse en favor de la preservación del secreto o la publicación» (69). Lord Goff estuvo de acuerdo con Lord Griffiths en el hecho de que sería difícil pensar en una materia que requiriera ineludiblemente su revelación a los medios de comunicación o al público (70). Afirmó sin embargo que la convicción de estarse llevando a cabo actividades ilegales por parte del Servicio, constituiría un «clásico ejemplo de un caso en el que una revelación parcial es necesaria» (71).

Debiera permitirse la defensa del interés público tanto en el ámbito del derecho penal como teóricamente en el del derecho privado, a un individuo acusado de un delito de acuerdo con la Ley de Secretos Oficiales, que demuestre que todas las vías alternativas de prevención han sido agotadas antes de proceder a una revelación no autorizada. Este argumento se ve reforzado cuando se considera la inadecuación de la prueba del daño como salvaguarda. Como hemos visto, en dos categorías cualquier revelación, no importa el punto hasta el que sea limitada, es un delito (72). Es posible que el jurado pueda no descubrir jamás por qué esa información no autorizada fue desvelada. Un juez podría decidir que las cuestiones de conciencia eran irrelevantes en relación con el problema legal de si había o no una revelación no autorizada. Incluso una «revelación limitada» (por usar las palabras de Lord Goff) o la conversación acerca de un abuso con un abogado o con un miembro del Parlamento

bilidad de que la apreciación del interés público realizada por un funcionario de baja jerarquía pudiera imponerse al punto de vista del responsable político de un departamento. Ver *H. C. Deb.*, Vol. 146, col. 475 (2 de febrero de 1989) (señor R. Shepherd).

(66) *Attorney-General v. Guardian Newspapers (No. 2)* [1988] 3 W.L.R. 776.

(67) *Ibid.*, pág. 795.

(68) *Ibid.*, pág. 804.

(69) *Ibid.*, pág. 804.

(70) *Ibid.*, pág. 807.

(71) *Ibid.*, pág. 807.

(72) *Supra*, págs. 244-245.

podría constituir un delito (73). La carga de probar el perjuicio no constituiría ninguna salvaguarda en este caso.

En las restantes categorías la prueba del perjuicio suscita varias cuestiones. El Gobierno admite que el daño deba ser probado por la acusación, pero la prueba es flexible y la extensión necesaria del daño es incierta, aunque es desde luego más fácil de obtener que la prueba del «daño grave» que proponía la *Comisión Franks*. Por ejemplo, la prueba se considera satisfecha por una revelación que «pone en peligro los intereses del Reino Unido en el extranjero», o «daña la capacidad de las Fuerzas Armadas». La revelación de información que pusiera de manifiesto la inconsistencia de la planificación o de la ejecución de las leyes, ¿sería susceptible de terminar siendo considerada como un delito? La categoría «relativa a las relaciones internacionales» cubre potencialmente una considerable cantidad de información ya que esta sección incluye las organizaciones internacionales o la información de la CEE, que puede afectar a cuestiones domésticas del Reino Unido. Por ejemplo, la información comunicada por un gobierno extranjero relativa a la sanidad o seguridad pública puede considerarse incluída en el artículo 3 de la Ley de Secretos Oficiales de 1989. La acusación podría probar que una revelación no autorizada está produciendo daños por el «hecho de que es confidencial» (74). El hecho de colocar una estampilla en un documento con la denominación de confidencial (que es seguramente lo que ocurre normalmente con todos los documentos que se reciben de un gobierno extranjero), ¿transformaría a este documento en confidencial de acuerdo con las prescripciones de la ley? (75). Si hubiera habido una revelación no autorizada de información concerniente a la seguridad o a la salud considerada «confidencial», la carga de la prueba se trasladaría al 'acusado que debería demostrar que tal revelación no «perjudica o compromete los intereses del Reino Unido en el exterior» (76). Pero puede ser posible que la acusación fuera capaz de contrarrestar esta defensa alegando que la revelación de un documento recibido de otro gobierno dañaba la reputación internacional del Reino Unido. Esta era la argumentación que avanzaba el informe de 1988 al no requerir prueba adicional de daño en esta categoría: el daño se presumía en cualquier caso (77). Todavía más, esta prueba del

(73) Ver los comentarios del señor Hattersley en *H. C. Deb.*, Vol. 146, col. 441 (2 de febrero de 1989). La potestad discrecional del Fiscal General para pedir un procesamiento no es sustitutivo adecuado de una defensa legal.

