

EL SECRETO DE ESTADO: ENTRE EL ACCESO A LA INFORMACIÓN Y LA DEFENSA NACIONAL

MARTA GALÁN MEDINA



Universitat Autònoma de Barcelona

Trabajo de fin de grado

Grado en Derecho; 4º Curso

Directora: María Jesús García Morales

15 de mayo de 2015

RESUMEN

Este Trabajo de Fin de Grado pretende analizar el contenido del secreto de Estado. Desde tiempos remotos, en todas las civilizaciones, los Gobiernos de los Estados, han clausurado el conocimiento público de determinada información, que podría producir un riesgo o perjuicio para la seguridad y defensa nacional del Estado. Todos los Estados, para preservar su integridad, prevén la confidencialidad de determinada información, y por ende, se configura la excepción del secreto de Estado al principio de publicidad y al derecho a la libertad de información.

Con este trabajo, se pretende abordar los límites y requisitos que se deben cumplir, para que la aplicación del secreto de Estado sea lícito, así como la determinación de qué actos se pueden clasificar, qué órganos están autorizados para su acceso y su posterior descalificación; así como el procedimiento sancionador. Analizando por tanto, la jurisprudencia española, la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la doctrina y la normativa vigente para examinar la colisión que ocasiona el mantenimiento del secreto de Estado, frente al derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de separación de poderes, el derecho de acceso a la información y el derecho a la información en la era de la transparencia.

Palabras clave: *secreto de Estado, materia clasificada, derecho a la información, secretos oficiales, defensa y seguridad nacional.*

RESUM

Aquest Treball final de Grau, pretén analitzar el contingut del secret d'Estat. Des de temps remots, en totes les civilitzacions, els Governes dels Estats, han clausurat el coneixement públic de determinada informació, que podria produir un risc o perjudici per a la seguretat i defensa nacional de l'Estat. Tots els Estats, per preservar la seva integritat, preveuen la confidencialitat de determinada

informació, i per tant, es configura l'excepció del secret d'Estat al Principi de Publicitat i al dret a la llibertat d'informació en l'era de la transparència.

Amb aquest treball, es pretén abordar els límits i requisits que s'han de complir, perquè l'aplicació del secret d'Estat sigui lícit, així com la determinació de quins actes es poden classificar, quins òrgans estan autoritzats per al seu accés i la seva posterior desqualificació; així com el procediment sancionador. Analitzant per tant, la jurisprudència espanyola, la del Tribunal Europeu de Drets Humans, la doctrina i la normativa vigent per a examinar la col·lisió que ocasiona el manteniment del secret d'Estat, enfront del dret a la tutela judicial efectiva, el principi de separació de poders, el dret d'accés a la informació i el dret a la informació.

Paraules clau: *secret d'estat, matèria classificada, dret a la informació, secrets oficials, defensa i seguretat nacional.*

ABSTRACT

This work aims to analyze the content of State secrecy. Since a long time, in all civilizations, the Governments of states have closed the public awareness of certain information that could produce a risk or damage to the national security and state defense. All states to preserve their integrity provide the confidentiality of certain information, and therefore, the exception of secret state is configured to the publicity principle and freedom of information right.

With his work, the aim is to give some clarity about which are the limits and requirements that must be met so that the application of state secrecy would be lawful, as well as determining the actions that could be classified, which organs are authorized to access and subsequent disqualification, as well as the disciplinary procedure. So that, analyzing the Spanish jurisprudence, the European Tribunal of Human Rights, the doctrine and the actual normative to examine the collision that causes the maintenance of state secret, against the effective judicial

protection right, the power separation principle, the access to information right, and the information right.

