

COMENTARIOS A LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA
SOBRE SECRETOS OFICIALES A LA VISTA
DE LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES
DEL DISTRITO DE COLUMBIA (EE. UU.)
DE 21 DE MAYO DE 2013

Comments on Spanish official secrets legislation
in view of the District of Columbia Court of appeals (U.S.)
Judgement of 21 May 2013

SALVADOR A. SOTO LOSTAL

Universidad Pablo de Olavide

sasotlos@upo.es

Cómo citar/Citation

Soto Lostal, S. A. (2017).

Comentarios a la legislación española sobre secretos oficiales
a la vista de la sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito
de Columbia (EE. UU.) de 21 de mayo de 2013.

Revista Española de Derecho Constitucional, 111, 379-412.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.111.12>

Resumen

Los secretos de Estado cobraron un protagonismo inusual después de que el Tribunal Supremo en España dictase las sentencias de 4 de abril de 1997. Aparentemente postergados, hoy día cobran especial relevancia por distintos acontecimientos a nivel nacional como internacional, así como por diferentes iniciativas parlamentarias para promover la reforma de la Ley de Secretos Oficiales. Estas circunstancias, junto a la sentencia analizada de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (EE. UU.), nos han llevado a realizar algunas reflexiones en torno a los secretos de Estado que pasan por la necesidad de reconocer en nuestro ordenamiento jurídico de manera expresa el control judicial de los actos clasificatorios y desclasificatorios del Gobierno en función de la interpretación de los bienes de la seguridad del Estado y la defensa nacional. Asimismo, se hace una crítica a algunos aspectos deficitarios

de la actual normativa, concluyendo con propuestas más acordes con el régimen constitucional vigente.

Palabras clave

Secretos de Estado; seguridad; defensa; transparencia; clasificación y desclasificación de documentos; control de los actos del Gobierno.

Abstract

Official secrets acquired an unusual prominence after Spanish Supreme Court took sentences (07/04/1997). Apparently postponed, takes an especial relevance nowadays, as a result of different national and international events, and parliament initiatives to promote an Official Secrets Law reform. Those circumstances along with the analyzed USA Court of Appeals for the District of Columbia's sentence, drives us to make several reflections around official secrets that lies basically in the need of an express judicial control recognition in our legal system over classificatory and declassificatory government acts through an interpretation of State security and national defense. At the same time, a review about some current legal loss-making aspects is made concluding with purposes in accordance with current constitutional regime.

Keywords

State Secrets; security; defense; transparency; documents classification and declassification; Government acts judicial control.

SUMARIO

I. ANTECEDENTES; II. EL CONTROL JUDICIAL. III. NATURALEZA EJECUTIVA DEL ACTO GUBERNAMENTAL CLASIFICATORIO. IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS BIENES O VALORES CONSTITUCIONALES QUE JUSTIFICAN LA CLASIFICACIÓN. V. ASPECTOS FORMALES: PROCEDIMIENTO, COMPETENCIA Y MOTIVACIÓN. VI. CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFÍA.

I. ANTECEDENTES

En agosto de 2013, la asociación Judicial Watch interpuso una demanda ante el Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia por vulneración de la Freedom Information Act (FOIA¹) por parte del Gobierno norteamericano como consecuencia de la denegación de la Agencia de Inteligencia Norteamericana (CIA) de facilitar las 52 fotografías del cadáver de Osama Bin Laden, al alegar esta última que las imágenes estaban clasificadas como alto secreto (*Top Secret*)².

¹ Fue promulgada en 1966 y fue efectiva desde el 5 de julio de 1967. Firmada por el presidente Lyndon Johnson gracias al esfuerzo de muchos legisladores, principalmente por el político John Moss (que desde 1955 había comenzado sus investigaciones, informes y audiencias sobre las políticas de información del Gobierno), esta ley aboga por un derecho que puede hacerse valer en la Corte, el poder de acceder a los registros o documentos de la agencia federal, en un paso para acercarse al concepto de Gobierno abierto. Pese a esto, existen excepciones a esta ley: aquellos registros o documentos (o parte de aquellos) protegidos de la divulgación pública, ya sea según una del conjunto de las nueve excepciones preestablecidas en el Gobierno o por una de las tres exclusiones especiales para la aplicación de la FOIA.

² Las categorías clasificatorias no coinciden a nivel internacional. Las establecidas en Estados Unidos son de alto secreto (*Top Secret*) y secreto (*Secret*). En nuestro sistema jurídico se reconocen legalmente dos («secreto» y «reservadas»). En estos casos habrá que estar a efectos de su protección a lo establecido en tratados internacionales bilaterales o multilaterales suscritos por España sobre la materia en aquellos supuestos en que se produzca un intercambio de información o, para los casos de suministro a España de información clasificada, al principio de «protección equivalente» al que recibe la información en su lugar de origen (puntos quinto y sexto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010, sobre política de seguridad de la información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación por los que se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales y art. 11.e) RSO).

Judicial Watch argumentó que la denegación gubernamental no se podía encontrar amparada en la Freedom Information Act porque consideraba que la difusión de las imágenes en ningún modo podían poner en serio riesgo la seguridad nacional (tal y como, sin embargo, sí consideró la CIA³ para justificar la denegación) ya que «*Al Qaeda* y sus seguidores no necesitan una razón específica para incitar a la violencia, y que cualquier alegato en cuanto a que las personas provocaran actos de violencia una vez vistas las imágenes sería una mera especulación». Asimismo, prosiguió en sus argumentaciones manteniendo que las declaraciones del Gobierno no demostraban que la divulgación de las imágenes podía causar «que algunas personas que no muestran simpatía por los Estados Unidos cometieran actos de violencia más allá de las fronteras, y que el Tribunal no debe sucumbir ante tal clase de extorsión».

Por último, invocó defectos formales en la clasificación de la documentación por cuanto que no se realizó por la autoridad competente y que aquella se llevó a cabo solamente después de que la CIA recibiera la demanda por violación de la FOIA.

La Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, después de analizar tanto los defectos sustanciales como procedimentales esgrimidos, terminó por fallar la desestimación del recurso en consideración de que la clasificación era ajustada a derecho ya que los argumentos desplegados en la causa por el Gobierno norteamericano eran, según su criterio, «lógicos» y «plausibles» y que no lo hacía en función de meras predicciones en base a declaraciones vagas o generales, sino en función de ejemplos «específicos» y «razonablemente similares» al caso sometido a su jurisdicción. Asimismo, declara que no aprecia infracción formal o procedimental alguna en la clasificación de las

³ La FOIA presenta nueve excepciones a la obligación de las agencias públicas de facilitar información. En este caso, y al igual que se contempla en el art.105.b) de nuestra Constitución respecto de la defensa nacional, la CIA invoca la excepción número 1 que permite no facilitar la información cuando se encuentre específicamente autorizado mantenerla en secreto bajo el criterio establecido por una Orden del Ejecutivo por interés de la defensa nacional o la política exterior (elemento sustantivo) y que se encuentre adecuadamente clasificados de acuerdo con tal Orden del Ejecutivo (elemento formal). En este caso, la Orden del Ejecutivo número 13,526,\$1.7(d) establece como requisitos sustantivos que la información clasificada deba concernir, al menos, a una de las ocho categorías de materias clasificables y que la desclasificación permita prever de manera razonable algún tipo de daño a la Seguridad Nacional que sea identificable o describible. En cuanto a los requisitos formales, dispone que la información debe ser clasificada por una autoridad con autorización original o delegada y que los documentos clasificados deben señalar la identidad del clasificador y las instrucciones para la desclasificación.

fotografías solicitadas⁴, ya que se habían seguido las previsiones establecidas en las instrucciones para la clasificación de documentos elaborada por la CIA.

Se plantea así un caso sumamente interesante y que puede servir de punto de partida para el análisis de determinados aspectos de la legislación española vigente acerca de los secretos oficiales, así como cuáles serían los aspectos a mejorar en la misma tomando como referencia la meritada sentencia. En este sentido, se hace necesario analizar, en primer lugar y como cuestión principal de la que se derivan las demás, el control judicial de la decisión gubernamental de no desclasificar una determinada materia, asunto o documentación. En segundo lugar, sería importante analizar los aspectos formales de la misma. Y por último, determinar cuáles son los elementos a tener en cuenta por los tribunales para considerar una posible vulneración de la legislación sobre secretos y, posiblemente, de algún derecho fundamental como puede ser, en el caso presente, el de recibir información veraz por cualquier medio⁵, tal y como reconoce el art. 20.1.d) de nuestra Constitución.

Una apreciación previa se debe realizar, no obstante, respecto al tipo de secreto de Estado imperante en los ordenamientos jurídicos norteamericano y

⁴ «[...] (concluding that the derivate classification of a document was proper by examining specific provisions of a CIA classification guide that the agency had provided to the court)».

⁵ Aunque la Corte de Apelaciones manifestó que es importante recordar que en el caso no se vio involucrada una posible violación de la Primera Enmienda («First Amendment Challenge») en un esfuerzo del Gobierno por suprimir las imágenes en manos de personas privadas, por cuando que si se diese esa posible vulneración la cuestión se plantearía de manera considerablemente diferente. Para el tribunal se trataba de un «statutory challenge». Igual ocurre con la sentencia *Center for National Security Studies v. United States Department of Justice* (D.C. Cir. 2003) en la que se afirma: «However, the First Amendment is not coterminous with FOIA, and it does not “mandate a right of access” to all “government information”. *Richmond Newspapers* 448 U.S. at 583, n.1 (Stevens, J., concurring); *Houchins v. KQED*, 438 U.S. 1, 15 (1978). To determine whether there is a 1st Amendment right of access, the Supreme Court has relied upon two complementary considerations: first, whether there is “a tradition of accessibility” or, in other words, a historical presumption of access to such information; and second, whether access to the proceedings or records would contribute to the self-governing function and further the democratic process. *Richmond Newspapers*, 448 U.S. at 589 (Brennan and Marshall, JJ., concurring)». Podríamos encontrar un equivalente en nuestro ordenamiento con los supuestos previstos en el art. 2.a) LJCA cuando se reconoce la competencia del orden Contencioso-Administrativo para conocer respectivamente de la posible vulneración de derechos fundamentales o de los elementos reglados de los actos del Gobierno.

español. En el sistema norteamericano se logra intuir un secreto de tipo material que debe presentar, en cualquier caso, un elemento objetivo y un objeto legal. Es un secreto material, porque son el Gobierno mediante «executive orders» o la CIA (en el presente caso) los que determinan qué materias o asuntos son secretos⁶, atendiendo al peligro que pueda reportar su publicidad para la seguridad del Estado y la defensa nacional, con elemento objetivo legal, en cuanto que el secreto debe estar establecido con el fin de proteger estos últimos bienes constitucionales y con un objeto legal, porque el asunto que encubre debe ajustarse a derecho⁷. En el derecho español entendemos que el tipo de secreto de Estado gira en torno al reconocimiento de un sistema mixto de secreto legal o formal (art. 1.2⁸ de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales —LSO, en adelante—) y material⁹ (arts. 1.1¹⁰ y 4 LSO), así como otro de carácter teleológico con elemento objetivo (art. 2¹¹ LSO) y objeto legal¹², y

⁶ La orden de clasificación bajo la excepción número 1 de la FOIA exige como requisito sustancial que la información clasificada deba pertenecer o concernir, al menos, a una de las nueve categorías de asuntos clasificables.