(74) Ver la Ley de 1989, artículo 3.3.a. De acuerdo con el artículo 3.6, «cualquier información, documento o artículo obtenido de una organización o Estado es confidencial en todo momento en tanto en cuanto las condiciones de acuerdo con las cuales fue obtenido hagan razonable esperar, por parte del Estado u organización, que se mantendrá en esa circunstancia».

(75) El señor R. Shepherd hizo notar cómo «prácticamente todo documento del que yo haya oído hablar en Whitehall, o entre Gobiernos, aparece calificado como confidencial». *H. C. Deb.*, Vol. 146, col. 476 (2 de febrero de 1989).

(76) La inversión de la carga de la prueba supone hacer difícil, para un acusado, el planteamiento de una defensa con posibilidades de éxito, ya que la acusación, al contrario que la defensa, tiene acceso a un buen número de peritos que pueden testificar de forma que minen la posición del acusado.

(77) *White Paper 1988*, párr. 51.

daño se consideraba satisfecha por las consecuencias «previsibles» más que por el impacto real de la revelación (78).

Una enmienda a la categoría «relaciones internacionales» fue propuesta por el parlamentario señor Maclennam, que temía que información que afectara a los asuntos internos del Reino Unido pudiera terminar encuadrándose bajo esta categoría. Su enmienda habría excluido cualquier «información principalmente relativa a asuntos internos del Reino Unido cuya revelación no autorizada... no fuera un delito de acuerdo con los artículos 1, 2 ó 4 de esta ley» (79). Esta posición fue rechazada por el Gobierno.

La prueba del daño y la defensa del interés público no son mutuamente excluyentes. La certeza de que la defensa del interés público podría ser invocada por un funcionario puede traer como consecuencia una mayor eficacia de los procedimientos internos para investigar las denuncias. Ello no obstante, el público debe estar informado de las cosas que se hacen mal, incluso cuando los mecanismos internos llegan al fondo de las denuncias presentadas, para asegurar de esta manera que no se vuelvan a repetir (80).

El argumento del Ministro del Interior, según el cual permitir basarse en la defensa del interés público animaría la aparición de filtraciones, antes que evitarlas, está seguramente poco fundado. Cualquier funcionario que revelara información no autorizada podría enfrentarse a severas medidas disciplinarias, al margen de la acusación penal. La posibilidad de separación del servicio, de reprensión oficial, o de falta de promoción (por nombrar sólo algunas de las sanciones posibles) constituyen una muy efectiva disuasión incluso cuando el funcionario cree que sus acciones pueden estar justificadas por el interés público (81). Aún más, una persona que revela información argumentando que está actuando en defensa del interés público no tendría ninguna garantía de que un jurado aceptara tal petición de principio. Una actitud semejante supondría un alto nivel de riesgo. Las sanciones penales no concurren en solitario a la hora de disuadir a un individuo determinado por motivos de conciencia.

Por lo que respecta al argumento del papel de los Servicios de Seguridad, la pregunta fundamental continúa siendo: ¿puede mantenerse clara la distinción entre los intereses públicos y los del Gobierno que en cada momento esté en el poder? El Ministro del Interior, el señor Hurd, adujo que estas reformas no dejaban al Gobierno como único árbitro del interés público, puesto que la decisión pertenecería a un jurado (82). Pero lo

(78) Ley de 1989, artículo 3.3.

(79) *H. C. Deb.*, Vol. 147, col. 1061 (22 de febrero de 1989).

