

¿QUE GRADO DE SECRETO GUBERNAMENTAL PUEDE SOPORTAR EL ESTADO DE DERECHO?

(A propósito de la lectura del libro
El Imperio de la Política,
de Miguel Revenga Sánchez)

JOSE MARIA MORALES ARROYO

El primer logro que debe concederse a la publicación de la obra de Miguel Revenga Sánchez, objeto del presente comentario, es el de haber acercado un tema que hasta ahora había sido objeto frecuente de apasionados debates políticos y periodísticos al ámbito más sosegado del análisis iuspublicista. El origen de dichos debates se localizaba en una serie de actuaciones del Gobierno nacional de sobra conocidas que habían cuestionado públicamente la capacidad del Ejecutivo para, dentro de sus estrictas funciones constitucionales, tomar decisiones y realizar actividades que, amparadas por el secreto, penetraban en el ámbito de la ilegalidad y afectaban a la vida, bienes y derechos de ciudadanos españoles. La justificación de este proceder se extraía de vagas protestas en defensa del Estado o de la seguridad nacional.

La coincidencia temporal de los hechos con tan escaso detalle descritos y la publicación del *El imperio de la política* (Ariel, Barcelona, 1995) puede resultar afortunada desde el punto de vista editorial, pero puede a la larga empañar su mérito y ocultar sus objetivos. Sencillamente el lector que de modo equivocado se acerque a sus páginas buscando un examen o incluso una crítica coyuntural de los avatares políticos españoles puede no llegar a comprender el problema de fondo que suscita y estudia el trabajo de Revenga y ensombrecer las enseñanzas que, sin lugar a dudas, se pueden extrapolar al funcionamiento de nuestro sistema político.

La obra constituye esencialmente un riguroso estudio de Derecho constitucional comparado en torno a la manera en la que un modelo constitucional tan singular como el norteamericano se ve afectado cuando el Presidente de la República y el Ejecutivo en su conjunto de forma habitual y *extra Constitutione* oculta información sobre su actividad en la dirección del Estado, tanto al Congreso como a la opinión pública, contando con la aquiescencia o pese a la opo-

sición de ambos, hasta el extremo de modificar sustancialmente la concepción constitucional de la distribución de poderes.

I

El propio título de la obra, creemos que de manera consciente, juega a la paradoja y apunta la principal consecuencia que se deriva de aquel conflicto de poderes. Se parte de la contraposición de la vieja idea liberal del «imperio de la ley», transformada en «imperio de la Constitución», con la idea del «imperio de la política» para proceder a la definición de un modelo de Estado en el que el recurso gubernamental al secreto se ha convertido en un elemento estructural del sistema:

«... la inclinación al secreto no es en la vida norteamericana una desviación ocasional con respecto a los fundamentos de publicidad y apertura establecidos en la Constitución, sino un componente estructural que se apegó al sistema tras la Segunda Guerra Mundial, al socaire de la nueva posición hegemónica de Estados Unidos en el mundo, y la consiguiente obsesión por el asunto de la seguridad nacional» (pág. 45).

Dicho estado de cosas afecta singularmente a varios de los elementos que se consideran básicos a cualquier Estado constitucional.

En primer lugar, hace peligrar los postulados del Estado de Derecho desde el mismo instante en el que resulta difícil comprobar si los actos realizados por el Ejecutivo bajo la protección del secreto se ajustan o no a lo dispuesto en el ordenamiento para el uso de sus facultades constitucionales; especialmente para los órganos jurisdiccionales en su misión de mantener a la Administración en los márgenes de la legalidad.