Keywords: *state secrets, classified stuff, information right, official secrets, defense and national security*

SUMARIO

INTRODUCCIÓN	7-9
I. EL SECRETO DE ESTADO EN DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO EUROPEO	9-21
1. El secreto de Estado en Derecho comparado	9-18
1.1 Estados Unidos	10-13
1.2 Italia	13-16
1.3 Alemania	16-18
2. El secreto de Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	18-21
2.1 El <i>leading case</i> :	
El caso Observer and Guardian v. United Kingdom	18-19
2.2 Otros casos	19-21
2.2.1 El caso Editorial board of pravoye delo and Shtekel v. Ukraine	19-20
2.2.2 El caso El-Masri v. The Former yugoslav republic of Macedonia	20-21
II. EL SECRETO DE ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO ESPAÑOL	21-40
1. Acceso a la información en la Constitución Española	21-25
1.1 El derecho fundamental a la información	21-23
1.2 Alcance del artículo 105.b) en la Constitución Española	23-24
1.3 El principio de publicidad	24-25
2. La Ley de secretos oficiales en España	25-32
2.1 Concepto y clasificación de los secretos de Estado	25-27
2.2 Requisitos de la clasificación	27-29
2.3 ¿Qué tipo de materias se pueden calificar?	29-30
2.4 ¿Qué órganos son los encargados para calificar?	30
2.5 Personal con acceso a los secretos de Estado	30-31

2.6 La descalificación de los documentos calificados como secreto	31
3. El control judicial de los secretos oficiales	32-37
3.1 Ponderación de derechos	32-35
3.2 ¿Acto político o acto discrecional?	35-37
4. La protección penal del secreto de Estado	37-40
4.1 Medidas Protectoras	37- 38
4.2 Medidas Punitivas	38-40
4.2.1 Delito de traición y Delito de descubrimiento y revelación de secretos e información relativos a la defensa nacional en el Código Penal	38-40
4.2.2 Descubrimiento y revelación de secretos e información relativa a la defensa nacional en el Código Penal Militar	40
4.3 Infracción Disciplinaria	40
CONCLUSIONES	41-42
BIBLIOGRAFIA	43-46
1. Tratados, manuales y obras generales	43
2. Monografías, tesis y obras especializadas	43-44
3. Artículos Doctrinales	44-46
4. Fuentes electrónicas	46
ANEXOS	47-50
1. Jurisprudencia	47-48
1.1 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	47-48
1.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo	48
2. Legislación citada	48-50

INTRODUCCIÓN

El secreto de Estado se ha llevado a cabo desde tiempos inmemoriales para mantener la seguridad del Estado. No obstante, el derecho progresa a medida que la sociedad avanza, y en pleno siglo XXI, en un Estado social y democrático de derecho, en el que se tiene como base fundamental la *res publica*; donde el interés público es el eje central de todo nuestro sistema, se produce la limitación legal del derecho a la información. Todo ello con la finalidad de ocultar determinada información que ni tan siquiera se conoce la licitud o ilicitud de su contenido.

Nuestro sistema está basado en el principio de transparencia y publicidad de todas las actuaciones administrativas, y cada vez más, por parte de los poderes del Estado, se ha deseado instaurar más garantías, para que los ciudadanos accedan a determinada información. Pero paradójicamente, sigue estando regulada la figura jurídica del secreto de Estado, que a priori ya connota cierta restricción, opacidad y ocultación, lo que conlleva este hecho, que se ponga en peligro y se vete la formación de una opinión pública, libre y democrática.

Con el surgimiento de la asociación Wikileaks, el debate tanto jurídico como ético del mantenimiento del secreto de Estado, es de plena actualidad. Ya que, se difunde y filtra información que encubren conspiraciones, torturas, asesinatos y sobornos, atentando contra los derechos humanos; con el único objetivo, de conceder información de interés público a los ciudadanos y, por tanto, ejercer el derecho a la información. También, con la aprobación de la Ley 19/2013 se debate sobre el alcance y contenido del derecho de acceso a la información del artículo 105 apartado b) y derecho a la información del artículo 20 de la Constitución española.

El objeto de este trabajo, es determinar la figura jurídica que excepciona la libertad de información, resolviendo cuestiones sobre si se puede permitir el acceso a determinada información, si se puede controlar judicialmente los secretos de Estado o si es tolerable dicho mecanismo, fruto de la opacidad, en un Estado social y democrático de derecho. Qué hacer, cuando una información clasificada puede ser relevante para un proceso judicial, o si; se puede excluir el secreto de

Estado cuando esté contiene hechos ilícitos y su conocimiento es necesario para el interés público.