(80) Por ejemplo, el señor Edward Heath afirmó: «Cuando se ha cometido una incorrección y ésta ha sido corregida, el asunto debe hacerse público. Si se comete una incorrección, debe ponerse en conocimiento de los encargados de corregirla, y si no la corrigen, el asunto debe hacerse público. Cuando se corrige, y se adoptan las medidas oportunas, el asunto debe hacerse público.» *H. C. Deb.*, Vol. 146, col. 490 (2 de febrero de 1989).

(81) Ver CRIPPS, *supra*, nota 4, págs. 103-128, para el argumento de la «especial sujeción» de los empleados del sector público.

(82) *H. C. Deb.*, Vol. 146, col. 528 (2 de febrero de 1989).

anterior nuevamente pasa por alto la naturaleza absoluta de las dos categorías ya mencionadas, mientras que en las demás la prueba del daño es extraordinariamente flexible. La ley no requiere que el jurado sea informado de los motivos de quien filtra la información. La ley no prevé la posibilidad de que los servicios de seguridad puedan abusar de sus considerables poderes, o que resulte de interés público que tales actos ilícitos sean de conocimiento público. En efecto, la nueva ley conseguiría lo que el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales de 1911 fue incapaz de conseguir: condenar a Clive Ponting (83).

La imposibilidad de alegar la defensa del interés público por parte de los medios de comunicación contribuirá a crear un clima de cautela e inhibirá la discusión legítima, por miedo a infringir la nueva ley. Un comentarista ha pronosticado que el resultado será una censura informal: los editores de periódicos y los productores de televisión preferirán someter el material de que dispongan a la aprobación gubernamental antes de correr el riesgo de una acusación penal (84).

La cuestión de la posición de los terceros en relación con la Ley de Secretos Oficiales de 1989 fue abordada por Lord Templeman y por Lord Jauncey en la sentencia *Lord Advocate v. The Scotsman Publications Limited* (85). En este caso se trataba de la publicación no autorizada de las memorias de Anthony Cavendish, un antiguo miembro del MI6. El periódico «The Scotsman» había obtenido un ejemplar del libro de Cavendish y había publicado un artículo en el que utilizaba parte del material contenido en el mismo. El «Scotsman» nunca había animado ni facilitado al señor Cavendish la infracción de su obligación de guardar secreto. La Administración intentó evitar cualquier publicación ulterior de materiales derivados de tales memorias.

En la apelación promovida por el Estado ante la Cámara de los Lores, la dicción literal del artículo 5 de la Ley de Secretos Oficiales de 1989 (que trata de la información que resulta de revelaciones no autorizadas) condujo a especular acerca de una posible laguna en la ley. Mientras que el artículo 1 se refiere a «una persona que es o ha sido miembro de los Servicios de Seguridad e Inteligencia», y los artículos 2, 3 y 4 se aplican a «una persona que es o ha sido empleado público», el artículo 5 se refiere únicamente a «un empleado público o contratista del Estado». La omisión de los «antiguos» es curiosa y es difícil creer que sea resultado de un error al redactar el proyecto de ley. Sin embargo, Lord Templeman encontró que el artículo 5 sería aplicable a pesar del hecho de que Cavendish no era un empleado público en el momento de la revelación (86). Lord Jaun-

(83) En el juicio de Ponting, el Juez McCowan interpretó la expresión «interés del Estado» del artículo 2 de la Ley de 1911 como sinónima de los intereses del Gobierno del momento. Y véase R. THOMAS, «The British Official Secrets Act 1911-1939 and the Ponting Case», en *Open Government* (R. CHABILLAN y M. HUNT, eds.), 1987, págs. 95-112.

(84) ROBERTSON, *supra*, nota 38, pág. 142. Como enseña la saga de *Spycatcher*, la doctrina del quebrantamiento de la confidencialidad ha reforzado el clima de cautela. Ver, p. ej., *Att.-Gen. v. Newspaper Publishing plc* [1987] 3 All E.R. 276, y *Att.-Gen. v. Observer Ltd. Re an Application by Derbyshire County Council* [1988] 1 All E.R. 385.

(85) [1989] 3 W.L.R. 358, 366.

