

RESUMEN

El secreto de Estado parece ser el secreto mejor guardado en la historia constitucional española. De un rápido análisis del constitucionalismo español, no se vislumbra atisbo alguno de su regulación o siquiera su mera mención en el sentido y con los fines que se le confiere actualmente. Tenemos que acudir a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, reformada inmediatamente antes de la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 para encontrar el primer precedente moderno de su regulación jurídica, quitando alguna referencia de las Constituciones del siglo XIX en la que se hace alusión al término respecto a la condición de ciertos Tratados internacionales o parte de sus cláusulas y su eficacia correspondiente en las relaciones internacionales.

Superando cualquier reproche de inconstitucionalidad de la Ley de 1968, como se dejó suficientemente claro con las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, sí que se ha considerado la conveniencia de su reforma dado su carácter anacrónico y su desajuste a la realidad de nuestro Estado social y democrático de derecho por muy diversas razones. De hecho, el periodo democrático iniciado en 1978 ha vivido algunas iniciativas legislativas como las representadas por el Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos Oficiales aprobado por Consejo de Ministros el 23 de agosto de 1996 y el Proyecto de Ley Orgánica de Secretos de Estado en marzo de 1997, que pese a no llegar a materializarse, trataron de llevar a buen puerto un régimen jurídico de los secretos de Estado más acorde con la configuración de nuestro Estado en su acepción de Estado-ordenamiento frente a otras concepciones como el Estado-comunidad o Estado-aparato, ámbitos estos últimos en los que tiene cabida también el secreto de Estado pero con otras connotaciones bien distintas e incompatibles con el principio de legalidad y el Estado de derecho. Una última iniciativa se ha registrado recientemente a través de la Proposición de Ley de reforma de la propia Ley de 1968 con fecha de 3 de febrero de 2014 por la Izquierda Plural para, tal y como dice expresamente en su Exposición de Motivos, “necesaria adecuación a nuestra Constitución y los derechos fundamentales”.

Con la presente tesis se ha tratado en primer lugar de conceptualizar el secreto más como un secreto de “Estado” que como un secreto “oficial”, para subrayar la idea de que el secreto, como mecanismo de protección de la seguridad del Estado y la defensa Nacional, es competencia única y exclusiva de la Administración del Estado en su versión gubernativa o administrativa pero de ninguna autoridad o administración más. Lo mismo ocurre con las relaciones internacionales y el concepto de seguridad, dado que ha existido una transición de los Tratados internacionales secretos y la seguridad concebida como mero orden público, a la internacionalización de las causas de riesgo de la seguridad y los secretos con carácter vinculante para los países firmantes fruto en gran medida del fenómeno de la globalización. Así, se ha postulado el hecho de que las

Comunidades Autónomas o las Entidades Locales podrán contribuir con sus medidas al mantenimiento del orden público y la seguridad ciudadana como factores coadyuvantes de la seguridad del Estado o a actividades de proyección exterior pero no ir más allá.

El sentido de Estado y la dirección de las Fuerzas Armadas solamente pueden tener cabida desde el Estado en su unidad y la actividad clasificatoria y desclasificatoria de documentos por razones de seguridad del Estado o defensa Nacional solo se podrá realizar por la Administración del Estado cuya acción deberá dirigirse a la protección del Estado social y democrático de derecho que reconoce la Constitución de 1978 y no solamente a la de los intereses del Gobierno o el “aparato” en el poder.

