

El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de derecho comparado¹

Miguel REVENGA

Es sabido que en el mundo del derecho la ciencia de la comparación no consiste en la mera yuxtaposición descriptiva de unos cuantos sistemas, sino en la habilidad para deducir, desde la diversidad de problemas y soluciones particulares, unas *categorías generales* que hagan fructífera la descripción o sistematización de los elementos, comunes o diferenciados, que uno pueda hallar en el funcionamiento de una determinada institución o de un sistema jurídico.

Tengo la impresión de que en el asunto que hoy nos ocupa —el control democrático de los secretos de Estado— está por hacer una teoría que satisfaga los requisitos exigibles a una verdadera ciencia de la comparación. Yo, desde luego, no la tengo hecha y pido de antemano disculpas por haber renunciado siquiera a intentarlo con motivo de la amable invitación que he recibido para participar en estas Jornadas.

Empezaré por constatar una obviedad: los secretos de Estado tan sólo plantean problemas de no fácil resolución en el contexto de las sociedades que, a falta de mejor nombre, podemos llamar «abiertas» y cuyos sistemas políticos responden a las notas mínimas de las organizaciones democráticas; esto es, separación de poderes, derechos garantizados y, por tanto, libertad de prensa, y vigencia efectiva de la idea de responsabilidad política de los gobernantes. Los sistemas autoritarios disponen de sobrados mecanismos para que el secreto en el manejo de los asuntos públicos no necesite de cualificaciones o apellidos para convertirse en norma de conducta. Las legitimidades tradicionales o carismáticas implican una disposición generalizada a ceder a los gobernantes un espacio de actuación en el que el secreto reina con toda naturalidad.

En rigor, el solo hecho de hablar de secreto de Estado supone para la vigencia del secreto un golpe fatal. El verdadero secreto no es el secreto de Estado, sino aquel que no atrae ninguna atención y del que nada se dice, pues es su propia existencia la que permanece oculta. El calificativo «de Estado», aplicado al secreto, evoca en nuestra cultura jurídico política reminiscencias indeseables. La renacentista razón de Estado se aviene mal con los fundamentos de la modernidad. Tanto más si la modernidad se ha trastocado en modernidad democrática y aún postmoderna.

Esto se aprecia muy bien echando una ojeada a los textos constitucionales de la primera generación. No hay en ellos razón de Estado que ampare el secreto. Hay retórica, quizá sólo retórica, en favor de la publicidad y la libre discusión. El secreto surge como una concesión a la necesidad, sin más fundamento que una discutible razón práctica y, en último extremo, el miedo.

En 1877, un autor italiano, antiguo ministro bajo la vigencia del Estatuto Albertino, Alphonse della Marmora, publicó un libro llamado *Los Secretos de Estado en el Gobierno Constitucional* en el que criticaba ya la penalización de la conducta del funcionario que revelara secretos con las siguientes palabras:

«(...)Se hagan las leyes que se hagan, nada impedirá nunca que los pretendidos secretos de Estado lleguen a ser conocidos de una manera o de otra. Y cuanto más severas sean las leyes, con mayor razón se verá comprometido el Gobierno que las invoque ante los Tribunales con el fin de tapar sus irregularidades, sus abusos de poder o sus debilidades (...)»²

Las anteriores palabras, escritas hace más de cien años, en la prehistoria de la era comunicativa que vivimos hoy, conservan, creo, toda su vigencia. El secreto de Estado, una vez individualizado y convertido en objeto de la curiosidad general, acaba siempre por dejar de serlo. De algunos de ellos valdría decir que gozan de una larga vida o de un «mala salud de hierro», pero su destino último, como el del común de los mortales, es acabar pereciendo.

En el constitucionalismo la publicidad es la norma; el secreto, lo excepcional, al menos si estamos de acuerdo en que la aspiración última del gobierno constitucional es la del gobierno limitado por la ley. La vigencia del secreto supone una amenaza para la efectividad de los límites. De ahí que en los gobiernos democráticos, el secreto de Estado haya de ser necesariamente una *categoría sospechosa*, asediada por cautelas procedimentales y donde la carga de la prueba del carácter legítimo del secreto recaiga sobre quien lo invoca. Cuando se trata de la esfera pública, el recurso al secreto es en el Estado democrático una aporía o, cuando menos, un fenómeno espurio que plantea de inmediato un intrincado problema de controles.