(86) La Ley de Secretos Oficiales de 1989 no había entrado aún en vigor, pero Lord

cey entendió que el artículo 5 tenía como objetivo cubrir las filtraciones de información confidencial tanto de los antiguos como de los actuales miembros de los servicios de seguridad, pero añadió que esta presunción podía resultar no justificada a causa de la oscuridad del texto legal (87).

Lord Templeman subrayó que la ley hacía una distinción entre las revelaciones llevadas a cabo por miembros de los servicios de seguridad y las llevadas a cabo por terceros: «un tercero sólo es culpable de un delito si la información es dañina en el sentido definido por la ley» (88). El Gobierno aceptó que la información no era susceptible de causar daño, pero argumentó que tales revelaciones habrían de animar filtraciones a cargo de otros miembros de las fuerzas de seguridad y desacreditarían a los servicios de seguridad (89). Lord Templeman rechazó este argumento. Sin embargo, apuntó que podría darse el caso en el cual «un tercero pudiera estar obligado a detener la publicación de información protegida aunque la publicación por el tercero pudiera en sí mismo ser inocua» (90). Esta sugerencia resulta contraria al objetivo perseguido por la Ley de Secretos Oficiales de 1989, y seguramente está en conflicto con el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos (la libertad de expresión incluye el derecho «a recibir y transmitir información de ideas sin interferencias de la autoridad pública y con independencia de las fronteras»). La posibilidad de alegar la defensa del interés público podría añadir protección adicional para los medios de comunicación en tales circunstancias. Lord Jauncey considera que la revelación por terceros sólo es un delito cuando resulta lesiva, y concluyó que el «Scotsman» no hubiera podido ser condenado de acuerdo con la Ley, incluso si ésta hubiera estado ya en vigor (91).

El interés nacional y el interés gubernamental no siempre coinciden, y es conocido que los gobiernos persiguen sus propios fines además de perseguir el interés público. Las revelaciones por empleados del sector público han jugado un papel importante, al alertar al público de las desviaciones de poder. Aunque no sean un sustitutivo del derecho de acceso a la información, han sido una de las pocas fuentes de información acerca de las actividades gubernamentales (92). Los argumentos a favor de admitir la posibilidad de alegar la defensa del interés público son abrumadores. Al privar a los ciudadanos del derecho a saber, y al no ser capaces de reforzar la supervisión independiente de las instituciones de la sociedad, el Gobierno puede muy bien ser acusado de debilitar la democracia en el Reino Unido.

Templeman consideró que un proceso relativo a la materia debía conducirse de acuerdo con los principios sentados por el Parlamento en la Ley: [1989] 3 W.L.R., en la pág. 366. Si la Ley de 1989 hubiera estado vigente, el señor Cavendish habría infringido el artículo 1, aun cuando el Estado admitiera que la revelación no causaba daño.

(87) [1989] 3 W.L.R., en la pág. 372.

(88) *Ibid.*, pág. 368.

(89) *Ibid.*, el mismo argumento fue rechazado en *Attorney-General v. Guardian Newspapers Ltd. (No. 2)* [1988] 3 W.L.R. 776.

(90) [1989] 3 W.L.R., en la pág. 369.

(91) *Ibid.*, pág. 372.

(92) CRIPPS, *supra*, nota 4, pág. 253.

IV. CONCLUSIÓN

La Ley de Secretos Oficiales de 1989 ha aliviado la regulación jurídica de los secretos oficiales, al excluir de la persecución penal la revelación de grandes áreas de información gubernamental. Sin embargo, la remoción de restricciones punitivas por la revelación de algunos tipos de información no ha sido reemplazada por una estructura institucional favorable a la revelación de información oficial. El balance entre el secreto y un mayor grado de apertura en el Gobierno no es fácil de determinar. El balance, sin embargo, no es una política que persiga esta ley, que mantiene intacto el *ethos* del secreto en el Reino Unido.

Stephanie PALMER (*)

(Traducción: Juan Carlos DA SILVA OCHOA,
Universidad del País Vasco.)

(*) Girton College, Cambridge.

DOCUMENTOS Y DICTAMENES