Para dar respuesta a dichas cuestiones; en el apartado primero, se ha analizado la figura jurídica del secreto de Estado en Estados Unidos, Italia y Alemania. Con el análisis de Derecho Comparado se ha podido determinar cuáles son las similitudes y disimilitudes entre su regulación, el bien jurídico protegido, qué órganos son los que deben calificar los documentos, el control judicial y el procedimiento sancionador. Seguidamente, se examina las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que determinan los requisitos que se deben cumplir para que sea legítima la aplicación del secreto de Estado.

Referente al capítulo segundo, siendo el núcleo esencial de éste trabajo, se analiza de forma exhaustiva el secreto de Estado en el ordenamiento jurídico español. Se determina cual es el alcance del derecho a la información y el principio de publicidad siendo el secreto de Estado una excepción a la regla general. Se delimita lo que debe entenderse por secreto de Estado, qué tipos de secretos de Estado se configuran, el contenido de la Ley de secretos oficiales junto con el Decreto que desarrolla la mencionada ley, los requisitos que se deben cumplir para que se clasifique un documento o información como secreta, qué tipo de materias se pueden calificar y qué órganos son los encargados para ello, así como el procedimiento de descalificación junto con el personal que tiene acceso a tal información.

Además, se plantea la cuestión sobre sí se debe controlar judicialmente los secretos de Estado o no, muy ligado dicho argumento, así se debe entender el secreto de Estado como acto político o acto discrecional.

Finalmente se analiza la protección penal del secreto de Estado, desde el reconocimiento internacional de su legalidad y necesario cumplimiento, hasta la protección de los testigos conocedores de información calificada, de no declarar en juicio. Por último, se dispone el procedimiento sancionador que se aplica a todo aquel que revele información calificada, desde su tipificación en el Código Penal Común, hasta el Código Penal militar.

En cuanto a metodología empleada, se ha realizado el estudio y análisis de la doctrina, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional. La normativa vigente, tanto la Constitución Española como la legislación que desarrolla la figura jurídica del secreto de Estado. Estudio de la tesis doctoral de Susana Sánchez Ferro, junto con los trabajos especializados en la materia. Además, he tenido acceso a la Biblioteca del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña, así como la Biblioteca de la Universidad Autónoma de Barcelona, en las que he podido encontrar manuales y monografías que me han permitido la realización de este trabajo.

I. EL SECRETO DE ESTADO EN DERECHO COMPARADO Y EN EL DERECHO EUROPEO

1. El secreto de Estado en derecho comparado

Para entrar a analizar de forma exhaustiva el secreto de Estado en el ordenamiento jurídico español, previamente debe analizarse como se regula dicha figura jurídica en otros países.

En este trabajo se ha decidido analizar en primer lugar; a Estados Unidos, ya que es uno de los países que mejor regula (ya sea por los mecanismos judiciales, regulación exhaustiva y minuciosa, así como la previsión de control) la figura del secreto de Estado.

En segundo lugar; se ha optado por analizar el ordenamiento jurídico de Italia, ya que es el sistema o modelo, que más se parece al sistema vigente en España, (no reconoce el derecho de acceso a la información, es reticente al control judicial, y protege al testigo en casos que éste conozca información clasificada) salvo algunos matices; ya que no se considera secreto de Estado aquella información que vulnere los derechos fundamentales.

En tercer y último lugar, se analiza el secreto de Estado en Alemania, ya que dentro de los países europeos, es el país que opta por la transparencia de las actuaciones administrativas y por el reconocimiento de la tutela judicial efectiva frente a la seguridad nacional.

1.1 Estados Unidos

En Estados Unidos, no se ha instaurado el principio de publicidad de las actuaciones administrativas, no obstante, se regula mediante la Primera Enmienda; la libertad de expresión e información o conocido como libertad de palabra y la libertad de prensa.