⁷ No así de otra manera se manifiesta el tribunal cuando declara que en este caso «the Government is withholding the images not to shield wrongdoing or avoid embarrassment [...] but rather to prevent the killing of Americans and violence against American interests».

⁸ «Tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley».

⁹ Para un estudio con mayor profusión del tipo formal y material, véase Sánchez Ferro (2006: 5-7). Para Santamaría Pastor (1995, vol. IV: 6089) nuestro sistema se sustenta en un tipo de secreto de Estado material dada la expresión secretos oficiales que se emplea por la propia ley.

¹⁰ «Los órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente “clasificada”, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley». En este sentido, son destacables los listados de asuntos clasificables previstos tanto en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 como en el Acuerdo de Consejo de Ministros de 15 de octubre de 2010 (este último con quince categorías de asuntos clasificables como «secretos» y dieciocho en su condición de «reservados»).

¹¹ «A los efectos de esta Ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la Seguridad y Defensa del Estado».

¹² Así puede deducirse de las afirmaciones en Segrelles de Arenaza (1997: 415-433) y Otero González (1999).

que, puntualmente, puede ser temporal (arts. 3.3¹³ del Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales —RSO, en adelante—) o fáctico, no existiendo en este último caso el elemento volitivo previo de mantener un asunto en secreto (art. 5¹⁴ RSO).

¹³ «Siempre que ello sea posible, la autoridad encargada de la calificación indicará el plazo de duración de ésta, con mención de si pudiera ser suprimida o rebajada de grado. Para ello, podrá fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho límite de dicho plazo. Tal indicación no deberá incluirse en el texto, sino que constará en una anotación, anterior o posterior, al mismo». La Freedom Information Act norteamericana prevé una desclasificación automática una vez transcurridos treinta años desde la clasificación. Parece, pues, que en esta categoría de secretos no es necesario que se produzca un acto de desclasificación formal o que, al menos, no será necesario una vez superados un determinado número de años desde la clasificación. Este tipo de secreto creemos que evitaría los problemas que se presentan en nuestro sistema, pues no se produciría la posible clasificación permanente de una información cuando la autoridad con potestad para clasificar no procede a su desclasificación, aunque, sin embargo, corre el riesgo de prescindir del elemento teleológico del secreto en cuanto que, y a pesar de no ser corriente, puede darse el caso de que una vez transcurrido el período de tiempo marcado por la ley, la publicación de la información pudiera seguir poniendo en peligro la seguridad nacional. Por tanto, quizás lo ideal sería establecer un sistema de plazos, si bien con una serie de precauciones en cuanto a los efectos de la desclasificación automática *ope legis*. Con el fin de acotar el criterio temporal se han producido sendas iniciativas legislativas de reforma de la Ley sobre Secretos Oficiales. En primer lugar, la propuesta de reforma en el año 2014 por el Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural por la que el nuevo art. 7 debía presentar la siguiente redacción: «Las calificaciones previstas en el artículo tercero de esta Ley tendrán vigencia durante treinta años, que podrán ser prorrogadas por dos periodos de diez años, de forma expresa y motivada por el Consejo de Ministros» (BOCG. 14/2/2014, 167-1). Asimismo, la propuesta de reforma en el año 2016 por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) que propone un nuevo art. 4.2 por el que «Toda clasificación de una materia en cualquiera de sus dos categorías fijará el plazo de su vigencia, sin que este pueda exceder de veinticinco años para materias calificadas secretas y de diez años para las calificadas reservadas, salvo que el Consejo de Ministros disponga su prórroga excepcional y motivada, en el exclusivo caso de las materias secretas, por un nuevo período máximo de diez años» y un nuevo art. 7.1 por el que «El transcurso del plazo de vigencia de clasificación de una materia determinará su cancelación automática si antes no ha sido dispuesta por el Consejo de Ministros» (BOCG. 16/09/2016, 32-1).

¹⁴ «Si en un Organismo, Entidad o Servicio, sea Autoridad encargada de hacer la calificación, sea depositario de materias clasificadas, se comprobare una revelación no autorizada o el extravío de documentos o material, la máxima jerarquía de aquéllos deberá ordenar

II. EL CONTROL JUDICIAL

El Tribunal de Apelaciones del Distrito de Columbia no se plantea la admisibilidad del recurso y entra de lleno en el fondo de la demanda¹⁵. Tampoco se suscita conflicto alguno de competencias¹⁶ en cuanto a quién sea la autoridad competente para realizar la clasificación y desclasificación de documentos. Se da por hecho que el control judicial en este tipo de asuntos es perfectamente viable y en este caso ni siquiera se recurre a la inspección *in camera* de documentos al no estimarlo la propia sentencia como algo necesario¹⁷, mostrándose así el tribunal a favor de la garantía de la tutela judicial efectiva frente a cualquier otra consideración¹⁸.

Esta primera cuestión, a la que el sistema norteamericano parece dar una solución bastante explícita, no se recoge de tal forma en nuestro derecho

se proceda, con carácter de máxima urgencia, a hacer las averiguaciones pertinentes, tanto para fijar las responsabilidades a que hubiere lugar, que habrán de atribuirse, siempre que sea posible, a persona determinada individualmente y no al cargo o función que desempeñare, como para la recuperación del documento o material extraviado».

¹⁵ «Judicial Watch sued, and the district court granted summary judgment for the agency». También ocurre así en el caso *Center for National Security Studies v. United States Department of Justice* (D.C. Cir. 2003): «In FOIA cases, the Court may grant summary judgment on the basis of government affidavits or declarations that explain why requested information falls within a claimed exemption, as long as the affidavits or declarations are sufficiently detailed, non-conclusory, and submitted in good faith, and as long as a plaintiff has no significant basis for questioning their reliability. *Goland v. CIA*, 607 F.2d 339, 352 (D.C. Cir. 1978); see also *Coastal States Gas Corp. v. United States Dep't of Energy*, 617 F.2d 854, 861 (D.C. Cir. 1980)».

¹⁶ Tal y como ocurrió en España en relación con el asunto de los papeles del Cesid, en el cual se planteó el conflicto ante el Tribunal de Conflictos de Competencias entre el Ministerio del Interior y el Juzgado de lo Penal n.º 5 y que se resolvió finalmente con la Sentencia de 14 de diciembre de 1995 en favor del Consejo de Ministros.

¹⁷ «In rare cases, an agency's silence on such a matter would merit a remand, requiring the distric court to review the documents in camera [...]», haciendo alusión a aquellos casos en que la Corte no tiene criterio para determinar si la clasificación se ha hecho según las disposiciones de la instrucción de clasificación de la CIA.

¹⁸ Esta amplia admisibilidad no quita para que en otras sentencias se limite dicho acceso, pero haciéndolo depender de aspectos accesorios. Así, se garantiza el acceso de manera que «summary judgment will be granted when the pleadings, depositions, answers to interrogatories and admissions on file, together with the affidavits, if any, show that there is no genuine issue as to any material fact and that the moving party is entitled to judgment as a matter of law» (*Center for National Security Studies v. United States Department of Justice* [D.C. Cir. 2001]).

debido fundamentalmente a que la Ley de Secretos Oficiales actualmente vigente después de la reforma de 1978 no reconoce *expresamente* la posibilidad de que se establezca el control judicial sobre este tipo de cuestiones y simplemente se limita a reconocer esta función de manera *permanente* a las Cortes Generales en su art. 10.2¹⁹.

Haciendo un breve análisis de la legislación sobre la materia, se puede encontrar en la Ley originaria de Secretos Oficiales de 1968 que en su art. 10.2 se prohibía incluso de forma expresa, estableciéndose que «no corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta Ley», lo cual no podía resultar del todo extraño en consideración del régimen bajo el que se aprobó la citada norma.

Sin embargo, con el actual Estado social y democrático de derecho que el art. 1 de nuestra Constitución reconoce, y al amparo de artículos como el 2.a) LJCA²⁰ o el 58.1 LOPJ²¹, este vacío normativo es simple y llanamente inadmisibile, ni siquiera invocando la más que dudosa naturaleza «política» de la decisión gubernamental clasificatoria o desclasificatoria, la cual hemos descartado por las razones que se verán más adelante. No en vano ya se intentó establecer ese control judicial expreso a través del Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado realizado en 1996, incluyendo tal previsión en su art. 8.1 que disponía que «los acuerdos del Consejo de Ministros a que se

¹⁹ El profesor Martín Retortillo interpretó en su día que tal silencio introducido por la reforma en «nada impedirá que las declaraciones en relación con los secretos oficiales puedan ser enjuiciadas por los Tribunales de lo Contencioso y enervado, por tanto, el actuar incorrecto de la Administración Pública» (discurso pronunciado en su defensa del dictamen de la Comisión ante el Pleno, el 20 de junio de 1979).

²⁰ «El orden Jurisdiccional Contencioso-Administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

²¹ «La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo conocerá: Primero. En única instancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la Ley establezca y de aquellos otros recursos que excepcionalmente le atribuya la Ley».

refiere el artículo anterior serán recurribles ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, constituida en Pleno, por las partes personadas en el proceso de que traiga causa».

