

Secretos de Estado: Algo más de lo mismo

Germán GOMEZ ORFANEL

Nunca en España se ha hablado o escrito tanto sobre secretos de Estado. No obstante puede parecer justificado efectuar una breve reflexión sobre alguno de los problemas que tal categoría jurídico-política acarrea. En concreto el alcance de la noción de seguridad del Estado (I), y la participación de los tres poderes del Estado, y sobre todo de los jueces en el control de dichos secretos (II).

I

La apelación a la seguridad y defensa del Estado, es lo que caracteriza a los secretos de Estado, y la diferencia de otros tipos de secreto como el profesional o el administrativo o de oficio y, lo que es decisivo, legitima o pretende legitimar la aplicación de un tratamiento de excepción, frente al régimen jurídico común basado en la publicidad. Un ejemplo reciente de lo dicho lo podemos encontrar en la definición de gastos reservados, como «aquéllos que se estimen necesarios para la defensa y la seguridad del Estado» caracterizándose, «respecto a los demás gastos públicos por la prohibición de publicidad y por estar dotados de un especial sistema de justificación y control»¹, algo semejante sucede con los artículos 1 y 2 de la Ley de Secretos Oficiales.

Conviene precisar claramente que la seguridad no es la de cualquier tipo de Estado, sino la de un Estado constituido como Estado de Derecho social y democrático, sometido a límites jurídicos y alejado de lo que históricamente se ha conocido como «Razón de Estado», entendida como derecho de necesidad exorbitante, consistente en excepciones, dispensas y limitaciones derogatorias del derecho común y expresadas tal como escribía Gabriel Naudé mediante «acciones atrevidas y singulares que los príncipes deben poner en práctica en casos difíciles y cuando no haya otra salida derogando el derecho común, sin consideración a justicia o formalidad alguna y sacrificando el interés privado al bien público»².

En un Estado de Derecho la seguridad del Estado no es el valor absoluto, puede entrar en colisión con otros valores o derechos fundamentales, siendo necesario un juicio de ponderación. Es más, el respeto a los derechos fundamentales es también componente de la propia seguridad del Estado. Así

lo ha considerado el Tribunal Constitucional en una de sus primeras sentencias definiéndola como... «preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas» (STC de 8 de abril de 1981).

Esta sentencia puede asociarse con la determinación de otro concepto cercano como es el de orden público, recogido en la Ley de Orden Público, de 1933³ y, que a su vez fue recogido en la ley franquista de 1959 siendo la aplicación de ésta en lo tocante a los derechos, no sólo meramente retórica sino incluso sarcástica.

En otras coordenadas distintas cuando se ha querido precisar en un país como Francia, el contenido de otro macro concepto jurídico-político, como es la soberanía, el Consejo Constitucional francés ha vinculado «las condiciones esenciales del ejercicio de la soberanía nacional» con «el respeto a las instituciones de la República, la continuidad de la vida de la Nación y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos»⁴.

Lo significativo es que podría sustituirse la referencia a la soberanía por la de la seguridad del Estado y dentro de ésta no se incluiría únicamente la seguridad del «príncipe y de sus instituciones», sino también la de los ciudadanos caracterizada por el ejercicio de los Derechos, y a esto queríamos llegar, pues un Estado que lesiona los derechos de los ciudadanos o que no los garantiza, no crea seguridad, o si se prefiere, un Estado que hipotéticamente secuestre, torture y asesine (y que no sea capaz de restaurar el orden así violado) no es un Estado «seguro».

Estas ideas pueden encontrar variadas aplicaciones: A título de muestra podríamos citar la interpretación del artículo 102.2 de la Constitución referente a la responsabilidad criminal de los miembros del Poder Ejecutivo por traición o por cualquier delito contra la seguridad del Estado. Si se considera que la lesión de derechos fundamentales puede encontrar acogida dentro de la categoría de seguridad de Estado, se ampliaría notablemente el ámbito de aplicación del mencionado precepto. Por supuesto que tal interpretación puede resultar para muchos un tanto forzada pero al menos cabe reflexionar sobre ella.

En los tiempos que corren defender una concep-

¹ Ley 11/1995 de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados (art. 1).