Tengo para mí que el repertorio de soluciones a

¹ Texto de la conferencia pronunciada en El Escorial, el 15 de diciembre de 1995, en el marco del convenio organizado por «Jueces para la Democracia» sobre «El control democrático de los secretos de Estado».

² Alphonse della Marmora, *Les Secrets d'Etat dans le Gouvernement Constitutionnel* (Paris: Librairie Militaire de J. Dumaine, 1877), vol. II, pág. 223.

NOVEDADES JURÍDICAS *tecnos*

Biblioteca de Textos Legales

Legislación Administrativa

Ed. de Jesús Leguina Villa, Carmen Chinchilla
Marín y Eva Desdentado Daroca

Código Penal

(Ley orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
Ed. de E. Gimbernat Ordeig y E. Mestre Delgado

Legislación básica de crédito y banca

Ed. de Luis Alberto Pomed Sánchez

Ley de ordenación y supervisión de los seguros privados

Prólogo de Rafael Illescas Ortiz

Ley de prevención de riesgos laborales

Ed. de Eduardo González Biedma

Reglamento General de Recaudación

Ed. de Juan Martín Queralt

Legislación electoral. Estatal, autonómica y de la Unión Europea

Ed. dirigida por J. Fernando Merino Merchán



Práctica Jurídica

Formación General de Seguridad e Higiene en el Trabajo

Jesús Bernal Herrero

Público y privado en el sistema de pensiones

José Luis Monereo Pérez

Biblioteca Universitaria

Doctrinas modernas iusfilosóficas

Ramón Maciá Manso

Lecciones de Derecho civil internacional

Mariano Aguilar Benítez de Lugo y otros

Derecho de la Función Pública

Miguel Sánchez Morón

Comentarios Jurídicos

El arbitraje laboral. Los acuerdos de empresa

Antonio Ojeda Avilés (coord.)

tecnos

EDITORIAL TECNOS
Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel: 91/393 86 86 - Fax: 91/742 66 31

DISTRIBUYE: COMERCIAL GRUPO ANAYA
Oficina central: Juan Ignacio Luca de Tena, 15
28027 Madrid
Tel: 91/393 86 00 - Fax: 91/742 66 31

CGA
COMERCIAL GRUPO ANAYA

dicho problema es bastante limitado. El procedimiento más expeditivo para resguardar el secreto en nombre de la defensa de intereses generales, es el recurso a la vía penal. En mayor o menor medida, todos los gobiernos democráticos acaban recurriendo a ella. Lo que ocurre es que la vía penal, mediante la tipificación de los delitos de revelación de secretos, espionaje u otras figuras afines, resulta sólo apta en el seno de lo que suelen llamarse relaciones de especial sujeción, es decir, las del Ejecutivo con sus funcionarios o agentes, pero es de utilización mucho más problemática cuando la aplicación del tipo penal pretende llevarse más allá y acaba invadiendo los confines de la libertad de información.

Quizá el ejemplo más interesante de definición de un ámbito de secreto oficial con sanción penal aplicable a los funcionarios que lo contravengan, sea el del Reino Unido. La Ley de Secretos Oficiales de 1989 reformó la vieja ley de 1911, con el fin de proteger determinadas informaciones relacionadas con los Servicios de Seguridad e Inteligencia, la Defensa, las Relaciones Internacionales y aquellas cuya revelación pudiera dar lugar a la comisión de un delito³. En la ley se aprecia el notable esfuerzo de sus redactores por ir más allá de las cláusulas indeterminadas que, por pura inercia, son de costumbre en este campo. En cada una de las materias protegidas se especifica qué es lo dañino. Así, por ejemplo, en materia Defensa, una revelación se considera dañina:

- a) Si afecta a la capacidad de las Fuerzas Armadas de la Corona, o de cualquiera de sus partes, para desempeñar sus funciones, o si provoca la muerte o lesiones a miembros de tales Fuerzas, o daños graves al material o las instalaciones.
- b) En el caso de que ponga en peligro los intereses del Reino Unido en el extranjero, obstaculice gravemente su protección o promoción por el Reino Unido, o ponga en peligro la seguridad de los ciudadanos británicos en el extranjero.