Entendemos además que a favor del control judicial juegan otros argumentos como puedan ser, en primer lugar, el hecho de que la exclusión del acceso a archivos y registros por razones de seguridad del Estado o defensa nacional del art. 105.b) CE no afecta a los jueces, puesto que este hace referencia a los «ciudadanos». Evidentemente, los jueces tienen la condición de ciudadanos, pero dado su estatuto jurídico especial y la autoridad que el mismo conlleva, interpretamos que merecen un tratamiento singular que, por otra parte, no es algo extraño en nuestra jurisprudencia, pues esta ha conferido dicho trato a otros sectores profesionales sin llegar a reconocerlo como un «privilegio» sino más bien como una especial consideración dado el interés general que reporta el objeto de su trabajo²².

En segundo lugar, consideramos la circunstancia de que lo que se prohíbe realmente es la difusión o publicidad de la documentación pero no el acceso (arts. 34 RSO²³). Asimismo, si en los arts. 14 LSO²⁴ y 35 RSO²⁵ se permite el acceso por parte de los interesados en el procedimiento administrativo para hacer efectivo el principio contradictorio del mismo y no imposibilitar el

²² Las SSTC. 220/1991, de 25 de noviembre, y 30/1980, de 1 de junio, reconocen a la profesión de los periodistas unas facultades más amplias en el ejercicio de su derecho de acceso a la información que al resto de sus conciudadanos en aras de la preservación de la comunicación pública libre. La analogía parece aquí inevitable aun siendo colectivos profesionales que nada tienen que ver, pues si a una profesión particular se le reconoce esta peculiaridad, mucho mayor debe ser para los funcionarios con un estatus especial encargados de administrar la justicia.

²³ «La difusión o publicación de las actividades reservadas por declaración de Ley, o de «materias clasificadas», tanto por parte del personal adscrito a los Servicios de Protección de Materias Clasificadas, cuanto por cualesquiera otras personas al servicio de la Administración, aparte la responsabilidad penal que, en su caso, produjeren, tendrán la consideración, a efectos disciplinarios y administrativos, de faltas muy graves».

²⁴ «La calificación de secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en esta Ley en caso de violación del secreto por parte de los interesados».

²⁵ «De conformidad con lo dispuesto en el artículo catorce de la Ley, la calificación de secreto o reservado no impedirá el exacto cumplimiento de los trámites de audiencia, alegaciones, notificaciones directas a los interesados, en la forma establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo, sin perjuicio de la eventual aplicación de las sanciones previstas en caso de violación del secreto por parte de los interesados».

despliegue de sus derechos a realizar los trámites de audiencia, alegaciones y notificaciones directas en el procedimiento administrativo²⁶, con mayor razón será necesario permitir el acceso en un proceso judicial (no digamos ya si se trata de la instrucción de actuaciones penales en la persecución de delitos graves). Además, si para la investigación de los delitos se permite excepcionar el despliegue de derechos fundamentales *ex art. 55.2*²⁷ CE, mucho más justificada estará a su vez dicha suspensión si lo que se trata de suspender puntualmente son «meros» bienes constitucionales sin la categoría de derechos fundamentales como son la seguridad del Estado y la defensa nacional. La dificultad en este sentido radicaría en dos aspectos como son la forma en que se articularía en nuestro ordenamiento la suspensión de bienes jurídicos y el problema que plantea la consideración de los bienes de la seguridad del Estado y la defensa nacional como premisas indispensables para la existencia de los derechos fundamentales dentro de un Estado soberano, si bien, y como veremos más adelante, no es menos cierto que el art. 10 CE dispone que la defensa a ultranza de los derechos fundamentales son «fundamento del orden político y la paz social» como sustento de la citada seguridad y defensa.

En esta línea argumentativa, también estimamos paradigmático traer a colación que la limitación de derechos fundamentales en los estados excepcionales o la de otros derechos fundamentales vinculados a la seguridad o el orden público (por ejemplo: derecho a la seguridad, derecho de reunión, etc.) permiten sin ambages el control judicial *ex arts. 116.6 CE y 17 y 21.2 CE*. Como ya se ha afirmado, el secreto no deja de representar una medida excepcional vinculada a bienes constitucionales que justifican la declaración de algunos estados excepcionales. Por otra parte, si bien el orden público y la seguridad ciudadana no equivalen exactamente a los bienes protegidos

²⁶ Lo que se muestra contradictorio y paradójicamente más garantista con los derechos de los ciudadanos que la propia Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, cuyo art. 82.1, al regular el derecho de audiencia, dispone que «Instruidos los procedimientos, e inmediatamente antes de redactar la propuesta de resolución, se pondrán de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, para lo que se tendrán en cuenta las limitaciones previstas en su caso en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre», siendo el art. 14.1.a) y b) de esta última ley el que dispone la posible limitación del derecho de acceso en los casos en que la información suponga un perjuicio para la seguridad nacional y la defensa respectivamente.

²⁷ A pesar de que el artículo está previsto para situaciones excepcionales, entendemos que la propia excepcionalidad del secreto en el ámbito de la actuación pública justifica la relación.

por el secreto de Estado, sí que es cierto que guardan una estrecha relación y que su vulneración en casos extremos puede provocar su afectación. Siendo la declaración de aquellos estados excepcionales de mayor gravedad o enjundia que la actividad clasificatoria o los bienes constitucionales mencionados que la justifican, parece lógico que debe permitirse también el control judicial para la citada actividad limitativa en el derecho de acceso a la información. Asimismo, la fuerza desplegada por el art. 24 CE en cuanto a la necesidad de respetar, en cualquier caso, el derecho a la tutela judicial efectiva, además de la competencia atribuida al poder judicial por el art. 117.3 CE junto con la obligación de colaborar con la justicia impuesta en el art. 118 CE, se constituyen en argumentos de peso para permitir el mencionado control.

Queda el último inconveniente representado por los arts. 8.a) y 11.2 LSO, que exigen, en cualquier caso, y con independencia de cualquier otro argumento²⁸, que para el acceso a materias clasificadas se debe cumplir con dos requisitos: la debida autorización —se entiende por las autoridades competentes para clasificar y desclasificar— y el respeto a «las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen». No entendemos, sin embargo, que estas exigencias puedan impedir el acceso judicial a los documentos clasificados. En lo que respecta a la autorización, en función de los arts. 103, 106, 117.3 y 118 CE; 7 y 58.1 LOPJ; 2.a) LJCA y 26.1 y .3 de la Ley de Gobierno²⁹. Respecto a las formalidades y limitaciones —se entiende referido a la necesidad de desclasificación previa— no la consideramos necesaria porque pueden darse casos en que el secreto no requiera un acto previo de clasificación (*ex* art. 1.2 LSO para las clasificaciones —o más bien «calificaciones»— por ley), por lo que aquello que no está clasificado previamente no requiere de desclasificación. Por otra parte, puede ser que la clasificación sea ilegal y por tanto

²⁸ Como pueda ser el que ya vimos traído por el profesor Martín Retortillo en torno al principio del reconocimiento tácito en función del cual todo aquello que no está prohibido expresamente en derecho se puede considerar permitido. Este principio, al igual que en la jurisprudencia establecida en las SSTS de 4 de abril de 1997, la Constitución y las normas que se mencionan en el texto no serían de necesaria invocación si se reconociese expresamente el control judicial por la propia Ley de Secretos Oficiales, siguiendo la línea del Anteproyecto de Ley Orgánica de 1996 o, más recientemente, la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del CNI, en cuyo artículo único se contempla expresamente el control judicial de determinadas actividades del CNI por parte de un magistrado del Tribunal Supremo nombrado *ad hoc*.

²⁹ Artículos a los que se hace referencia en Lozano Cutanda (1997: 144-146).

nula, por lo que el juez, al acceder, no desclasifica, sino que anula un acto indebido que no ha existido nunca (si bien esta justificación carecería de sustento *a priori* pues la posible nulidad solo se dilucidaría *ex post* una vez los jueces hubiesen accedido a la información). Por último porque, como ya se ha dicho, no se prohíbe el acceso, sino la divulgación de la información clasificada (véanse los mencionados arts. 34 y 35 RSO).

Todos estos argumentos esgrimidos de los que hemos querido dejar constancia no hubieran sido necesarios si nuestro ordenamiento aceptara el control judicial de los actos clasificatorios con la «naturalidad» con que en países de nuestro entorno, como pueda ser Estados Unidos, lo hacen, de manera que sus tribunales entran a conocer asuntos de este tipo sin ambages ni polémicas en torno a la posible naturaleza política del acto gubernamental y que, en todo caso, y llegada la situación a un extremo insostenible, se posibilita el control judicial aunque sea en la modalidad procesal *in camera*³⁰ (figura actualmente inexistente en nuestro ordenamiento jurídico).

III. NATURALEZA EJECUTIVA DEL ACTO GUBERNAMENTAL CLASIFICATORIO

Ya hemos afirmado, a pesar de que la doctrina no sea pacífica ni mucho menos en el asunto, que los actos clasificatorios y desclasificatorios del Consejo de Ministros no gozan de la naturaleza de actos políticos en función de la cual sea admisible evadir su sometimiento al control de los órganos judiciales. Y ello lo consideramos así por diferentes razones:

En primer lugar porque, siendo la Constitución el texto eminentemente político de nuestro ordenamiento jurídico, los secretos de Estado no aparecen mencionados en ella ni una sola vez de forma expresa, en detrimento de los secretos de carácter privado a los que paradójicamente sí se les hace mención en artículos como el 16.2 (ideología), el 18.3 (comunicaciones privadas), el 20.1.d) (profesional), el 22.5 (asociaciones), etc. Parecería más lógico, pues, que la regulación hubiese sido precisamente al revés y que, si de los secretos se pregona su carácter político, estos hubiesen sido mencionados expresamente en el texto constitucional en lugar de los de carácter privado.

En segundo lugar, porque hemos venido vinculando a los secretos de Estado por «conexión» con las relaciones y tratados internacionales por razones

³⁰ Figura defendida por Díez Picazo (1996). La solución aportada por el autor estriba en atribuir las competencias a la Sala del Tribunal Supremo *in camera* correspondiente a la materia sobre la que verse el litigio.

tanto históricas³¹ como materiales³². Por ello, invocamos el art. 94.1 CE, que distingue como categorías diferentes los tratados de carácter «político» (epígrafe a) de los de otros vinculados al ámbito del secreto como los de carácter «militar» (epígrafe b) o de aquellos «que afecten a la integridad territorial del Estado o a los derechos y deberes fundamentales establecidos en el Título I» (epígrafe c), como puede ser, por ejemplo, en el caso de los secretos, el de recibir información del art. 20.1.d) CE.