El Ejecutivo norteamericano cuando camina en esa línea de sombras se apoya en varios argumentos. De un lado, realiza una interesada interpretación de sus facultades constitucionales referentes a la dirección de las relaciones internacionales y a la defensa, cuestiones que exigen a su entender un especial sigilo (véanse págs. 48-49). De otro lado, sostiene sus facultades en una indefinible seguridad nacional, un concepto jurídico indeterminado, que supone un resultado a conseguir, que ampara indiscriminadamente los medios utilizados para su logro y que, en consecuencia, cuando en mayor peligro real o ficticio se encuentre más alto será el margen de maniobrabilidad otorgado a la actuación administrativa (1). Y, por último, se ha afianzado en una cierta idea aristocrá-

(1) A la frustrante tarea de la definición y la concreción de la seguridad nacional se dedican las páginas iniciales del libro (págs. 11-19); resulta singular que en un primer momento se rela-

tica del rol de los gobernantes que lleva a la clase política a temer la demagogia en la formación de la opinión pública o a dudar de la capacidad del cuerpo social para la comprensión del contenido de «delicadas» decisiones políticas; por esta vía los gobiernos llegan, también, a oponer control político, parlamentario o mediático, y eficacia y operatividad como resultados propios de la reserva (2).

En segundo lugar, hace peligrar arraigadas concepciones construidas en torno a la definición y el funcionamiento del Estado democrático, atacando la más elemental noción de separación de poderes, cuando el mismo órgano, que decide qué debe mantenerse en secreto, actúa bajo su manto protector sin apenas control.

No sería ocioso recordar que la responsabilidad de los gobernantes surge como una idea adherida de manera natural denominado «gobierno representativo». La posibilidad, real o ficticia, de sanción popular ha constituido a un tiempo una válvula de seguridad del sistema constitucional y un principio definitorio en su estructuración y funcionamiento. La falta de inmediatez entre los ciudadanos y la toma de decisiones políticas, cuadraba mal con la teoría de la soberanía popular que colocaba la decisión colectiva en el origen y final del poder. Así pues, dejando a un lado las dosis de ingenuidad o formalismo que contuviese dicha construcción y el contrasentido de que durante un período dilatado de la historia estatal representación y democracia no fueron instituciones coordinadas, la realidad es que la responsabilidad de los representantes podía quedar frustrada si se impedía el control de su actividad y el control deviene inviable si la actuación de ciertos poderes se oculta a la opinión pública. Es decir, la negación al cuerpo social del conocimiento del proceso de la toma de decisiones políticas o de su contenido casa difícilmente con las bases democráticas del Estado. Como escribe el propio Revenga: «En el constitucionalismo, la publicidad es la norma; el secreto, lo excepcional (...). Donde hay secreto falta control, y sin controles no hay garantía para la efectividad de los límites. Un principio tan simple conserva, creo, toda su vigencia, y permite afirmar que en un gobierno constitucional toda práctica secreta plantea un intrincado problema de controles, donde quien justifica el secreto ha de probar su necesidad» (págs. 34-35).

cionan con la misma las actividades referidas a la defensa y a los asuntos internacionales, pero más recientemente se ha llegado a asociar con los intereses económicos norteamericanos e incluso con el narcotráfico, ampliando el círculo de problemas que se derivan de su conceptualización (págs. 14 y sigs.).

(2) «La presunción de base en favor de la publicidad queda de este modo coartada mediante un penetrante argumento subliminal: la publicidad resta eficacia a la acción política» (pág. 35).

El recurso al secreto y la quiebra de la publicidad se hace más inadmisibles, cuando la propia Constitución estadounidense sólo en su artículo I, sección 5 (3), admite, como excepción al principio de publicidad el secreto de ciertas sesiones parlamentarias, no recogiendo ninguna otra cláusula que ampare el ocultamiento de la actuación de los poderes públicos (págs. 35-36). En la historia política norteamericana, la publicidad se implanta de una manera natural en el debate parlamentario y en la aprobación de la ley, pero encontró una importante resistencia en el núcleo duro del poder (el ejército, la burocracia y la representación exterior), lo que suscitó conflictos interpoderees resueltos de manera favorable a la reserva (págs. 20-21).