² Gabriel Naudé. *Considerations politiques sur les coups d'Etat*. Roma, 1639 pág. 65

³ «El normal funcionamiento de las instituciones del Estado y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales, políticos y sociales definidos en la Constitución son fundamento del orden público... (art. 1.º de la Ley de Orden Público de 28 de julio de 1933).

La redacción de la Ley de Orden Público de 1959 reproduce con modificaciones el artículo citado:

«El normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, el mantenimiento de la paz interior y el libre y pacífico ejercicio de los derechos individuales políticos y sociales, recogidos en las leyes constituye el fundamento del orden público.»

⁴ Sentencia 85-188 del Consejo Constitucional frances.

ción de las categorías de seguridad del Estado, orden público, soberanía... que incluya no sólo a las instituciones sino también a los ciudadanos, presenta dificultades debido a la consideración del Estado como un conjunto de órganos (recaudadores, coactivos...) y no como una comunidad política de la que forman parte ciudadanos que a su vez han creado sus instituciones.

El concepto expansivo y manipulado de sociedad civil tiende a reducir al Estado a una constelación de aparatos dirigidos por la clase política, y con la consecuencia de que los ciudadanos se sienten cada vez más ajenos.

No se trata de dudar que la seguridad y defensa del Estado sea un interés básico y elemental constitucionalmente protegido, y ello tiene capacidad de convencimiento cuando se somete a control y se armoniza con el respeto a otros principios e intereses. El problema surge cuando se emplea el secreto de Estado como instrumento para ocultar acciones insoportables de agentes o dirigentes del Estado, que puestas a la luz difícilmente encuentran justificación y conviene recordar aquí a Kant para quien «cualquier acción referida a los derechos de otras personas cuyo principio no sea compatible con la publicidad, es injusta»⁵.

II

Tradicionalmente se ha encomendado al Gobierno la seguridad y defensa del Estado y, por tanto los secretos de Estado, pero incluso después del triunfo del parlamentarismo, y de la consolidación de los Estados de Derecho dotados de garantías jurisdiccionales, el Poder Ejecutivo sigue reclamando con más o menos éxito el monopolio o una posición de privilegio sobre los secretos de Estado.

Sin embargo la seguridad del Estado no es algo ajeno al Parlamento o a los jueces, y prescindir de ellos en tal ámbito sería como volver al Antiguo Régimen. Frente a las pretensiones del Poder Ejecutivo de constituirse en supremo y único intérprete de la seguridad y defensa del Estado no han faltado en los países de nuestro entorno actuaciones del Parlamento para reclamar el respeto a sus atribuciones de control o de jueces y tribunales para defender su función jurisdiccional y de investigación de los delitos. El escenario en que se produce esta situación no es otro que el de los conflictos entre poderes del Estado, el ámbito del principio constitucional de la división de poderes.

No se trata pues de negar que el Gobierno deba seguir siendo el depositario de los secretos de Estado, sino de afirmar que en materia tan trascendente, su actuación, debe estar sometida a los controles de los otros poderes del Estado o de un órgano que garantice el respeto al principio de la división de

poderes, como pueden ser los Tribunales Constitucionales.

El conflicto básico que me interesa comentar a continuación es el que se plantea entre los poderes de investigación del juez relacionados con la obtención de pruebas (especialmente documentos y declaraciones de testigos) y la negativa del Gobierno a prestar su colaboración.

En Gran Bretaña, el Gobierno ha venido utilizando la doctrina del *Crown Privilege* para negarse a prestar elementos de prueba o a responder preguntas ante los Tribunales alegando la producción de perjuicios para el interés público. La situación empezaría a cambiar en 1968 con la sentencia *Conway v. Rimmer*, que reconocía el acceso de los tribunales a la información secreta para ponderar el interés de la seguridad del Estado, con los de la realización de la justicia.

En Estados Unidos, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el denominado *Executive Privilege*, señalando que la eventual aplicación de tal privilegio sería asunto del Tribunal y no del Ejecutivo y que sería propio del ámbito del deber del Tribunal declarar el derecho aplicable al caso, no pudiendo justificar el principio de separación de poderes ni la necesidad de confidencialidad de las comunicaciones del presidente, «an absolute unqualified presidential privilege of immunity»⁶.