El “*Right to know*”, traducido como derecho a conocer lo que importa, es utilizado en Estados Unidos con relación a la información clasificada. En cuanto a la normativa referente a la figura jurídica del secreto de Estado; en 1946, mediante la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*) se constituyó, el principio de publicidad de las actuaciones y decisiones administrativas, para que fuesen conocidas por todos los ciudadanos. Después de la Segunda Guerra Mundial se creó en 1997, la “*Commission on Protecting and reducing Government Secrecy*”, dado que durante la guerra, se instauró una conducta, por la cual se declaraban todos los documentos secretos, y por ello, se quería cambiar la conducta utilizada durante la guerra. Se pretendía “el acceso a la información, en manos de las agencias federales, a todas las personas, sin exigir una legitimación especial permitiendo el acceso de los ciudadanos a aquella información escrita (record) en manos de las diferentes Agencias y de la Administración al servicio del Presidente (*Executive office of the president*)”¹.

En Estados Unidos, no se establece de forma taxativa la información a la cual los ciudadanos pueden acceder, sino que es el legislador, el que discrecionalmente decide, acerca de qué documentos puede o no acceder los habitantes y residentes del Estado. En Estados Unidos, el encargado de clasificar es el Presidente mediante, Órdenes Presidenciales “*Executive Orders*”, donde se instauran los

¹ SÁNCHEZ FERRO, S., *El secreto de Estado*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006, p. 171.

límites del ejecutivo para clasificar los secretos de Estado. Hay que decir, que tienen la potestad “de clasificar el Presidente, el jefe de la Agencia Central de Inteligencia (CIA), funcionarios designados por el presidente en el “*Federal Register*” y los funcionarios delegados”².

En cuanto a la posibilidad que tienen los órganos jurisdiccionales de solicitar como prueba en juicios, información clasificada; se constituye la figura del “*Executive Privilege*” por el cual, el poder ejecutivo, tiene la potestad de denegar la solicitud de un órgano jurisdiccional a la obtención de información.

El contenido de dicha figura jurídica fue instaurado por la Corte Suprema de Estados Unidos, mediante el caso *United States v. Reynolds*, según el cual, los requisitos para que se constituya la figura del *executive privilege* son: privilegio únicamente reconocido al Gobierno y no a un particular, debe ser planteado de forma clara, razonable y explícita por el Jefe del departamento administrativo, que lleva a cabo el asunto y en último lugar, el Tribunal será el encargado de decidir si se concede o no ese privilegio al ejecutivo. No obstante, a puerta cerrada, se reconoce la potestad a los jueces de poder realizar inspecciones *in camera* para decidir y ponderar, una vez se les haya concedido el acceso a los documentos, si éstos son aportado o no al proceso judicial.

Hay que añadir, que cuando un testigo quiera invocar a lo largo de un procedimiento judicial alguna información clasificada para declarar su inocencia, deberá previamente comunicarlo al juez para que a “puerta cerrada” pueda el juez con el testigo, conocer la información y determinar el juez, si es correcto o no, revelar tal información en un proceso judicial.

Mediante la Ley de Libertad de información, se concede a los ciudadanos el derecho a dirigirse hacia los organismos del Estado, para que éstos les den información. Dicha libertad de información, también incluye el derecho que tienen los ciudadanos de inspeccionar y copiar documentos de diversas Agencias

² SEGRELLES DE ARENAZA, I., *Protección penal del secreto de Estado: (artículo 135 bis a) al 135 bis d) del Código Penal*: EDESA, DL 1994, Madrid, p. 31- 32.

Federales. Limitándose tan solo dicho derecho, cuando el conocimiento público de tal información, supone un gran riesgo o daño para el Estado.

Se establecen cuatro tipos de categorías para clasificar una información: alto secreto (*top secret*), secreto (*secret*), confidencial (*confidential*) y de acceso restringido (*restricted*)³.

En cuanto a la descalificación de los documentos, se ha optado que de forma automática; mediante un sistema de plazos, se descalifique dicha información. Sin embargo, en referencia a los documentos clasificados como alto secreto no se permite la descalificación automática sino que debe ser el órganos que los califico quien proceda a su descalificación.

En cuanto no se pueda descalificar una información, debido a la gravedad de ésta, la autoridad competente deberá conceder un nuevo plazo, para proceder a su descalificación y así progresivamente, hasta que ya no haya impedimentos u obstáculos para su descalificación; hasta un plazo máximo de veinte años, que ya se procederá de forma automática. De todas formas, el órgano clasificatorio puede alegar, que no puede revelar tal información siempre y cuando, suponga un grave peligro para la seguridad nacional, o tal información, ponga en peligro la vida de una persona.