La descripción de dichos conflictos y la exposición de sus consecuencias ocupan la mayor parte del libro. A este respecto, la obra, especialmente a partir del Segundo Capítulo, aborda una descripción de la evolución de la tensión constitucional que se ha producido en torno al mantenimiento o levantamiento del secreto, destacando a través de diversos ejemplos históricos el posicionamiento de cada uno de los poderes constitucionales y sociales (Presidente, Congreso, tribunales y, en su caso, prensa) en cada concreta controversia.

El enfoque expositivo utilizado a lo largo del trabajo se desenvuelve en diferentes planos. El estudio constitucional del problema actúa como fondo conductor de la obra, pero sin descuidar, al mismo tiempo, el ofrecimiento de una explicación histórica del nacimiento del fenómeno de la opacidad en el desarrollo de las acciones gubernamentales y un análisis de los casos que de manera más significativa han condicionado la interpretación jurídica del problema. A todo ello, se añade un enfoque jurisprudencial que, además de fijar los términos más o menos beligerantes con los que los tribunales se han enfrentado al problema de la licitud de los actos gubernamentales, concluye acertadamente una visión constitucional del asunto.

Ni que decir tiene, que el contenido de las presentes páginas no pueden reemplazar la lectura del libro y, por lo tanto, se limitarán a ofrecer una completa información sobre su contenido y a alentar en la medida de lo posible el interés del futuro lector. Así, pues, nos limitaremos a partir de aquí a la enumeración de algunos de los temas expuestos y de las conclusiones alcanzadas tras su lectura.

II

Según quedó apuntado en los inicios del comentario, el secreto se ha incrustado en el funcionamiento de la vida política y constitucional norteamericana; no obstante, se identifican con nitidez dos etapas en las que el uso del secreto y la actitud de los poderes constitucionales hacia el mismo resultan diferentes.

En la primera fase se produce la consolidación del estatuto jurídico del recurso al secreto; es un período que se inicia, eludiendo la referencia a otros precedentes, tras la Segunda Guerra Mundial y llega hasta los años setenta. Son los años álgidos de la guerra fría, en los que la protección de la seguridad nacional justifica y permite las quiebras conocidas más audaces de la publicidad. La Constitución estadounidense, aprobada para la paz y en un momento en el que el país se encontraba en un lugar periférico en las relaciones internacionales, debe aplicarse en un Estado inmerso en una situación prebélica, marcada por la pugna entre dos superpotencias, donde Estados Unidos asume un papel director en el concierto internacional.

En este período se aprueban la *National Security Act* (1947) que unifica los poderes presidenciales sobre la política de seguridad y crea el Consejo de Seguridad Nacional y la Central de Inteligencia (CIA); la *Central Intelligence Act* (1949), en la que se consolida el estatuto de la Agencia y su financiación (3); la *Atomic Energy Act* (1946), que declara clasificadas y secretas toda información referida a materia nuclear, y la *Internal Security Act*, con la que se persigue el espionaje y la revelación de secretos (págs. 56 y sigs.).

Esta última norma coloca en manos presidenciales el instrumento idóneo para ampliar el ámbito del secreto: la potestad de clasificar documentos. El sistema clasificatorio se ha instrumentalizado a través de *executive orders* presidenciales, que definen los sellos clasificatorios (*top secret*, *secret* y *confidential*, en la actualidad), el ámbito material de la clasificación, las autoridades con capacidad para clasificar y los métodos y plazos para revocar la clasificación de documentos e información (págs. 76 y sigs.). Desde Roosevelt hasta Reagan casi todos los presidentes aprueban normas que establecen sus reglas para la clasificación de la información *ex novo* o reformando las órdenes presidenciales anteriores (4).