Las disposiciones de la ley son también aplicables a quienes obtengan información protegida, cualquiera que sea la fuente, y la difundan sin estar legalmente autorizados para ello. En ese caso, la ley británica exige la efectiva realización de daño para los intereses protegidos (conforme a la definición aproximativa de lo que es dañino recogida en la ley), así como la concurrencia de dolo o actuación maliciosa por parte de quien difunde la información.

«Quedará exento de responsabilidad —señala el artículo 7 de la ley— la persona acusada de un delito tipificado por cualquiera de las previsiones de esta ley que pruebe que en el momento del supuesto delito creía tener autorización legal para realizar la revelación, sin que hubiera motivo razonable para creer otra cosa».

Desde el punto de vista de los profesionales de la información, una disposición semejante traslada ne-

cesariamente al plano de los límites constitucionales de la libertad de prensa los conflictos causados por la difusión de secretos oficiales y, en último extremo, dada la peculiar estructura constitucional del Reino Unido, acaba por otorgar validez determinante a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre lo que sean «medidas necesarias en una sociedad democrática para la salvaguarda de la seguridad nacional». En un viaje de ida y vuelta, se termina desembocando, como se ve, en lo indeterminado.

El esfuerzo del legislador británico, reformando un sistema de protección de secretos que era tenido como uno de los más duros, es especialmente significativo si se tiene presente que, frente a los Tribunales, la invocación del secreto de Estado por el Ejecutivo ha sido considerada tradicionalmente como un privilegio de la Corona, si bien en 1968 la Cámara de los Lores afirmó que la reivindicación del privilegio no tiene carácter vinculante para los Tribunales.⁴

Un ejemplo de legislación especialmente indeterminada —aunque no tan indeterminada ni en forma tan arcaica como la ley española— es el de la ley italiana de 1977 sobre la disciplina del secreto de Estado. El artículo 12 de dicha ley declara cubiertos por el secreto de Estado

«los actos, documentos, noticias, actividad y cualquier otra cosa cuya difusión sea susceptible de causar daño a la integridad del Estado democrático, ya sea en relación con los acuerdos internacionales, la defensa de las instituciones que dan fundamento a la Constitución o el libre ejercicio de sus funciones por los órganos constitucionales, así como las que guarden relación con la independencia del Estado respecto a otros Estados, las relaciones exteriores, la preparación y la defensa militar del Estado».

Lo que en el Reino Unido se sistematiza y desmenuza sin necesidad de autoproclamar a cada paso el carácter democrático de las instituciones, aparece aquí en apretada síntesis de formulaciones abiertas, con el añadido inmediato de que «en ningún caso podrán ser objeto de secreto de Estado hechos subversivos del orden constitucional».

La ley italiana impone a los funcionarios públicos y agentes del Poder Ejecutivo el deber de abstenerse de prestar testimonio sobre los asuntos cubiertos por el secreto de Estado. Y para el caso de que dicho deber haya de oponerse con motivo de una investigación judicial, los artículos 15 y siguientes de la ley establecen un procedimiento de salvaguarda que, en síntesis, es el siguiente:

La autoridad judicial que considere infundada la invocación del deber de guardar el secreto de Estado, podrá dirigir una interpelación al presidente del Consejo de Ministros, responsable último, según el artículo 1.º de la ley, de la política de seguridad e Inteligencia. El presidente del Consejo dispone entonces de un plazo de sesenta días para confirmar la invocación, transcurrido el cual, y en el caso de que

³ Puede verse el texto de la ley, traducido y anotado por Juan J. Lavilla y María P. Ezquerro, en «Ley Británica de Secretos Oficiales de 1989», *Revista de Administración Pública*, 126 (1991), págs. 533 y ss.

⁴ Conway v. Rimmer; cfr. Mauro Cappelletti y C. J. Golden Jr., «Crown Privilege and Executive Privilege: a British Response to an American Controversy», *Stanford Law Review*, 25 (1972-1973), págs. 836 y ss.

la confirmación se produzca, el juez deberá decretar el archivo de las actuaciones siempre que los testimonios denegados resulten esenciales para la continuación de la causa.