Sin embargo en Italia se ha optado por una solución política para resolver el posible conflicto entre Gobierno y jueces tal como se recoge en la Ley de 24 de octubre de 1977, cuyo título es sintomático⁷ y en el Código de Procedimiento penal.

Así se establece el deber de los funcionarios públicos y asimilados de no declarar ante el juez sobre hechos cubiertos por el secreto de Estado, pudiendo asimismo negarse a entregar documentos. En tales supuestos el juez se dirigirá por el cauce adecuado al presidente del Consejo de Ministros, solicitando la confirmación sobre la existencia de tales secretos. Si ésta se produce el juez declarará la no procedencia de actuaciones. Un comité parlamentario formado por ocho miembros (cuatro diputados y cuatro senadores) supervisará las decisiones del presidente pudiendo en su caso dirigirse a cualquiera de las Cámaras para las consiguientes valoraciones políticas⁸.

En relación con Alemania cabe citar la sentencia del Tribunal Constitucional Federal de 17 de julio de 1984 que obligó al Gobierno a entregar determinados documentos a una Comisión de Investigación del Parlamento a la que de acuerdo con la Ley Fundamental, respecto a la obtención de pruebas, se aplican por analogía las mismas normas del proceso penal. El TCF establecería que si dichas Comisiones adoptan las precauciones necesarias para evitar que se den a conocer los secretos oficiales, el Gobierno no puede negarles el acceso a los do-

⁵ I. Kant. *La paz perpetua*. Anexo II. De la concordancia de la Política con la Moral según los conceptos transcendentales del Derecho Público.

⁶ Véase *United States v. Nixon* (1974) y *United States v. Reynolds* (1953).

En el libro de Miguel Revenga: *El Imperio de la política* (Ed. Ariel 1995), se ofrece un análisis muy completo de la situación norteamericana.

⁷ *Istituzione e ordinamento dei servizi per le informazioni e la sicurezza e disciplina del segreto di Stato*.

Se asocia la regulación de los servicios secretos con el secreto de Estado.

⁸ Artículo 11 de la citada ley. Véanse asimismo los artículos 202-204 y 256 del Codice di procedura penale.

cumentos solicitados, convirtiéndose en un órgano monopolizador de tales informaciones y quedando liberado del control parlamentario.

En nuestro país con independencia de la fundamentación constitucional del secreto de Estado derivable del contenido de los artículos 105.b, 97 («El Gobierno dirige la defensa del Estado») y 20 («límite a la libertad de información») la legislación sobre secretos oficiales guarda un absoluto silencio sobre las posibilidades de los jueces de participar en dichos secretos. Tal silencio ofrece sin duda cobertura a las interpretaciones que postulan el sometimiento de los órganos jurisdiccionales a las competencias que el Gobierno ostenta sobre los secretos de Estado. La cuestión es analizar si tales interpretaciones son compatibles con la Constitución.

Parece abrirse camino la posibilidad de revisar por vía contencioso-administrativa los actos de clasificación o desclasificación, planteándose si los jueces pueden sustituir al Poder Ejecutivo en la valoración de si la información declarada secreta puede poner en peligro la seguridad del Estado o si por el contrario tales decisiones son políticas o reservadas al Poder Ejecutivo. Cabe pensar en supuestos en que el secreto esté al servicio de la ocultación de delitos graves, generando una impunidad que afectaría a la tutela judicial efectiva (art. 24), al control de la actuación administrativa (art. 106) a la colaboración que se ha de prestar a los Tribunales (art. 118), o simplemente a la consideración del Estado como Estado de Derecho⁹.

La sentencia del Tribunal Supremo de 12 de marzo de 1992 («caso Amedo») legitimaría la opacidad del uso de fondos reservados respecto al control jurisdiccional y la sentencia de 14 de diciembre de 1995 del Tribunal del Conflicto Jurisdiccionales supone un homenaje a las teorías del *Privilegio del Gobierno* respecto a los secretos de Estado, cuyo control con carácter restringido correspondería exclusivamente según la legislación vigente a un número limitado de diputados.