También se ha delimitado el secreto de Estado como un secreto perteneciente por antonomasia al ámbito del Poder Ejecutivo. No de otra forma se ha puesto de manifiesto a lo largo de la historia, en el que las relaciones internacionales y la seguridad exterior, como escenarios en donde se originó el propio secreto, se atribuían tradicionalmente al Rey. De esta forma, y con independencia de la polémica doctrinal que se pueda suscitar, se separa este tipo de secretos no ya solo de los propiamente “políticos” de los Gobiernos Autonómicos o Locales, sino de los propios de otros poderes como pueda ser, por ejemplo, los del poder judicial o los profesionales, cuya finalidad reside en la protección de bienes jurídicos diferentes a la seguridad del Estado y la defensa nacional. Asimismo, convendría, dentro ya del Poder Ejecutivo, delimitar, a su vez, con claridad las competencias clasificatorias y desclasificadoras a nivel estatal por cuanto que en la actualidad residen en el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor (JUJEM), es decir tanto en el Gobierno como en la Administración, lo cual dificultaría determinar si la actividad clasificatoria y desclasificatoria adopta la naturaleza de acto del Gobierno o meramente administrativo. Asimismo, se hace hincapié en la necesidad de coordinar dicha atribución con las competencias reconocidas en la legislación sectorial a otras instancias como el Presidente del Gobierno o los Ministros y sustituir la mención a la JUJEM dado que actualmente es un órgano inexistente.

En definitiva, y después de ubicar el secreto de Estado español en una especie de híbrido entre la vertiente legal-formal y material del secreto, se aporta una propuesta de definición propia de los mismos como aquellos que se establecen por interés público mediante los que determinadas informaciones o documentos del Ejecutivo se ocultan del conocimiento de particulares, otros poderes u otros Estados bien por razón de la materia con el correspondiente acto de clasificación o bien por Ley a través de la decisión voluntaria y unilateral de los poderes públicos correspondientes—Ejecutivo o Legislativo— con el fin de preservar la seguridad del Estado y la defensa nacional, estando sometidos al control permanente del Parlamento y en determinadas circunstancias al del Poder Judicial (en lo que respecta a los actos reglados o, como ha reconocido la jurisprudencia, “jurídicamente asequibles”, a los derechos fundamentales, las indemnizaciones y la investigación de los delitos.

También se ha considerado indispensable la adecuación del régimen de los secretos de Estado y la actividad clasificatoria estatal que éstos conllevan al respeto del elenco de derechos fundamentales reconocidos tanto a nivel internacional como en el Título I de nuestra Constitución, con especial incidencia en lo que respecta al derecho a informar y recibir información veraz por cualquier medio, así como al derecho a la tutela judicial efectiva, especialmente en lo que atañe a la problemática de la práctica de la prueba con documentos clasificados, además de otros que pudieran resultar afectados por la actuación de los servicios de inteligencia en la obtención de información y mantenimiento de los secretos. De otra parte, se hace necesario concretar el término jurídico indeterminado de la seguridad del Estado y la defensa Nacional para redundar en la seguridad jurídica a la hora de su interpretación. Más que de una lista tasada de materias susceptibles de clasificación, tal y como se ha venido haciendo a través de sendos Acuerdos del Consejo de Ministros de 1986 y de 2010, sería conveniente el establecimiento de criterios o de bienes jurídicos susceptibles de ser puestos en un peligro cierto y grave para la seguridad y no en un potencial daño o puesta en riesgo mediante categorías genéricas.

Al tratarse de conceptos jurídicos indeterminados, o como jurisprudencialmente se han venido en llamar, “judicial o jurídicamente asequibles”, se entiende que éstos son susceptibles de interpretación discrecional (bien técnica o interpretativa). Y que la interpretación jurídica conlleva que sea susceptible de control, especialmente en lo que a su motivación y finalidad respecta. Aparece así otro de los aspectos basilares de la tesis cual es la insuficiencia del control parlamentario, al que se le reconoce en la legislación actual el acceso permanente al material clasificado, y la necesidad de complementarlo con el de carácter judicial a través de la creación de una nueva Sala o Sección en el Tribunal Supremo o la atribución de la competencia a algún órgano ya existente para la oportuna valoración especialmente desde dos criterios que se han aportado como son el precedente judicial y el histórico o fáctico. No se trataría de una sustitución de poderes en la que el poder judicial fuese el que ejerciese las actividades clasificatoria y desclasificatoria, sino un enriquecimiento en la labor interpretativa de los conceptos de riesgo grave y cierto para la seguridad del Estado o la defensa nacional en la que, en caso de discrepancia, se invitase a las autoridades que ostentan la potestad clasificatoria y desclasificatoria a la reconsideración y nueva motivación de los actos derivados de la misma, especialmente en aquellos casos en que entren en conflicto con algún derecho fundamental.