Cuando tal es el caso, el sistema italiano deriva el control sobre el uso del secreto de Estado hacia la Comisión parlamentaria llamada «de control de los Servicios de Inteligencia y Seguridad y del secreto de Estado», a quien el presidente del Consejo debe comunicar sucintamente, pero en forma razonada, los motivos que justificaron la invocación del secreto de Estado. Si la Comisión parlamentaria, compuesta por ocho miembros, considera por mayoría absoluta que la invocación ha sido infundada «dará traslado del acuerdo —dice la ley— a ambas Cámaras a los efectos de las valoraciones políticas que correspondan».

En marzo de este mismo año 1995, la mencionada Comisión parlamentaria ha hecho público un exhaustivo Informe sobre el funcionamiento de los Servicios de Seguridad e Inteligencia, que resulta demoledor para la pretendida racionalidad del entero funcionamiento del sistema⁵. En el informe se describen minuciosamente las actuaciones delictivas cometidas al amparo del secreto, los abusos en la utilización de fondos reservados, la desresponsabilización política del presidente del Consejo como consecuencia de la amplitud de las delegaciones realizadas, y la inoperancia de un procedimiento de control en el que el controlado ha podido a menudo hurtar información de carácter decisivo al controlante.

A la vista de la experiencia acumulada desde 1977, el informe termina solicitando al Pleno de las Cámaras (cito literalmente) «medidas que innoven radicalmente la disciplina legal, con especial atención a la gestión de los fondos reservados por parte del SISDE (el llamado Servicio para la Información y la Seguridad Democrática)», un ámbito en el que la violación de la ley resulta, según el informe, «emblemática de las degeneraciones que la actual estructura y la carencia de control han producido en el funcionamiento de un servicio llamado a cumplir delicadas e importantes funciones para la defensa del Estado democrático contra la subversión y la criminalidad mafiosa».

Como ocurre tantas veces, conforta mirar a Italia por aquello del «consuelo de tontos». Aquí y allá son unos los males y una la necesidad de proceder a un replanteamiento en profundidad de la disciplina legal del secreto de Estado.

En lo que sigue, me detendré en lo que mejor conozco: las soluciones que pueden atisbarse a la luz del tratamiento del problema en la práctica constitucional norteamericana.

Los males ocasionados por la existencia del secreto de Estado provienen, a mi entender, de dos frentes:

1. La deficiente definición de su ámbito de vigencia.
2. Lo inadecuado de los procedimientos estatui-

dos para controlar su uso, quizá porque, como decía antes, el genuino secreto de Estado se aviene mal con la idea de control.

El caso de los Estados Unidos bien puede presentarse —sobre todo desde el punto de vista del control— como un modelo de referencia. Ello guarda relación con una teoría constitucional en cierto modo peculiar de aquel país y que ha diferido tradicionalmente (aunque hoy difiere mucho menos) de la que subyace al funcionamiento de los sistemas europeos. En éstos, otro concepto renacentista, el concepto de soberanía, parece haber dificultado que el artificio constitucional de la separación de poderes haya desplegado todos los efectos compensadores y garantistas que le fueron atribuidos.

La vigencia del secreto se generalizó en los Estados Unidos al término de la Segunda Guerra Mundial, como consecuencia del reparto del mundo surgido de ella y al amparo de un concepto tan ambiguo, pero pleno de connotaciones simbólicas, como la seguridad nacional.

El uso de órdenes del Ejecutivo para establecer un sistema de clasificación de documentos coincide exactamente con la implicación norteamericana en la guerra. Circunscrito por entonces al ámbito militar, el sistema clasificatorio fue ampliado por el presidente Truman al ámbito civil en 1950, con motivo de la guerra de Corea. A partir de entonces, las órdenes ejecutivas en materia de clasificación de documentos casi han sido tantas como presidentes. Pese a la movilidad normativa, las líneas maestras del sistema se han mantenido incólumes. Básicamente consisten en la tipificación de tres clases de materias reservadas —alto secreto, secreto y confidencial— en orden decreciente según la incidencia previsible que la difusión de las mismas sea susceptible de causar sobre la seguridad nacional. Con el citado soporte legal, el recurso al secreto por parte del presidente y los distintos organismos del Poder Ejecutivo ha llegado a alcanzar dimensiones gigantescas.