La diferencia de los actos políticos con los de carácter eminentemente clasificatorio también la encontramos fuera de los tratados y relaciones internacionales. Así ocurría, por ejemplo, en el art. 37 de la derogada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común. Su epígrafe 5.a) establecía restricciones al acceso a los expedientes «que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a Derecho Administrativo», mientras que en los epígrafes 5.b) y 6.a) encontramos como categorías diferentes otras causas (relativas a los secretos de Estado) como eran, respectivamente, «los que contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado» o «el acceso a los archivos sometidos a la normativa sobre materias clasificadas». En la actualidad, el art. 14 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, ha suprimido la limitación de acceso a esos llamados actos «que contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas a

³¹ El origen de los secretos lo encontramos en las Constituciones de 1869 (art. 74.4), de 1876 (art. 55.4) y de 1931 (art. 76), en relación con los artículos y tratados internacionales secretos.

³² No podemos negar hoy en día la dimensión internacional que han cobrado los secretos más allá de su protagonismo a nivel de los Estados-nación clásicos, debido en gran parte a la globalización y su repercusión en la seguridad y los fenómenos que la ponen en riesgo, que más allá de las guerras tradicionales se manifiestan en fenómenos como el terrorismo, la especulación financiera, las ciberamenazas, la inmigración ilegal, las armas de destrucción masiva y su venta, el blanqueo de capitales, etc., tal y como se ha puesto de manifiesto por la Estrategia Española de Seguridad de 2011. Asimismo, recientes capítulos de filtraciones de información por parte de antiguos agentes de los servicios secretos, empleados de empresas privadas o periodistas (casos *Assange*, *Falciani*, *Snowden*, etc.) ponen de manifiesto este fenómeno, planteándose nuevas polémicas en torno fundamentalmente a los delitos de traición, el derecho fundamental a la libertad de expresión y las figuras propias del derecho internacional del asilo y la extradición. Véase al respecto Cousido González (2014).

Derecho Administrativo», dejando únicamente, con mejor técnica legislativa, la categoría de aquellos que «supongan un perjuicio» para la «seguridad nacional» y la «defensa» sin que ya se pueda descartar su carácter político por comparación con esa otra categoría que antes se reconocía previamente y ahora deja de existir con toda lógica en consideración del posible control de los actos políticos que hace actualmente nuestro ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, la imposibilidad lógica de someter a referéndum la decisión de clasificar o desclasificar una determinada materia, por cuanto la publicidad implícita del asunto que ello conlleva enervaría la finalidad del propio secreto y porque el mentado referéndum se encuentra prohibido para los estados de excepción y de sitio, con los que también hemos establecido un nexo material respecto a los secretos de Estado, dado que las causas y consecuencias de aquellos son similares a los de estos últimos³³, además de que es el propio secreto el que se constituye en sí mismo como una *excepción* en el ámbito público, siendo la norma general la de la publicidad. Por tanto, si el referéndum se reserva en el art. 92.1 CE para las «decisiones políticas de especial trascendencia», se concluye que las decisiones clasificatorias y desclasificadoras carecen de esa naturaleza política. No obstante, es cierto que dichas decisiones son solo instrumentales o derivadas de las posibles cuestiones sometidas a referéndum, por lo que, por ejemplo, un tratado internacional militar o un acuerdo de fabricación de armas nucleares podría someterse a referéndum aunque ello no impediría que no se hiciesen público los términos del tratado o las especificidades técnicas de las armas.

Por otra parte, si el art. 7.2 de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional atribuye competencias de dirección de las Fuerzas Armadas y de la Administración militar al Ministro de Defensa, se establecería otro argumento para desechar la naturaleza política de los actos clasificatorios y desclasificatorios, al menos en este campo abonado a los secretos, dado que para que los actos tengan esta naturaleza es necesario que dimanen del Consejo de Ministros (STS 22 de enero de 1993) o del presidente del Gobierno (STS 24 de septiembre de 1984).

Asimismo, no es despreciable otro argumento que consideramos de peso y que se encuentra en la propia Ley 29/1998, de 13 de julio, de Jurisdicción Contencioso-administrativa. No podemos olvidar que el art. 2.1.b) de la

³³ Véanse en este sentido los arts. 13 y 32 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio. En los mismos se establecen las causas que legitiman la declaración de los estados de excepción y sitio que son perfectamente extensibles a las causas que ponen en peligro o afectan a la seguridad del Estado y la defensa nacional como factores que a su vez justifican la clasificación de un determinado asunto o materia.

antigua ley de 1956 establecía expresamente una serie de «actos políticos» que excluía sin ambages del control de la citada jurisdicción. Así, relataba en una lista tasada los asuntos de las relaciones internacionales, la seguridad interior, la defensa y el mando militar; materias, por otra parte, consideradas estrechamente vinculadas a los secretos de Estado. Con la reforma auspiciada por la ley de 1998, se suprime esa lista y se establece que los actos del gobierno, «cualquiera que sea su naturaleza», se someterán a la aludida jurisdicción en cuanto al control de los elementos reglados del acto (competencia, procedimiento y motivación), la posible vulneración de derechos fundamentales y las correspondientes indemnizaciones derivadas de esos actos. Queda claro, por tanto, el hecho de que los actos clasificatorios y desclasificatorios pierden su naturaleza política por cuanto que ya no se mencionan como tales, como hacía la ley de 1956 (aunque fuese indirectamente o por «conexión»), y que los mismos pueden y deben ser objeto de control de la jurisdicción ordinaria aunque «solo» fuese sobre los extremos aludidos en la ley del 98.

Por otra parte, hemos manejado otro argumento como pueda ser el sometimiento de los actos de reclasificación o desclasificación de asuntos a las cláusulas de término o condición que son propias de la teoría de la eficacia del acto administrativo y ajenas a la de cualquier acto de naturaleza política. No se hace otra cosa cuando en el art. 3.3 RSO se dispone que «siempre que ello sea posible, la autoridad encargada de la calificación indicará el plazo de duración de ésta, con mención de si pudiera ser suprimida o rebajada de grado. Para ello, podrá fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho límite de dicho plazo. Tal indicación no deberá incluirse en el texto, sino que constará en una anotación, anterior o posterior, al mismo».

Ni que decir tiene que, además, los actos de clasificación y desclasificación que realice la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUEM), como autoridad legitimada para ello según dispone el art. 4 LSO, no podrán ser nunca actos políticos, entre otras cosas porque, siguiendo lo dispuesto en la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo³⁴, no son siquiera actos del Gobierno.

³⁴ Así, se dejó meridianamente clara la cuestión al exigir que para que un acto fuese de Gobierno era necesario que emanase de algún órgano del mismo (presidente —STS 24 de septiembre de 1984— o Consejo de Ministros —STS 22 de enero de 1993—) y que además se le atribuyese esa competencia constitucionalmente con carácter general bien de manera genérica o específica. Para la condición administrativa de la JUEM, véase Melero Alonso (2000). De cualquier forma, ni siquiera la JUEM puede considerarse un órgano actualmente existente, pues consideramos que ha sido sustituido implícitamente por el Consejo de Defensa Nacional introducido por la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de Defensa Nacional, si bien este órgano

Por último, no es menos llamativo el argumento de un «nuevo» ámbito competencial abierto por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, en cuyo art. 14, relativo a los límites al derecho de acceso, se establecen en su epígrafe 1.a) y b) aquellas informaciones cuyo acceso «suponga un perjuicio a la seguridad nacional y a la defensa». Bien es cierto que en el ámbito de aplicación de esta ley quedan excluidos los secretos de Estado al encontrarse regulados por una ley especial, pero la mención misma de los bienes constitucionales de la seguridad y la defensa supone su aplicación implícita en la materia. Y en lo relativo a las competencias, parece que el art. 17 de la citada ley atribuye las competencias clasificatorias o desclasificadoras «al titular del órgano administrativo o entidad que posea la información. Cuando se trate de información en posesión de personas físicas o jurídicas que presten servicios públicos o ejerzan potestades administrativas, la solicitud se dirigirá a la Administración, organismo o entidad de las previstas en el artículo 2.1 a las que se encuentren vinculadas». Se entiende que serán estos los que deban decidir si facilitar la información supone un perjuicio o no para la seguridad y la defensa, pues el art. 14 no menciona como límite el hecho de que se trate de materias clasificadas. Por tanto, el juicio de valor en sí mismo por parte de la autoridad administrativa ya supone una clasificación implícita del asunto. La decisión, en forma de resolución, deberá ser motivada (*ex* art. 20.2) y, lo que más interesa, se pregona su carácter recurrible ante los Tribunales de justicia al afirmar que las resoluciones «son recurribles directamente ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, sin perjuicio de la posibilidad de interposición de la reclamación potestativa prevista en el artículo 24». Todo ello induce a pensar que el legislador ha reconocido, al menos en este ámbito, la naturaleza administrativa de los actos clasificatorios, tanto por su régimen jurídico (motivación, audiencia, notificación, recurribilidad, etc.) como por los órganos competentes para proceder a la misma.

Todos estos argumentos nos llevan a pensar que los actos de clasificación y desclasificación quedan así desprovistos de cualquier naturaleza política, pues carecen de la máxima oportunidad o de lo que López Guerra (1998: 25-26, 36) ha definido acertadamente como la «libertad plena, de iniciativa creadora o impulso originario», al menos en lo que va más allá de la decisión en sí misma de clasificar o desclasificar, pues traspasado este umbral solo cabrá clasificar (si la información afecta a la seguridad del Estado y la defensa nacional) o no clasificar (si no se produce tal afección). El contenido del acto

seguirá sin gozar de la condición de órgano del Gobierno, siendo su condición meramente administrativa y ejerciendo funciones de simple asesoramiento.

está consecuentemente desposeído de la máxima libertad, pues se constriñe a lo establecido o predeterminado en la ley, aunque sea a conceptos jurídicos indeterminados o «asequibles» susceptibles de una amplia interpretación jurídica que, en última instancia, deberá ser controlada por los jueces, pues la propia idea de asequebilidad conlleva de suyo la accesibilidad.