Una vez que se admite la constitucionalidad de la facultad clasificatoria, el mayor riesgo que suscita su ejercicio se deriva de la eficacia del control de las desviaciones en su utilización; es decir, ¿sobre qué parámetros y a quién corresponde realizar la verificación y revisión del correcto uso de la facultad presidencial para ocultar cierta información? El recto uso del sello clasificatorio ha constituido el origen de los principales conflictos interpodere y la causa de las

(3) «La Ley de 1949 cubrió con el manto del secreto la financiación de la CIA, autorizando con carácter general la transferencia periódica a ésta de fondos aprobados para otros organismos públicos»; un sistema dudosamente acorde con el principio constitucional de la publicidad y rendición de cuentas (pág. 60).

(4) Un examen de las principales *executive orders* clasificatorias se recoge en las págs. 76 y sigs.

mayores críticas en sede política y doctrinal para el sistema. De hecho, el cambio de actitud en la vigilancia de los poderes presidenciales sobre el secreto se suscitó a partir de dos casos mundialmente conocidos (*Pentagon Papers* y *Watergate*), que vieron la luz bajo el mandato de Richard Nixon, en los que se detectó un problema de utilización de la potestad clasificatoria en beneficio de la política presidencial y para encubrir errores de la misma, sin que estuviese afectada realmente la seguridad nacional.

La segunda fase se inicia cuando tanto el resto de los poderes constitucionales como el conjunto de los ciudadanos pierden su confianza ciega en la sinceridad del Presidente, a mediados de los años setenta, es decir, a partir de los escándalos del mandato Nixon. Hasta ese momento la actitud general había sido diferente.

El Congreso había optado por intervenir *a posteriori* en la actividad presidencial desarrollada en el ámbito de la seguridad nacional y las relaciones internacionales, particularmente a través del control en Comités y del examen presupuestario. Pero, se detectaba la existencia de un acuerdo básico con el contenido de la actuación presidencial al declarar secretas las actuaciones sobre esas materias, lo que en cierta medida explica su tardía reacción (págs. 92-95, por ejemplo).

Los ciudadanos aceptaban también la bondad del funcionamiento del sistema puesto en manos del Presidente; aunque ellos se encontraban situados en una posición muy diferente a la del Legislativo, pues su conocimiento de la actividad gubernamental se encauzaba a través de dos vías bastante defectuosas:

— La información era obtenida a través de la labor de intermediación desarrollada por los medios de comunicación, los cuales, en un primer momento, coincidieron con las concepciones presidenciales, aceptando su papel de colaboradores con la seguridad nacional y negando publicidad a ciertos asuntos, para, más tarde, reaccionar asumiendo el papel que les corresponde de vigilantes de la tareas gubernamentales (5). En muchas ocasiones también los medios se han encontrado a merced de la política informativa presidencial y de los actos de «manipulación informativa» y ocultación articulados por distintos ejecutivos (págs. 99 y sigs.). Por lo demás, recuérdese que la selección y transmisión de la información por parte de los medios se realiza sobre criterios libérrimos, dependientes de las políticas editoriales de las diferentes empresas, lo que en buena medida suscita en ocasiones desfases entre lo que interesa conocer al público y lo que ofrecen los órganos informativos.

(5) Al respecto, véase la exposición de la reacción de algunos periódicos frente al incidente de «Bahía Cochinos» y la actitud exigida por el Presidente Kennedy a la prensa, págs. 97-98.

— La otra vía dispuesta para que los ciudadanos conocieran venía dada por los cauces previstos en la *Freedom of Information Act* desde 1967. Este estatuto permite a los ciudadanos dirigirse a la Administración para requerirle información sobre determinados asuntos, viniendo ésta obligada a entregarla, salvo que se encontrase dentro del ámbito de las materias excepcionadas por la propia ley (6). La negativa gubernamental podía ser revisada por los tribunales de justicia a instancia de la parte frustrada, que poseían la potestad de obligar al gobierno a contestar. Pues bien, la existencia de ese estatuto, no ha conllevado un cambio en la concepción constitucional de la información (pág. 31), pues en sus inicios recibió una escasa aplicación al chocar con una Administración parapetada en el secreto y con unos tribunales escasamente activos frente a la renuente actuación administrativa (págs. 155-156). Fue precisamente una resolución del Tribunal Supremo de enero de 1972, unida a los escándalos derivados de la ocultación de información relacionada con la encubierta Guerra de Vietnam, los que impulsaron al Congreso a reformar la norma en 1974, forzando a la larga un cambio en su aplicación jurisdiccional (7).