Este tipo de actos en ningún momento han sido considerados como puramente políticos o de oportunidad, aunque sí como propios del Gobierno en aquellos casos que emanen del Consejo de Ministros. Únicamente son actos del Gobierno ejecutivos o singulares de la legislación que ha sido objeto de análisis. No obstante, y aún en la hipótesis de su consideración como actos del Gobierno de naturaleza política, el control se ha considerado asimismo posible dada la reforma de la Ley de Jurisdicción Contencioso –Administrativa por la que ya no se permite la plena inmunidad de los actos políticos del Gobierno, al menos en lo que se refiere al ya aludido control de los

actos reglados, la posible vulneración de los derechos fundamentales y la investigación de los delitos consecuencia de la misma, así como respecto de las correspondientes indemnizaciones en su caso.

Naturaleza política que, sin embargo, no ha sido descartada en la otra modalidad de clasificación como es la representada por el Poder Legislativo mediante Ley en lo que hemos llamado la actividad “calificatoria” más que “clasificatoria” en cuanto, en este caso, no existe en puridad acto previo de clasificación. En este ámbito se han mencionado como paradigmáticas las leyes 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los Créditos destinados a Gastos Reservados y la Ley 11/2001, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia. En este caso, aunque el control judicial ha resultado ciertamente extraño a la actividad parlamentaria, sí se ha considerado la posibilidad de ponerlo en práctica aunque solo fuese a los efectos de los actos reglados de dicha actividad.

La doble vía clasificatoria, que a su vez justifica la clasificación del secreto de Estado español como una categoría entre legal-formal y material, ha servido igualmente de sustento para proponer de *lege ferenda* que sea el Gobierno quien clasifique las materias que ponen en riesgo efectivo la seguridad como concepto preventivo dentro de la categoría de “reservadas” y previa autorización del Congreso y que sea éste último el que clasifique o califique como “secreto” las materias o asuntos que, por su mayor enjundia, supongan una agresión a la defensa como término reactivo. Y todo ello inspirado en el régimen previsto en el art. 116 CE dada la conexión existente entre los estados excepcionales y la suspensión de derechos que acarrearán con el secreto como realidad únicamente entendible desde la excepción dentro de un Estado de derecho cuyo establecimiento puede también enervar puntualmente un amplio elenco de derechos. Se reclama así, un mayor protagonismo del Poder Legislativo en las decisiones clasificatorias y desclasificadoras ya que si lo que se pretende con el secreto es la protección de la seguridad del Estado y la defensa nacional y siendo el Estado y la Nación sus ciudadanos, es lógica y plausible la exigencia de una mayor intervención de la institución que los representa por antonomasia.

Se ha concluido, en fin, con una reivindicación del papel del poder judicial en el control de la discrecionalidad del Gobierno a la hora de adoptar este tipo de actos clasificatorios y desclasificadoros al albur de la Constitución y de la propia normativa vigente con mención especial a la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa, aunque hemos entendido que este control debería ser contemplado expresamente en la propia Ley de secretos junto a otros aspectos como el factor temporal a efectos de desclasificación automática en detrimento de la clasificación *sine die* que parece regir actualmente. En un Estado democrático de Derecho el fin nunca puede justificar los medios. Ello es lo que se pretende evitar con las cuestiones que han sido planteadas en aras de una mayor transparencia, respeto de los derechos fundamentales y el enriquecimiento en la interpretación jurídica de los términos en liza, sin que ello suponga una puesta en riesgo de la seguridad del Estado o

la defensa nacional pero sin concesiones cuando la clasificación sea innecesaria o no exista fundamento jurídico para ello.