IV. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS BIENES O VALORES CONSTITUCIONALES QUE JUSTIFICAN LA CLASIFICACIÓN

No deja de ser cierto que los bienes constitucionales de la seguridad del Estado y la defensa nacional del art. 105.b) CE son excesivamente amplios y de difícil concreción³⁵, lo cual puede redundar negativamente en la seguridad

³⁵ O incluso, como manifestó el juez Pascual Sala en el voto particular a una de las SSTs de 4 de abril de 1997, «no es un concepto jurídico y por tanto no es susceptible de control Judicial», y así mantiene que, «antes de proseguir el razonamiento, hay que anticipar que no es que el acuerdo de Gobierno denegando la desclasificación y entrega a la jurisdicción penal de determinada documentación oficialmente secreta no sea susceptible de fiscalización jurisdiccional por esa Sala —lo es, conforme se anticipó, por la vía del art. 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial—, sino que no lo puede ser nunca en virtud de la asunción de una potestad, que ninguna ley le confiere, para entrar en la determinación de lo que sea la seguridad del Estado, que no es un concepto jurídico, porque no es susceptible de definición jurídica —a lo sumo, la citada Ley de Criterios Básicos de la Defensa lo trata como cuestión estrictamente contemplada desde la perspectiva de la Defensa militar, no en el aspecto aquí considerado— sino un puro concepto político, como se ha dicho reiteradamente. La referencia a conceptos judicialmente asequebles a que respondía la aludida Sentencia de esta Sala de 28 junio 1994, guardaba relación directa con conceptos definidos legalmente, en concreto con la exigencia del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal —art. 29.1— de que el nombramiento de Fiscal General del Estado se hiciera “entre juristas españoles de reconocido prestigio con más de quince años de ejercicio efectivo de su profesión”. Era este último requisito objetivo —son palabras literales de la mencionada sentencia— “impuesto por el legislador y descrito utilizando un lenguaje netamente jurídico-administrativo lo que permite que la Jurisdicción pueda valorar su concurrencia, sin tocar en absoluto la libertad del Gobierno para optar políticamente entre la multiplicidad de juristas en los que concurre aquella circunstancia [...]”. En el presente caso, no hay, no ya elemento reglado alguno que no se refiera a la competencia para acordar la desclasificación o entrega de material clasificado como secreto, al procedimiento o al fin, sino siquiera definición legal o jurídica del tan repetido concepto, que, por eso mismo, ha de quedar sustraído a la definición o determinación jurisdiccional. La asequebilidad, por tanto, a este concepto la

jurídica. Sin embargo, hemos sustentado la tesis de que son perfectamente definibles o que, al menos, son «conceptos judicialmente asequibles» (tal y como concluyeron las SSTs de 4 de abril de 1997 en el ya aludido caso de los papeles del Cesid)³⁶.

En un primer acercamiento a esos conceptos, hemos postulado que son diferentes por un matiz de gravedad en los desórdenes o alteraciones, aunque interrelacionados. Responden a una naturaleza distinta, pues si la seguridad responde a una finalidad o naturaleza preventiva frente a una amenaza (que debe ser en cualquier caso cierta, inminente, grave y efectiva)³⁷, la defensa es eminentemente reactiva ante una agresión materializada. Asimismo, se atribuyen competencialmente a colectivos diferentes, correspondiendo la seguridad a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (art. 104 CE), mientras que la defensa se atribuye a las Fuerzas Armadas (art. 8 CE), siendo su finalidad también diferente, pues el art. 104 CE reserva a los Cuerpos de Seguridad la misión de «proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana», mientras que el art. 8 CE atribuye a las Fuerza Armadas la función de «garantizar la soberanía e independencia de España, defender su integridad territorial y el ordenamiento constitucional».

En un intento por acotar estos conceptos jurídicos indeterminados, hemos propuesto sendas definiciones para ambos términos, utilizando el art. 2 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, de defensa nacional y organización militar y el art. 23 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, de estados de alarma, excepción y sitio, para concluir que la defensa nacional es el bien constitucional cuya existencia viene determinada por aquella actuación de las Fuerzas Armadas para repeler cualquier forma de agresión o acto contra la unidad y soberanía e independencia de España, su integridad territorial o su ordenamiento constitucional. Para la seguridad del Estado (que

pueden tener los Jueces como cualquier otro ciudadano, si se quiere, especialmente informado al efecto, pero sin ningún otro título particular».

³⁶ La sentencia del tribunal norteamericano en el caso comentado es de lo más esclarecedora en este sentido, al afirmar que «any affidavit or other agency statement or threatened harm to national security will always be speculative to same extent [...] Our role is to ensure that those predictions are “logical” or “plausible”». El mismo Tribunal en el caso realiza otras apreciaciones respecto en el análisis de los argumentos gubernamentales como «unpersuasive», «implausible», «contradicted», «rational link between the harms alleged and disclosure», «flawed legally and factually», «pure speculation», «no existing precedent», «credible», etc.

³⁷ Como ha sustentado la doctrina norteamericana en la expresiva fórmula de «clear and present danger». Así, el fallo del TS EE.UU. de América de 30 de junio de 1971.

carece de una ley que la regule en exclusiva como ocurre con la defensa), se han utilizado el art. 1 de la derogada Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Seguridad Ciudadana y el art. 13 de la Ley de estados de alarma, excepción y sitio, de manera que se puede definir como aquel bien constitucional vinculado a la actuación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad contra la alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades, la garantía de la seguridad ciudadana, la creación y mantenimiento de las condiciones adecuadas a tal efecto, así como asegurar el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, de los servicios públicos o, en definitiva, el mantenimiento del orden público.

Asimismo, contamos con otros instrumentos para su interpretación, como pueden ser los antecedentes históricos o legislativos, el contexto social y la realidad social (*ex art. 3 C.c.*). A estos criterios añadimos otros como puedan ser distintos elementos de juicio que los propios Jueces en la instrucción del asunto puedan recabar en forma de pruebas fundamentalmente como las de carácter pericial de técnicos especializados en el asunto, actas, declaraciones de testigos, informes, etc. De hecho, no ha sido otra cosa lo que ha hecho con buen criterio la Corte de Apelaciones de Columbia en el caso relatado o incluso en recientes pronunciamientos en nuestro país como la dictada por la Audiencia Nacional con fecha de 4 de octubre de 2012 en relación con la posibilidad de existencia de delito por las alteraciones del orden público (materia vinculada a la seguridad y, por ende, al secreto) del 25-S en los alrededores del Congreso³⁸. En ambos casos, los jueces recopilan pruebas de testimonios,

³⁸ Así se manifestó la AN en su Auto de 4 de octubre de 2012 en relación con el derecho de expresión ejercido en la manifestación convocada en Madrid el 25 de septiembre de 2012 en torno al Congreso: «Y, desde luego, el hecho de convocar bajo los lemas de rodear, permanecer de forma indefinida [...], exigir un proceso de destitución y ruptura del régimen vigente, mediante la dimisión del Gobierno en pleno, disolución de las Cortes y de la Jefatura del Estado, abolición de la actual Constitución e iniciar un proceso de constitución de un nuevo sistema de organización política, económica o social en modo alguno puede ser constitutivo de delito, ya no solo porque no existe tal delito en nuestra legislación penal, sino porque de existir atentaría claramente al derecho fundamental de libertad de expresión, pues hay que convenir que no cabe prohibir el elogio o la defensa de ideas o doctrinas, por más que éstas se alejen o incluso pongan en cuestión el marco constitucional, ni, menos aún, de prohibir la expresión de opiniones subjetivas sobre acontecimientos históricos o de actualidad, máxime ante la convenida decadencia de la denominada clase política». Igualmente, el Juzgado de Instrucción n.º4 de Madrid mediante Auto de 10 de mayo de 2013 ha decretado el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones practicadas en relación con la posible existencia de un delito contra la intimidad respecto

documentales, periciales, etc., para llegar a las respectivas conclusiones en cuanto a la consideración de la existencia de circunstancias de difícil apreciación a primera vista (afectación a la seguridad del Estado, la defensa nacional, el orden público, el normal funcionamiento de las instituciones democráticas, etc.) y que, por ende, y a mayor abundamiento, no deben ser objeto de interpretación única y exclusiva por parte del Gobierno como parte interesada en el asunto.

El uso de estos criterios permite a su vez constatar esa certeza, efectividad, inminencia o gravedad que se debe exigir a los acontecimientos, permitiendo desplegar a la seguridad esa naturaleza preventiva sin necesidad de que los hechos se materialicen o culminen en un daño. De esta manera, el juez, a través de una actividad de prospección, podrá saber o apreciar a través de las pruebas, o bien mediante la aplicación de la analogía, si ese daño puede llegar a producirse, en consideración de precedentes judiciales, histórico-fácticos (circunstancias con semejanza o identidad sustancial o íntima conexión de sujeto, objeto y/o fundamento, que sí provocaron el desbordamiento de la seguridad o el daño a evitar) o de lo que se ha venido en llamar «perfiles de riesgo» vinculados a individuos cuyo anterior comportamiento o pautas de comportamiento indican que ese riesgo puede seguir existiendo en el futuro³⁹.

Así, la propia Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, utilizando esta última técnica, pondera argumentos traídos por la parte demandada: de una parte, la caricatura realizada por una publicación danesa sobre el profeta Mahoma que condujo a una violencia brutal y extendida en el Medio Oriente, alguna dirigida específicamente contra intereses norteamericanos. De otra parte, la publicación por parte del periódico *Newsweek* de un artículo en el que se dejaba constancia de la profanación del Corán por parte de soldados americanos que provocó diez muertes y muchos heridos durante las protestas

al “escrache” realizado en las inmediaciones del domicilio de la Vicepresidenta del Gobierno, dando prevalencia al ejercicio del derecho de reunión del art. 21 CE frente a cualquier otra consideración, entendiéndose que no ha existido el peligro para bienes y personas exigido en la legislación vigente para prohibir la manifestación o concluir la existencia de delito alguno».

³⁹ Concepto tomado de la «Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Panorama General de la gestión de la información en el espacio de libertad, seguridad y justicia de 20 de julio de 2012». En la misma se afirma que «es pertinente crear perfiles de riesgo, que no deben confundirse con perfiles raciales u otros perfiles discriminatorios que son incompatibles con los derechos fundamentales. Estos perfiles pueden ayudar a centrar los recursos en individuos concretos para identificar las amenazas a la seguridad y proteger a las víctimas de los delitos».

contra los Estados Unidos en Afganistán y Egipto. Asimismo, también se mencionan otros casos aludidos por los testigos que declaran en juicio como son los de las imágenes del cadáver del líder de Al Qaeda Abu Musab al-Zarqawi o las de los abusos de los encarcelados en Abu Ghraib. Todos ellos considerados por la Corte de Apelaciones como casos «específicos» y «razonablemente análogos» con el objeto de la *litis* en cuestión.