Por otro lado, la libertad de expresión, recogida en la Primera Enmienda constitucional, es quizá, junto a la cláusula del Proceso Debido, la libertad más preciada por los norteamericanos.

Una y otra realidad, la tendencia a abusar del sello clasificatorio frente a la voluntad de defender a machamartillo la libertad de prensa, han convivido en permanente tensión, dando lugar a grandes escándalos y pequeñas escaramuzas que hacen especialmente indicado la individualización de los Estados Unidos como un caso de estudio.

Un hito importante en el devenir de esa historia de conflictos fueron los acontecimientos que rodearon el tramo final de la guerra de Vietnam y la dimisión de Richard Nixon.

La filtración a la prensa, en 1971, del documento secreto conocido como los *Papeles del Pentágono*, y el consiguiente conflicto entre el Gobierno y la prensa, con el Tribunal Supremo como árbitro, es probablemente el caso de enfrentamiento entre los

⁵ Comitato Parlamentare per I Servizi di Informazione e Sicurezza e per il Segreto di Stato. Primo Rapporto sul Sistema di Informazione e Sicurezza (Bari: Laterza, 1995), donde también pue-

de verse en Apéndice el texto de la ley sobre disciplina del secreto de Estado.

principios de publicidad y de secreto más famoso de la historia.

Que la publicidad salió como absoluta triunfadora del mismo confirma la idea de que no hay secreto de Estado que resista por mucho tiempo el fuego cruzado de la crítica periodística y el escrutinio judicial. El voto particular del juez Stewart en una Sentencia que el Tribunal decidió *per curiam* contiene una de las más contundentes réplicas contra los excesos clasificatorios que se hayan escrito nunca:

«cuando todo está clasificado —se lee en el voto particular— nada está clasificado, y el sistema induce a la falta generalizada de obediencia y a la manipulación del mismo por parte de quienes buscan autopromocionarse o autoprotegerse»⁶

La trascendencia del caso de los *Pentagon Papers* procede sobre todo de la impronta que marcaron sobre el sistema norteamericano. Como resultado de ella, se ha hablado alguna vez del *legado de la vigilancia*, un legado que se ha venido concretando en la disposición de mecanismos de control, jurisdiccionales y políticos, sobre el uso del secreto de Estado.

El privilegio de la guarda de secretos de Estado, reconocido como incondicionado en un caso de 1953, el caso *Reynolds*, ha ido quedando deslucido desde el momento en que los jueces reafirmaron su facultad de controlar el uso del privilegio, obligando al Ejecutivo a explayarse sobre las razones que amparan su invocación y, en su caso, a entregar documentos para ser inspeccionados con carácter secreto por el juez o el Tribunal (lo que se conoce con el nombre de inspección *in camera*).

La revisión *in camera* en el transcurso de procedimientos judiciales recibió un impulso decisivo gracias a una reforma de la *Freedom of Information Act*, un estatuto que confiere legitimación universal para dirigir demandas de información a los organismos administrativos, y que fue objeto de una importante reforma en 1974. Hasta ese año, el riesgo para la defensa nacional o para la política exterior, conforme a los criterios de las órdenes del Ejecutivo en materia de clasificación, era concebido como una excepción absoluta que derogaba los principios de la ley. Una Sentencia del Tribunal Supremo de 1973, en el caso *Environmental Protection Agency v. Mink*, confirmó el carácter absoluto del privilegio, pero la respuesta del legislador, típica del furor pro apertura de la era post-Vietnam, fue reformar la ley al objeto de propiciar el control judicial sobre el uso del sello clasificatorio. Por su expresividad, permítaseme citar un voto particular discrepante, esta vez del juez Douglas, a la citada Sentencia de 1973:

«Como ha quedado demostrado —escribe Douglas— en acontecimientos como los *Pentagon Papers*, el incidente del golfo Tonkin y la invasión de la bahía de Cochinos, el Gobierno suprime habitualmente las noticias que le perjudican y realza las que le favorecen. En este proceso de filtración, el sello clasificatorio es la herramienta más útil, y ha sido uti-

lizada para ocultar información que en el 99 y medio por ciento de los casos no representaba un verdadero peligro para la seguridad nacional (...)»⁷

No explicita el juez Douglas los datos que respaldan un porcentaje tan elevado de uso torticero del sello, pero lo cierto es que, a partir de la reforma de la *Freedom of Information Act*, puede considerarse consolidada una línea jurisprudencial conforme a la cual queda al arbitrio de los Tribunales acordar inspecciones *in camera* de documentos secretos, cuando la misma resulte necesaria para resolver sobre el fondo de las cuestiones.