Por último, con excepciones, y también a partir de la desafiante actitud gubernamental y de los dos escándalos surgidos durante la presidencia de Nixon, las posiciones de los tribunales frente a las decisiones administrativas en la definición del ámbito del secreto no han sido excesivamente beligerantes. Como regla general el Poder Judicial ha intentado no mediar en el conflicto entre el Ejecutivo y el Congreso, y cuando lo ha hecho siguió a grandes rasgos las siguientes pautas:

— Ha reconocido un poder sustancial al Presidente para invocar el secreto en nombre del interés de la defensa y la seguridad nacional, llegando a admitir la existencia de un cierto «privilegio del Ejecutivo» en la materia (8).

— Ha aceptado la existencia de un derecho del Congreso a controlar e investigar la actuación del Ejecutivo.

— Ha cerrado su argumentación con la consideración de que el Presidente no posee una especie de «prerrogativa regia» que le coloque por encima de la ley (págs. 38 y sigs.).

(6) A la exposición de su funcionamiento y eficacia se dedican las págs. 162 y sigs. del libro.

(7) Los altibajos en la aplicación de la *Freedom of Information Act* vienen estudiados e ilustrados con sentencias de especial relevancia para su vigencia en las págs. 152 y sigs. También se analizan otras dos normas que en ámbitos diferentes persiguen parecidos objetivos: la *Federal Privacy Act*, de 1974, y la *Governement in the Sunshine Act* de 1976 (págs. 161-163).

(8) Sobre los problemas constitucionales que conlleva la admisión de dicho privilegio, veáanse las págs. 120 y sigs.

La Guerra de Vietnam y la actitud de las sucesivas Administraciones en la ocultación de información han traído como consecuencia la vigencia de una cierta desconfianza hacia los actos presidenciales que afectasen al secreto. A ello se han venido añadiendo las críticas referidas a la relativa inutilidad demostrada por un sistema clasificatorio disparado, donde la información declarada secreta año tras año adquiere un volumen inabarcable y donde las filtraciones se convierten en una obsesión de complicada erradicación.

El cambio más significativo ha provenido del Congreso que ha redefinido su forma de entender las relaciones con el Presidente. Se ha roto el consenso básico que le ligaba al Presidente en materia de seguridad nacional y ha comenzado a vigilar con mayor detalle las «declaraciones de secreto» para corregir y sancionar eventuales abusos. Como se destaca de manera amplia en el Capítulo Cuarto, a grandes rasgos el Congreso, en primer lugar, ha aumentado la presión controladora de las comisiones y subcomisiones parlamentarias; en segundo lugar, ha sido más meticuloso a la hora de aprobar fondos destinados a definir las relaciones internacionales o a sufragar los medios para la defensa y la actuación de los servicios de inteligencia. Y, en tercer lugar, ha reforzado el marco legislativo que regula el derecho de los ciudadanos a acceder a la información gubernamental.

Paralelamente a la constatación de este fenómeno, el Capítulo Cuarto ofrece también una cumplida visión sobre las principales líneas jurisprudenciales detectadas en las dos últimas décadas en torno al secreto gubernamental, de las que el autor destaca tres conclusiones: primera, que la *Freedom of Information Act* se ha consolidado como un estatuto animado por un espíritu de apertura cuya satisfacción requiere una interpretación favorable (págs 171 y sigs.). Segunda, que en materia de seguridad nacional uno de los temas esenciales para obtener la información son las cuestiones previas, es decir, quién decide sobre lo que causa daño a ésta y qué criterios se emplean para clasificar (págs. 173 y sigs.). Y, tercera, que cuando la información afecta a la Central de Inteligencia, mejor no solicitarla porque los tribunales de justicia no suelen propender a la revisión de sus clasificaciones (págs. 179 y sigs.).