Asimismo, prosigue la sentencia utilizando argumentos (puestos de manifiesto por testigos que declaran en el juicio) en contra de la desclasificación de las fotografías, aludiendo a que las fotografías utilizadas para dirigir el análisis del reconocimiento facial podrían revelar de forma razonable métodos de clasificación de la inteligencia norteamericana y, además, poner en peligro al personal de operaciones especiales que aparece desplegándose en las imágenes o a sus familias, suponer un añadido a la causa de la yihad, reclutar seguidores, recaudar fondos o fomentar la propaganda antiamericana, siendo todos ellos argumentos considerados por la Corte de Apelaciones como suficientemente válidos para proceder a la clasificación, teniendo en cuenta algunos precedentes judiciales en casos similares (Miller, 730 F.2d at 775-77 o Halpering v. CIA, 629 F.2d 144, 148-50 [D.C. Cir. 1980]).

La Corte de Apelaciones no deja de insistir tampoco en la necesidad de que el daño o riesgo para la seguridad debe ser grave, siguiendo la doctrina del «real and present danger» norteamericano. Y así, mantiene sin atisbos para la hipótesis o el daño potencial que es necesario (según los criterios de la orden por la que se clasificaba la información) que la desclasificación debe causar algún grado de daño a la seguridad nacional —en el caso de la clasificación en «Top Secret», excepcionalmente grave— que sea identificable y describible. Y en las conclusiones mantiene que las imágenes del personal militar norteamericano enterrando al fundador y líder de Al Qaeda puede causar un daño excepcionalmente grave.

No puede ser de otra manera. Tal y como hemos argumentado, el atemperamiento de determinados derechos como el de acceso a la información solo puede venir dado por causas excepcionales y suficientemente justificadas en contra de lo que nuestro ordenamiento jurídico establece en artículos de dudosa constitucionalidad como el 2 LSO o el derogado art. 37.5.b) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, en los que se hace mención respectivamente a fórmulas vagas, potenciales o imprecisas fundamentadas en el hecho hipotético de que la información «pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado» o que se limite el acceso por el mero hecho de que «contengan información sobre la defensa nacional o la seguridad del Estado», cuando el propio art. 105.b) CE establece taxativamente que el

acceso a archivos y registros públicos se podrá limitar en aquellos caso en que «afecte» a la seguridad y defensa del Estado.

V. ASPECTOS FORMALES: PROCEDIMIENTO, COMPETENCIA Y MOTIVACIÓN

En cuanto a los aspectos puramente procedimentales o reglados⁴⁰, la sentencia de la Corte de Apelaciones también entra a valorar dos aspectos denunciados por la demandante, considerando que la excepción 1 de la FOIA solo es aplicable si la clasificación se ha realizado de acuerdo con los criterios procedimentales establecidos en la Orden del Ejecutivo 13,526,§1.7(d) y con sus términos sustanciales. Los posibles defectos procedimentales radican, según la demandante, en que la clasificación se realizó *a posteriori* de la demanda por incumplimiento de la FOIA y que la clasificación no contenía todos las anotaciones o marcas exigibles debido fundamentalmente a que no se había mencionado a «la autoridad con la competencia originaria» que debió realizar en primer lugar la clasificación antes que aquella que lo realizó materialmente por delegación de la autoridad originaria, aplicando las instrucciones de clasificación que vienen establecidas en la «guía de clasificación» de la CIA.

La Corte de Apelaciones establece en la sentencia mencionada que no existen defectos procedimentales, pues considera que la CIA prueba suficientemente que la clasificación se hizo antes de la demanda, por lo que la documentación ya estaba clasificada en el momento de solicitarla, y porque no existe ninguna prueba en contrario aportada por la demandante que pueda enervar suficientemente lo demostrado por la CIA. Asimismo, se considera que la declaración de un director de la Agencia que tiene la competencia originaria para clasificar, aseverando que él mismo revisó las fotografías y decidió que estaban correctamente clasificadas como «Top Secret», despoja al asunto de toda duda en cuanto a la competencia de la persona que realizó la clasificación o de la posible existencia de algún vicio relativo a la aplicación de la instrucción para la clasificación de documentos.

⁴⁰ Entendemos que son estos también los que, al amparo del art. 2.a) LJCA, justificarán la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa respecto a la actividad clasificatoria del Estado, de manera que no solamente estará prevista para la posible vulneración de derechos fundamentales (tal y como ocurrió en las tan meritadas SSTs de 4 de abril de 1997 respecto al derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la vida), sino también en lo que respecta al control de los elementos reglados del acto.

Habiendo dejado sentada esta cuestión, corresponde ahora considerar estos aspectos para hacer algunos pronunciamientos formales o procedimentales que se establecen actualmente en el sistema jurídico español. Nada se dice en la Ley de Secretos Oficiales acerca del procedimiento para clasificar, desclasificar o reclasificar documentos, por lo que es obligatorio acudir a lo dispuesto en su Reglamento de desarrollo aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero. En el mismo se detallan determinados aspectos de esas actuaciones, además de otros como las relativas a la conservación, manera de proceder en caso de cambio de combinaciones de cerraduras, marcas en documentos, sustitución de funciones, traslado de material clasificado, su transmisión, registro, inventario, examen del material *in camera* y destrucción.

Nos centraremos fundamentalmente en lo relativo a los órganos con competencia para clasificar, si la competencia puede ser objeto de «delegación», cual sea el procedimiento establecido para realizar una clasificación o desclasificación de documentos, así como la necesidad de desclasificarlos con carácter previo cuando se produce su solicitud por parte de los órganos correspondientes del poder judicial.

En cuanto a la competencia para clasificar y desclasificar determinada información, hay que traer inevitablemente a colación el art. 4 LSO, que dispone literalmente que «la calificación a que se refiere el artículo anterior⁴¹ corresponderá exclusivamente, en la esfera de su competencia, al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor», y el art. 7 LSO, que dispone a su vez que «la cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo tercero de esta Ley será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración». Nada se dice en cuanto a la competencia para la reclasificación de la documentación, pero entendemos que vendrán a ser las mismas autoridades a las que se ha mencionado antes como competentes para la clasificación y desclasificación, considerando que, en cualquier caso, el art. 3.3 RSO reconoce a la autoridad encargada de la clasificación la posibilidad de mencionar si tal clasificación puede ser «suprimida» o «rebajada» y el art. 3.4 RSO le atribuye competencias para señalar los procedimientos para determinar periódicamente la conveniencia de la reclasificación o desclasificación del material clasificado. Queda abierta la duda respecto a quién se refiere el art. 9.c) RSO cuando hace alusión a «las Entidades y personas del propio Ministerio con competencia para la declaración de materias clasificables, según se dispone en el artículo cuarto de la Ley». Por último, el art. 28 RSO atribuye también competencias a las citadas autoridades para la destrucción del material

⁴¹ «Las “materias clasificadas” serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran».

clasificado, aunque en esta ocasión a través de la fórmula de la autorización a «todas las dependencias que lo poseyeren o hubiesen obtenido copias o reproducciones del mismo», las cuales serán las encargadas de ejecutar materialmente tal destrucción bajo la supervisión de «la persona responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas» (art. 30 RSO).

En lo tocante a la competencia atribuida a la JUJEM, queremos volver a reseñar que con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, este organismo no existe ni siquiera actualmente, ya que se puede considerar sustituido por el Consejo de Defensa Nacional contemplado en el art. 5 de la citada ley como órgano «colegiado, coordinador, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno en materia de Defensa» y que aglutina a los jefes de Estado Mayor. De otra parte, la JUJEM no puede admitirse, en puridad, como órgano clasificador o desclasificador de materias por cuanto que estas actividades presentan una naturaleza eminentemente ejecutiva, mientras que las funciones atribuidas a aquel órgano eran de mero asesoramiento.

Siguiendo el análisis competencial, destacamos la prohibición de la delegación en el art. 5 LSO, si bien es cierto que se atribuyen gran cantidad de competencias relacionadas con la clasificación a funcionarios, especialmente al Servicio de Protección de Materias Clasificadas a nivel ministerial (por ejemplo, arts. 9 y 22 RSO), cuya existencia no se constata a día de hoy en la estructura actual de los departamentos ministeriales.

Por último, trataremos tres asuntos no menos importantes: la necesidad de desclasificación previa de los documentos para permitir el acceso, la motivación de cualquier decisión del Consejo de Ministros como otro elemento formal imprescindible del acto clasificatorio y desclasificador, así como el alcance de las sentencias de los tribunales de justicia una vez que han tenido acceso al material clasificado.

Respecto a la primera cuestión, se hace necesario traer a colación los arts. 8⁴² y 11.2⁴³ LSO. De los mismos se infiere que para posibilitar el acceso a materias clasificadas a sujetos distintos al Consejo de Ministros o la JUJEM

⁴² «Las calificaciones de secreto o reservado, hechas con arreglo a los términos de la presente Ley y de las disposiciones que reglamentariamente se dicten para su aplicación, determinarán, entre otros, los siguientes efectos: a) Solamente podrán tener conocimiento de las «materias clasificadas» los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen».

⁴³ «Corresponde a los órganos señalados en el artículo cuarto conceder en sus respectivas dependencias las autorizaciones para el acceso a las “materias clasificadas”, así como para su desplazamiento fuera de las mismas».

será necesaria previamente la autorización de estos últimos o bien, claro está, que los documentos se desclasifiquen por los mismos (salvo que se trate del Congreso de los Diputados o el Senado que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen). Este último aspecto es el que consideramos más cuestionable si atendemos al ordenamiento jurídico vigente. De artículos posteriores en el tiempo a los de la propia Ley de Secretos Oficiales, como los arts. 9, 103, 106, 117.3 y 118 CE, así como el art. 2 LJCA o los arts. 7 y 58.1 LOPJ, se deduce que, bien por razones de jerarquía o de temporalidad, las exigencias de la Ley de Secretos Oficiales pueden considerarse obsoletas y derogadas, permitiéndose el acceso judicial sin necesidad de previa desclasificación. Pero es que además existen supuestos en los que, como ya hemos afirmado, tampoco sería necesaria tal desclasificación, como pueda ser el caso de las «clasificaciones» realizadas por las Cortes mediante ley, en las que, siguiendo el tenor literal del art. 1.2⁴⁴ LSO, no existe en puridad clasificación previa, sino más bien una calificación de una materia como «secreta» y, por consiguiente, no se hará necesario desclasificar algo que nunca ha sido objeto de clasificación formal previa. Por otra parte, es lógico pensar que si la clasificación no se ha ajustado a los parámetros constitucionales y legales, puede considerarse nula y por tanto inexistente en el mundo del derecho, por lo que no existiendo clasificación legalmente admisible y habiendo sido declarada judicialmente la nulidad con carácter previo, debe permitirse el acceso. Otros argumentos en este sentido se han venido sustentando por la jurisprudencia norteamericana en circunstancias *de facto* como el hecho de que la información ya hubiese sido objeto de publicación con carácter previo (por lo que el mantenimiento de la clasificación o el secreto carece de sentido)⁴⁵ o que la clasificación se hubiese realizado por parte de autoridades gubernamentales con posterioridad a la demanda interpuesta judicialmente por algún colectivo afectado.