Así se viene haciendo habitualmente, recurriendo en ocasiones a prácticas como el empleo de peritos con franquicia para acceder a materias clasificadas, o la técnica del muestreo, cuando la complejidad o el volumen de lo clasificado así lo exigen.

Todo ello no significa que pueda hablarse de una propensión de los jueces a desvelar secretos oficiales. Más bien cabría hablar de la tendencia opuesta, sobre todo en aquellos casos en los que los Tribunales se las tienen que ver con el mundo de los servicios secretos y de inteligencia.

Otra ley de interés es una aprobada en 1980, bajo mandato del presidente Reagan, para intentar resolver el problema que se plantea cuando, en el curso de un procedimiento penal, alguno de los encausados amenaza con defenderse a base revelar secretos oficiales. Para tales casos, la *Classified Information Procedures Act* busca un punto de equilibrio. El encausado que pretenda utilizar en juicio información clasificada ha de comunicarlo de antemano al juez, concretando el tipo de información que estima imprescindible para su defensa. Esto abre un procedimiento incidental en el que el juez oye a las partes a puerta cerrada y decide al cabo sobre la relevancia y el uso, total o parcial, de los medios de prueba propuestos. Si la decisión es favorable a la utilización de información clasificada, se abre un trámite para que el Fiscal modifique, si lo desea, las acusaciones o proponga medios de prueba alternativos. El Ejecutivo dispone en cualquier caso de la posibilidad de vetar el uso de información clasificada como medio de prueba. Si lo hace así, el juez puede decidir que el proceso continúe tan sólo para dilucidar parte de las acusaciones, acordar abrir una investigación sobre la conducta del Ejecutivo o, en último extremo, sobreseer la causa.

Con motivo de la investigación judicial del gran escándalo de los años ochenta, el de la financiación oculta de la *Contra* nicaragüense con fondos allegados de la venta ilegal de armas a Irán, el principal de los acusados, el coronel Oliver North, utilizó profusamente las disposiciones de esta ley, con resultados bien favorables para sus intereses.⁸

A resultas de ello, en los inicios de los años noventa se abrió un debate destinado a mejorar los mecanismos parlamentarios de control sobre las llamadas «operaciones encubiertas». Fruto del mismo, una ley de 1991 amplió de forma considerable las posibilidades de actuación de las Comisiones de

⁶ *New York Times Co. v. United States*, 403 US, 713, 729 (1971).

⁷ *Environmental Protection Agency v. Mink*, 410 US, 73, 108-109 (1973).

⁸ Cfr., en general, Harold H. Koh, *The National Security Constitution Sharing the Power after the Iran-Contra Affair* (New Haven: Yale University Press, 1990).

Control sobre los Servicios de Inteligencia existentes en la Cámara de Representantes y en el Senado. En último extremo, la aspiración de dichas Comisiones es convertirse en coparticipes de los más recónditos secretos, lo que, de ser así, supondría la mejor garantía para que el recurso al secreto por parte del Poder Ejecutivo no se extienda más allá de un ámbito legítimo.⁹

Del somero recorrido por tres sistemas de derecho comparado, podríamos concluir que, en el Reino Unido, las deficiencias del control se compensan

con una definición cuidadosa y detallista del secreto oficial. En Italia, las cláusulas definatorias son especialmente vagas, y el control sobre el uso del secreto, primordialmente político; en Estados Unidos, por último, hay máxima indeterminación en materia de definiciones, pero efectivas posibilidades de control parlamentario y judicial.

Lo que no debería combinarse nunca es la indefinición sobre el ámbito del secreto, junto a la carencia de mecanismos eficaces de control. Hasta hace bien poco, tal parece haber sido el caso de España.

⁹ Sobre el particular puede verse mi trabajo, de próxima publicación en la *Revista de Estudios Políticos*, «Las tribulaciones

del *llanero Solitario*. El control parlamentario de las acciones encubiertas por el Congreso norteamericano».