En Estados Unidos toda persona (sea ciudadano o no) puede instar mediante solicitud a las agencias encargadas de velar por el cumplimiento de “*Freedom of information Act*”⁴ que se les proporcione información, acerca de los documentos, informes o archivos que ellos deseen. Obligatoriamente, las agencias deberán responder a dicha solicitud en un plazo máximo de treinta días; en los casos en que debido a la complejidad de la solicitud no se pueda encontrar tal información, se le notificará al afectado y se concederá una prórroga para que las agencias federales tengan más tiempo para investigar sobre el origen de dicho documento.

³ SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.175.

⁴ Además de la Ley de libertad de información, la *Privacy Act de 1974* y la *Government in the Sunshine Act de 1976* velan por el cumplimiento de la libertad de información en los Estados Unidos de América.

Cuando ya se haya recabado la información, se le revelará mediante escrito al interesado su contenido y se le notificará de las retenciones que se han producido debido a las exenciones previstas en la ley de libertad de información.

1.2 Italia

El concepto de secreto de Estado, queda recogido en el artículo 12 de la Ley de secretos de Estado (Ley nº 801 de 24 de mayo de 1977) por la que se consideran como tal, todos aquellos “actos, documentos, noticias, actividades y cualquier otra cosa cuya difusión sea idónea para provocar daño a la integridad del estado democrático, a los acuerdos internacionales, a la defensa de las instituciones constitucionales y a su fundamento, al libre ejercicio de los órganos constitucionales, a la independencia del Estado respecto a otros Estados y a las relaciones con éstos, y a la preparación y defensa militar⁵”.

No se considera como secretos de Estado, aquella información que afecte a los derechos fundamentales de los ciudadanos o residentes italianos (*fatti eversivi dell'ordine costituzionale*). Es decir, no puede ser objeto de secreto de Estado aquellos hechos, acontecimientos o procedimientos ilegales.

El derecho a la información, está regulado en el artículo 21.1 de la Constitución italiana, pero no comprende el hecho de que los poderes públicos estén obligados a conceder a los ciudadanos información, es decir, no se constituye como derecho de acceso a la información de la Administración Pública, sino que el derecho a la información se contempla en la posibilidad de conocer aquella información que ya ha sido difundida y, por tanto, que es noticiable y pública.

En cuanto al posible conflicto que puede surgir entre el poder ejecutivo y el poder judicial, al establecerse el secreto de Estado; se ha regulado, con la finalidad de prevenir todo conflicto que ponga en cuestión la separación de poderes del Estado, la Ley de 24 de octubre de 1977. En dicha ley, se reconoce a los funcionarios del Estado la posibilidad que tienen éstos, de no conceder

⁵ FERNÁNDEZ DELGADO, C., “El secreto de Estado en el Ordenamiento Jurídico constitucional italiano”, *Revista de estudios políticos*, nº99, 1998, p. 124.

información calificada como secreta, cuando dicha información sea solicitada por un órgano jurisdiccional.

En los casos de negativa para entregar documentos a los jueces, éstos pueden dirigirse mediante exposición razonada conforme el artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al Presidente del Consejo de Ministros (responsable de la tutela y gestión de los secretos) para solicitar que verifique sí, efectivamente se trata de documentos secretos. En el caso que así lo sea, el juez deberá declarar la “no procedencia de actuaciones”⁶.

Esta cuestión, ha sido resuelta, en la sentencia de Primera Instancia de Verona de 14 de Abril de 1970 n°8 y sentencia n°86 de 24 de mayo de 1977 de la *Corte Costituzionale*; dichas sentencias, declaran la constitucionalidad del secreto de Estado, frente a la inactividad por parte de los órganos jurisdiccionales, cuando la prueba, es un documento clasificado como secreto. Constituyéndose por ende, el secreto de Estado como “un límite absoluto para la facultad de instruir”⁷.