En cuanto al segundo punto, es imprescindible subrayar la trascendencia y necesidad de la motivación del acto clasificatorio y desclasificador del

⁴⁴ «Tendrán carácter secreto, *sin necesidad de previa clasificación*, las materias así declaradas por Ley».

⁴⁵ «Second, the Government's rationale is contradicted by its own extensive disclosures. The Government has released the names of individuals it has identified as members of Al Qaeda or connected to that organization.10 See Pls.' Supplemental Memorandum at 1-4. Moreover, at least 26 individuals held on material witness warrants have been publicly identified, and the identities of others held on immigration charges have been disclosed, some reportedly by the Government. Id; see also Pls.' Reply at 16, n. 24.» (Center for National Security Studies v. United States Department of Justice [D.C. Cir. 2003]).

Gobierno como elemento formal imprescindible del mismo, pues será precisamente sobre dicha motivación sobre la que los jueces deberán trabajar, realizando su análisis somero y minucioso, permitiéndoles concluir si la clasificación o desclasificación se ajusta o no a derecho y si, en definitiva, y en atención a las circunstancias, existe un peligro cierto, grave e inminente sobre la seguridad y la defensa. En este ámbito es admisible sin duda la discrecionalidad, pero en ningún caso la arbitrariedad de quien, al albur de la seguridad y la defensa, trata de justificar u ocultar fines espurios.

Y en relación con este segundo aspecto se llega al tercero, en el que se plantea el alcance de la sentencia judicial. Para evitar otro de los fenómenos denunciados en nuestros días como es el activismo judicial que enerve el principio de separación de poderes, es cierto que será necesario limitar los posibles excesos judiciales a la hora de dictar sentencia. En este caso, nos decantamos, como no podía ser de otra manera, por que los jueces se limiten a anular el acto clasificatorio o desclasificadorio del Gobierno o bien que lo anulen, ordenando retrotraer las actuaciones al momento justamente anterior al de la clasificación o desclasificación para que sea el propio Gobierno el que, en todo caso, vuelva a justificar o motivar sus actos. Es lo que hace, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia, cuando afirma que, a pesar de que cualquier declaración o predicción gubernamental sobre el daño a la seguridad nacional puede ser siempre y en cierta medida especulativa, su función es precisamente la de asegurarse que esas predicciones sobre el daño a la seguridad nacional sean «lógicas» o «plausibles»⁴⁶.

VI. CONCLUSIONES

Postulamos, por tanto, pertinente, necesario y justificado el control judicial de los actos clasificatorios y desclasificatorios junto a su reconocimiento expreso en la propia Ley de Secretos Oficiales. Y no solamente por parte de dicho poder sino también por las Cortes, con una mayor intervención a través de un sistema *de lege ferenda* mediante el cual fuesen las propias Cortes Generales o el Congreso los que se encargaran de declarar por mayoría absoluta la clasificación a propuesta del Gobierno para las materias y asuntos en su

⁴⁶ «As we said before, “any affidavit or other agency statement of threatened harm to national security will always be speculative to some extent. Id. At 619 (citation omitted). Our role is to ensure that those predictions are ‘logical’ or ‘plausible’. Id. (quoting Larson, 565 F.3d at 862). We agree with the district court that the CIA’s declarations in this case cross that threshold”».

condición de «secretas», mientras que fuese el Gobierno mediante decreto el que declarase la clasificación de los asuntos en «reservados» con autorización previa de las Cortes o del Congreso, siguiendo, de esta manera, el parámetro del régimen jurídico de los tratados internacionales y de los estados excepcionales —especialmente el de excepción—. No en vano, y como ya se dijo, consideramos que el origen histórico de los secretos se encuentra, en parte, en su mención expresa respecto de los tratados internacionales y sus cláusulas secretas en las Constituciones de 1869 (art. 74.4), de 1876 (art. 55.4) y de 1931 (art.76). De otra parte, las causas que determinan la declaración de los estados de sitio y excepción son prácticamente similares a aquellas que se pretenden proteger con el secreto, por lo que su vinculación es innegable y en ella fundamentamos una posible aplicación de su régimen jurídico sobre los secretos, que además se constituyen en sí mismos como una excepción al régimen general de publicidad de los asuntos públicos.

Y ello porque el control parlamentario actual resulta deficiente, endogámico e incluso, como en el caso de la moción de censura, desproporcionado en sus exigencias, por lo que su uso es prácticamente inexistente. Por todo ello, el control «permanente» al que se alude en el art. 10.2 LSO queda prácticamente desvirtuado en la práctica. La propuesta, por tanto, mejoraría dicho control, además de redundar favorablemente en el sistema democrático, pues la defensa nacional no es más que, al fin y al cabo, el deseo de proteger a todos los ciudadanos que configuran la nación, siendo, por tanto, esta la que deberá considerar, en última instancia, qué es y qué no es peligroso para su integridad, y qué mejor manera de hacerlo que en el órgano de representación de los ciudadanos por excelencia. Por el contrario, sin embargo, es cierto que esta intervención obstaculizaría la agilidad que este tipo de actos requieren, además de que su naturaleza es contraria a la publicidad que debe presidir toda actuación parlamentaria, pero también es cierto que los acuerdos parlamentarios podrían adoptarse en comisiones a puerta cerrada o secretas y que, en última instancia, si de lo que se precisa es de agilidad, el Gobierno podría acudir a un nivel clasificatorio menor en forma de materia «reservada» o proceder a una clasificación provisional⁴⁷ a expensas de lo que decida el Congreso.

Con todo, este control evitaría también efectos indeseados como la actuación del Gobierno como un *legibus solutus*; la presunción *iuris et de iure* de la legalidad de la actuación gubernamental; que el Gobierno sea el único intérprete de la ley, lo que además no es posible, considerando que los jueces tienen reconocida dicha competencia expresamente en el art.5 LOPJ; la posible indefensión de las partes en los procesos judiciales; la inmunidad

⁴⁷ Dicha provisionalidad ya se encuentra prevista en el art. 11.b) RSO.

gubernamental añadida a la que ya gozan *ex art.* 102 CE como parlamentarios; y, en suma, el desapoderamiento judicial. Incluso, y yendo más allá, sería un medio de impedir que los periodistas o ex agentes o empleados de servicios secretos o de empresas privadas se conviertan en juez y parte, decidiendo aquello que debe ser denunciado y objeto de condena (aunque sea «solo» a modo de difusión de documentación clasificada que alberga la comisión de posibles crímenes), tal y como ocurre en la actualidad, reconduciendo tales actuaciones a la denuncia en instancias judiciales o ante el Ministerio Fiscal para que sean estos los que, con la información facilitada, ejerzan su trabajo, apreciando si las conductas que ocultan los secretos son punibles y si tal clasificación responde a las causas que la legitiman. No en vano, es el propio art. 262 LECrim el que dispone que «los que por razón de sus cargos, profesiones u oficios tuvieren noticia de algún delito público, estarán obligados a denunciarlo inmediatamente al Ministerio Fiscal, al Tribunal competente, al Juez de instrucción y, en su defecto, al municipal o al funcionario de policía más próximo al sitio, si se tratare de un delito flagrante»⁴⁸. Caso contrario, nos podríamos encontrar ante la comisión de delitos como los de traición, espionaje, revelación y descubrimiento de secretos, etc.

En caso de duda sobre estos argumentos, recurriríamos a los principios jurisprudenciales en favor del control por el carácter restringido en la interpretación de los actos políticos por las inmunidades o privilegios que pueden conllevar, así como el principio de *favor libertatis* de los derechos fundamentales frente a cualquier limitación de los mismos.

En este sentido, avocamos también por la posible inconstitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales (aunque las SSTS de 4 de abril de 1997 negaron este extremo) por violación de los arts. 9, 24, 103, 106, 117.3 y 118 CE, al no reconocer expresamente el control judicial, además de producirse una

⁴⁸ No así para los funcionarios públicos, para quienes el art. 417.2 LECrim prevé que «no podrán ser obligados a declarar como testigos: [...] Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida». En cualquier caso, entendemos que en estos casos habría que ponderar determinados aspectos como la implicación de los mismos en el asunto, la citación de estos para una mera declaración o la aportación de documentos como pruebas, el hecho de que la información sea relevante o necesaria y la motivación suficiente de la solicitud judicial. En este ámbito, el principal delito que se podría cometer por los funcionarios sería el de violación de los secretos o la infidelidad en la custodia de documentos.

puntual limitación de derechos mediante meros acuerdos del Consejo de Ministros, reales decretos, orientaciones⁴⁹, etc., que vulneran el art. 53.1 CE y el uso del potencial «pueda afectar a la seguridad del Estado y/o la defensa nacional» frente a la afectación efectiva exigida por el art. 105.b) CE.