Por otra parte ante la falta de mecanismos procesales más adecuados, el artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre la no exigibilidad del testimonio de funcionarios públicos cuando estuviesen obligados a guardar secreto por razón de sus cargos, ha cobrado una relevancia notable respecto a la investigación de hechos protegidos por el secreto de Estado, al dar cobertura a la negativa de los funcionarios a prestar declaración como testigos, si bien como han evidenciado los Autos del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1994 y especialmente el de 20 de febrero de 1995, el citado artículo puede interpretarse en el sentido de que «revelar a la

autoridad judicial que investiga, la posible comisión de un delito no integra delito alguno y es una obligación del funcionario no implicado»¹⁰.

En relación con la situación actual del régimen jurídico del secreto de Estado me atrevería a hacer las siguientes recomendaciones:

Primera. Es imprescindible adaptar la legislación de secretos oficiales a la Constitución en el sentido de que se permita el acceso de jueces y tribunales en determinados supuestos y garantizando el mantenimiento del secreto, a las materias clasificadas. Para ello a semejanza de lo que sucede en el Congreso de los Diputados, con carácter previo un órgano judicial relevante (Sección del Supremo integrada por un número muy reducido de jueces del Tribunal Supremo) sería el encargado de ponderar en relación con la seguridad del Estado los intereses de la Justicia y dar vía libre en su caso a las actuaciones de los jueces competentes.

Segunda. Mientras tanto, habría fundamento para poder considerar como derogados determinados aspectos de la legislación de secretos oficiales y del artículo 417.2 LECr, en cuanto incompatibles con la Constitución o interpretarse de tal modo que el ejercicio de funciones jurisdiccionales no quede subordinado a la autorización «graciable» del Ejecutivo o de órganos que de él dependan.

Podrían plantearse alternativamente cuestiones de inconstitucionalidad, máxime si se puede llegar a considerar que nos hallamos ante una omisión del legislador que afecta a derechos fundamentales (tutela judicial efectiva) o al principio de división de poderes en lo tocante a la reserva de jurisdicción.

Tercera: Los eventuales conflictos entre poderes (especialmente entre Gobierno y jueces) podrían ser residenciables ante el Tribunal Constitucional en el ámbito del conflicto de atribuciones, para lo cual debería modificarse la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional. A semejanza con el Tribunal Constitucional Federal alemán, sería conveniente que nuestro Tribunal Constitucional pudiera decir la última palabra sobre el conocimiento de documentos y declaraciones de testigos respecto a las actividades probatorias.

Cuarta: En la línea establecida aunque limitadamente, por el ordenamiento italiano y alemán, propugnamos la regulación de los denominados secretos ilegítimos en cuanto sean opuestos al ordenamiento constitucional o sean ilegales encubriendo delitos de especial trascendencia (afectando a bienes jurídicos como la vida, libertad, integridad física...). Ello justificaría que en tales supuestos no se aplicaría el régimen excepcional que tutela a los secretos de Estado.

⁹ En un dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, emitido en relación con la supuesta utilización de fondos públicos para la financiación de la asociación terrorista GAL y citado por E. Gimbernat en un artículo titulado «Fondos Reservados y Secreto de Estado» (*El País*, 8 de junio de 1989), se afirmaba que «en el Derecho español la potestad judicial queda detenida ante la invocación del secreto» y que «el legislador penal y procesal las ha colocado por encima de la investigación y la represión de los delitos, por lo que le está negada al juez toda potestad para comprobar directamente si la invocación es o no abusiva».

¹⁰ Por ello no es casual que en el Anteproyecto de Ley Orgánica reguladora de Secretos Oficiales, para evitar estas posibilidades de colaboración con la justicia, se señale que «Nadie podrá prestar declaración sobre aquellos secretos oficiales de los que tenga conocimiento ni ser requerido para ello, salvo que previamente se hubiese efectuado la necesaria desclasificación total o parcial» (art. 5.1.j).

Por otro lado si bien en dicho Anteproyecto se contempla la desclasificación a solicitud judicial, tal cosa se encomienda al libre criterio de los órganos del Gobierno (art. 7).