El libro se cierra con un completo balance del desenvolvimiento del tema del secreto durante los mandatos del Presidente Reagan, en los que se observa una tensión entre dos impulsos contradictorios. De un lado, la actuación de un Presidente deseoso de ampliar los ámbitos del secreto (9), bajo cuyo gobierno

(9) Reagan aprueba en 1982 una Orden Ejecutiva que propende a aumentar el ámbito del secreto, ampliando la tendencia a la clasificación y el círculo de funcionarios facultados para ello; pero además intentó con diferente fortuna resucitar el «privilegio del Ejecutivo» e imponer el silencio de los funcionarios con el fin de evitar las filtraciones (págs. 192 y sigs.).

se producen conocidos escándalos derivados de las denominadas «acciones encubiertas»; y, de otro, un sistema reacio a regresar al oscurantismo propio de la época pre-Vietnam, en el que los demás implicados intentan mantener con los medios a su alcance un aceptable ámbito de publicidad en los actos gubernamentales.

III

Si al inicio de estas páginas se ha comenzado aludiendo a la primera de las virtudes destacadas del libro, se desea en su cierre hacer alguna matización sobre lo que, según nuestro entender, constituye el gran logro de la obra de Miguel Revenga. En el desarrollo del comentario se ha prestado especial atención a las partes de libros que, de un lado, ofrecen una reflexión sobre los problemas que genera la ocultación deliberada de información en un sistema constitucional y, de otro, ilustra cómo se ha comportado el modelo constitucional norteamericano con sus avances y retrocesos en el binomio publicidad-secreto. Pues bien, a medida que avanza su lectura el lector se plantea una serie de preguntas que le llevan a reflexionar sobre los términos que esta cuestión se encuentra regulada en España y cómo incide el secreto en nuestro ordenamiento constitucional; algo que deja abierto un sugestivo campo de trabajo e investigación para cualquier constitucionalista.

A modo de ejemplo, el conocimiento del modelo clasificatorio norteamericano, articulado a través de *executive orders*, nos traslada al ámbito de la corrección de nuestra obsoleta Ley de Secretos Oficiales (10) y permite cuestionar su aplicación bajo un texto constitucional, aprobado meses después de su última actualización, que se asienta en principios sustancialmente diferentes a aquellos que actuaban de marco jurídico en los años sesenta. La actitud del Congreso de los Estados Unidos, por mencionar otro aspecto, encajaría difícilmente con el papel constitucional asignado a nuestras Cortes Generales, a cuyo conocimiento nada está constitucionalmente vedado, salvo algunas cuestiones relacionadas con los derechos fundamentales de los ciudadanos. Y, por incidir en una última cuestión, tras el análisis del papel que ha asumido la *Freedom of Information Act* en el modelo norteamericano, nos asalta la duda de si esa

(10) La Ley data de 5 de abril de 1968 (BOE, 84, de 6 de abril de 1968); aunque fue ampliamente reformada y adaptada a las nuevas circunstancias jurídicas por la Ley 48/1978, de 7 de octubre (BOE, 243, de 11 de octubre de 1978). En el mes de septiembre de este año 1996 el Gobierno ha dado a conocer un anteproyecto de Ley de Secretos, que está suscitando un amplio debate periodístico y doctrinal antes de ser depositada para su tramitación parlamentaria.

misión puede ser desempeñada en el ordenamiento español, cumpliendo el mandato del artículo 105.b) de la Constitución, por el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (y algunas otras disposiciones concordantes) o resulta conveniente la aprobación de una norma específica y común.

Así pues, finalicemos la referencia a los méritos del libro de Miguel Revenga, con ese reconocimiento de apertura de diversas líneas de estudio en un tema relativamente descuidado por la doctrina iuspublicista y tratado a la ligera en ámbitos no jurídicos.