En cuanto al órgano competente para el conocimiento de este tipo de asuntos, en el sistema norteamericano ya hemos visto que se trata del Tribunal de Apelaciones de Distrito (lo que puede equipararse a nuestra jurisdicción ordinaria). Al igual que la falta de una Comisión de Control especializada en materia de secretos de Estado⁵⁰, también consideramos necesario destacar esta laguna respecto a la existencia de un órgano jurisdiccional *ad hoc* con estas competencias a pesar de que la doctrina no es ni mucho menos pacífica en cuanto a la solución de este asunto. Consideramos que para su posible solución, la Sala de Gobierno del propio Tribunal Supremo, en el ejercicio de las competencias que le atribuye el art. 152 LOPJ, podría ampliar la estructura de alguna de las salas incluyendo nuevas secciones dentro de cada sala o una sección en la Sala de lo Contencioso-administrativo que se especializase en materia de secretos de Estado. Asimismo, también se podría proceder a la reforma de la propia Ley Orgánica del Poder Judicial, introduciendo una nueva sala que conociese de estas materias (tal y como se hizo mediante la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos) o mediante la creación de un nuevo magistrado de la sala competente (Segunda de lo Penal o Tercera de lo Contencioso-administrativo) del Tribunal Supremo elegido por el propio Tribunal Supremo (tal y como hizo en su día la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia).

No podemos olvidar tampoco que la defensa a ultranza de los derechos fundamentales y su priorización supone un fundamento indispensable para «el orden político y la paz social», tal y como se dispone en el art. 10 CE, y que

⁴⁹ Así, por ejemplo, el Real Decreto 1708/2011, sobre Sistema Español de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y su régimen de acceso; las Orientaciones para la Instrucción de Seguridad del Personal, de 15 de diciembre de 2009; la Norma NS/04 de Seguridad de la Información, de octubre de 2009, y el Acuerdo sobre Política de Seguridad de la Información, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 15 de octubre de 2010.

⁵⁰ Cuya creación no sería desdeñable, pues actualmente se encuentran asignadas sus competencias a la Comisión de control de créditos para gastos reservados, tal y como dispone el art. 11.1 de la Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, en remisión al art. 7.1 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados.

el sumatorio de la garantía de la seguridad individual reconocida como derecho fundamental en el art. 17 CE redundará indefectiblemente en la seguridad de todos los ciudadanos, que es, a la postre, la de la nación. De esta forma, el respeto y la supremacía de los derechos fundamentales frente a cualquier bien constitucional dará lugar a la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional, que es, al fin y al cabo, lo que se pretende proteger con los secretos de Estado.

Se hace necesario interceder una vez más a favor del poder judicial y los jueces y de una nueva Ley de Secretos Oficiales en un sistema donde la crisis institucional se ha extendido como una metástasis y el protagonismo del poder legislativo ha quedado reducido en favor del poder ejecutivo⁵¹. No quiere decir por ello que el poder judicial esté exento de lacras (nadie lo está), pero al menos, y así se está demostrando últimamente en distintas sentencias, existen ejemplos de arrojo e independencia contra poderes que parecen inmunes o intocables por distintos intereses. Al menos, esa independencia, como valor denostado por todos hoy en día, se exige constitucionalmente (art. 117.1 CE) y se presume al colectivo judicial que debe impartir justicia desde la sana crítica.

Ello redundará en el reforzamiento del Estado de derecho y un mayor celo en la persecución e investigación de los delitos. De hecho, si es esta propia investigación la que incluso permite excepcionar los derechos fundamentales en algunos supuestos, entendemos que mucho más justificado estará el sacrificio de «meros» bienes constitucionales como son la seguridad del Estado y la defensa nacional. No por otra razón entendemos que la investigación de los delitos, siendo una de las excepciones al derecho de acceso a archivos y registros públicos reconocido en el art. 105.b) CE, actúa, a su vez, como excepción a las otras dos previstas para el citado derecho como son el derecho a la intimidad y la seguridad del Estado y la defensa nacional. Sin embargo, se está produciendo a nuestro entender un fenómeno preocupante en los últimos años, pues asistimos al establecimiento de un doble rasero a la hora de ponderar y calibrar el sacrificio de derechos fundamentales cuando se trata de la persecución y la investigación de los delitos. Si se trata de delitos cometidos por los ciudadanos (especialmente graves como los de terrorismo), existe una permisividad casi plena para el sacrificio de derechos fundamentales de esos presuntos

⁵¹ Revenga Sánchez (1995). El autor ha puesto de manifiesto en nuestro sistema legal de secretos oficiales la «torpeza» del propio poder legislativo al atribuir todas las competencias clasificatorias al poder ejecutivo, en un exceso de confianza. La «idea de compartición equilibrada» de poderes a la que alude se ve así dificultada, mencionándose algunas sentencias paradigmáticas en EE.UU. como fueron las del caso *Youngstown sheet and tube Co. vs. Sawyer* y el caso *US. vs. Curtis Wright Corp.*

delinquentes o ni siquiera de estos, sino con carácter general por si se pudiera detectar a uno de ellos, en lo que podríamos llamar un «sacrificio preventivo», que incluso se agrava con las nuevas tendencias legislativas procedentes de Estados Unidos en las que en dicho sacrificio ni siquiera se prevé orden judicial alguna o las garantías son ínfimas por no decir suprimidas simplemente⁵². Sin embargo, cuando se trata de la investigación de posibles delitos del Gobierno o de sus miembros, la laxitud en el sacrificio de bienes, valores y derechos constitucionales se torna en máximo rigor, mostrándose el acceso a la información como un muro casi inexpugnable. Y ello cuando, además, el secreto debe ser la norma general y aceptada en el ámbito de las relaciones privadas, mientras que supone la excepción en las actuaciones del sector público porque la norma general en este caso debe ser indefectiblemente la publicidad.

La perplejidad ante este fenómeno solo podría ser mitigada únicamente si tratásemos de justificar este tipo de actuaciones (si es que tienen justificación) en cuanto que van dirigidas a la evitación de delitos con repercusiones tanto materiales como personales inasumibles para la sociedad occidental. Sin embargo, esto es tanto como decir que un delito se justifica con el fin de evitar otro, en lo que dentro de la teoría del derecho penal podríamos afirmar como eximentes causadas por un estado de necesidad, defensa propia o miedo insuperable, si bien, y siguiendo el símil, estas figuras solamente se justificarían cuando, por ejemplo, el mal causado no fuera mayor que el que se trate de evitar (principio de proporcionalidad) ni que la situación de necesidad o de defensa no haya sido provocada intencionadamente por el sujeto, lo que en el caso de algunos países sería muy discutible en consideración de su política exterior o de fabricación y venta de armas.

Asimismo, y si ya vimos que para situaciones de mayor gravedad como los estados de sitio o excepción o en el ejercicio del derecho de reunión se permite expresamente el control judicial, con mayor razón debe permitirse sobre la actividad clasificatoria y desclasificatoria del Gobierno, determinada, a veces, por la mera rutina burocrática, la prevención o el ocultamiento de fines espurios más que por verdaderas razones de riesgo real para la seguridad o la

⁵² Así ha ocurrido con las intervenciones masivas e indiscriminadas de comunicaciones informáticas por los Gobiernos norteamericano y británico desveladas en el caso *Snowden* legitimadas por la Ley de Enmienda de la Ley de Vigilancia de la Inteligencia Extranjera (FISAAA) aprobada en el año 2008 y que reforma la de 1978. O también con la posibilidad de detención *sine die* o de procesamiento de detenidos como consecuencia de pruebas o informes secretos. También el hecho de detenciones sin cargos o a la espera de juicios por llegar sin conocimiento de la acusación o sin respeto de los derechos fundamentales básicos del detenido.

defensa. No de otra manera se ha expresado el reciente AAN 19/2013⁵³, de 8 de mayo, que en su razonamiento jurídico segundo j) de manera impecable afirma, recogiendo el espíritu de este artículo, lo siguiente:

Recapitulando, debemos indicar, que en nuestro derecho, el secreto no es un valor o un bien en sí mismo que merezca en sí y por sí mismo ser protegido, sino como elemento puramente instrumental para proteger lo que son auténticos bienes jurídicos merecedores de protección, tales como son la intimidad, la libre competencia, el secreto de empresa, la Seguridad del Estado, etc., por ello resulta un elemento imprescindible la licitud de aquella información que se encuentra amparada bajo el secreto, bien sea bajo la protección de la intimidad o bajo la protección del secreto de empresa y, en todo caso, existen intereses superiores que relevan de este secreto y justifican la cesión de la información en favor de determinados sujetos públicos, además de interesados, legitimados para conocer la información, tales como son las autoridades administrativas competentes en materia de defraudación tributaria, y específicamente el Ministerio Fiscal y los Tribunales, en la investigación y persecución de ilícitos penales.

Se logrará, de esta forma, impedir con mayores garantías que vuelva a imperar la renacentista «razón de Estado» frente al «Estado de la razón» y de derecho, en el que los intereses a defender no vuelvan a ser una vez más los del aparato, camarilla política o del poder institucionalizado (Estado-aparato), sino los de la nación, esto es, los de los ciudadanos. Con Louis Brandeis (Warren y Brandeis, 1995) podríamos afirmar de nuevo que, en definitiva, «la luz del sol es el mejor de los desinfectantes».

Bibliografía

- Cousido González, M. P. (2014). Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia. *Revista Jurídica de Castilla y León*, 33, 23.
- Díez Picazo, L. M. (1996). El Secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995. *Revista La Ley*, 1, 1564-1566.

⁵³ Se trata del auto dictado por la Audiencia Nacional en la solicitud de extradición por Suiza del antiguo empleado de banca Hervé Falciani, debido a la filtración por parte de este último de una ingente información sobre datos de cuentas bancarias privadas de clientes en las que se pone de manifiesto la posible comisión de delitos contra la Hacienda Pública.

- López Guerra, L. (1998). Funciones del Gobierno y dirección política. *Documentación Administrativa*, 215, 15-40.
- Lozano Cutanda, B. (1997). *La desclasificación de los secretos de Estado*. Madrid: Civitas.
- Melero Alonso, E. (2000). El secreto oficial en las ventas de armas. Un supuesto de aplicación ilegal de la Ley sobre Secretos Oficiales. *Revista de Administración Pública*, 152, 229-267.
- Otero González, M. P. (1999). *La revelación del secreto de Estado en los procesos penales*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Revengea Sánchez, M. (1995). *El imperio de la política: seguridad Nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*. Barcelona: Ariel.
- Sánchez Ferro, S. (2006). *El secreto de Estado*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Santamaría Pastor, J. A. (1995). Secreto oficial. En *Enciclopedia Jurídica Básica*, (vol. IV). Madrid: Civitas.
- Segrelles de Arenaza, I. (1997). El secreto de Estado ilegal: aspectos básicos. *Cuadernos de Política criminal*, 62, 415-433.
- Warren, S. y Brandais, L. (1995). *El derecho a la intimidad*. Madrid: Civitas.