El Comité Parlamentario (compuesto por cuatro senadores y cuatro diputados, nombrados por los Presidentes de ambas cámaras) es el encargado de controlar la actividad realizada por el Gobierno, en materia de secretos de Estado. En consecuencia el Gobierno, deberá semestralmente conceder al Parlamento un informe, conforme todas las actuaciones que se realice en relación con el secreto de Estado. En el caso en el que el Comité Parlamentario, tenga indicios que dichos documentos pueden contener información sobre hechos ilícitos, podrá solicitar al ejecutivo o al comité interministerial⁸ que amplíe la información acerca del caso en cuestión. El poder ejecutivo está obligado a contestar a tal solicitud, aunque la Ley no fija un plazo de contestación.

⁶ GÓMEZ ORFANEL, G., “Secreto de Estado: algo más de lo mismo”, *Jueces para la Democracia*, n°27 (1996), p. 8.

⁷ REVENGA SÁNCHEZ, M., “El árbol envenenado: ejercicio de la acción penal y secreto de Estado en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de abril de 1998”, *Jueces para la Democracia*, n° 33, 1998, p. 2

⁸ Compuesto por Ministros de Asuntos Exteriores y de Interior, Gracia y Justicia, Defensa, Industria y Finanzas, junto al Jefe de Gobierno.

Aunque el Comité Parlamentario sea el encargado del control de dicha figura jurídica, el primer ministro, es el encargado de establecer mediante reglamentos qué materias o documentos califica como secretos; así como designar a las autoridades que pueden conocer el contenido de dichos documentos.

En cuanto al procedimiento sancionador, Italia regula en el artículo 202 del Código Procesal Penal de 1988 la negativa de declarar los funcionarios, sobre el contenido de materias referentes al secreto de Estado con una pena de dos a ocho años privativa de libertad. En el caso en que un funcionario sea testigo en un proceso y este se niegue a proporcionar información por ser secreta, el juez solicitará al Presidente del Consejo de Ministros⁹ (cuyo acto está obligado a motivar, conforme artículo 40.5 y 41.5 de la ley) que informe en un plazo máximo de treinta días acerca de si tal información es calificada como secreta o no (*atto di conferma*). En caso afirmativo el juez estará obligado a “declarar el carácter improseguible de la acción penal¹⁰”. Y en caso que no hubiera contestación en el plazo de treinta días¹¹, se obligará al testigo a declarar, y el juez, podrá acceder a la información.

No obstante se trasladará, a la Comisión Parlamentaria denominada “de control de los servicios de inteligencia y de seguridad y del secreto de Estado” a cuya Comisión deberá dirigirse el Presidente del Consejo para fundamentar los motivos por los cuales se clasificó dicha información. Si se llega a mayoría absoluta por parte de los ocho miembros de la comisión parlamentaria, se finalizara el control, no obstante; si se considera que no hay razones fundadas para continuar con el secreto de Estado, se trasladará el acuerdo a las dos cámaras del Estado italiano¹².

A pesar de que la legislación concede la posibilidad de que los jueces ordinarios accedan a la información, la jurisprudencia de la *Corte Costituzionale*

⁹ Conforme al artículo 1 de la ley Italiana de 1977 sobre secretos de Estado.

¹⁰ FERNÁNDEZ DELGADO, “El secreto de Estado en el Ordenamiento”, cit., p. 129.

¹¹ Con la antigua Ley n° 801/1977 se establecía un plazo de 60 días, pero, con la nueva Ley 124/2007, se modificó el plazo a 30 días.

¹² REVENGA SÁNCHEZ, M., “El control del secreto de Estado: reflexiones (preliminares) de Derecho Comparado”, *Jueces para la democracia*, n°25, 1996, p. 4

ha determinado que “la disciplina del secreto de Estado atañe al interés supremo de la seguridad del Estado desde el punto de vista de su personalidad internacional y a su integridad territorial, a su independencia y a su propia supervivencia... por ello los jueces ordinarios no pueden ejercer ningún control sobre la existencia o inexistencia del secreto de Estado ni sobre la forma en que se ha ejercido la competencia en materia de secretos de Estado¹³”. Así pues, mediante Sentencia de la *Corte Costituzionale* n° 106/2009, de 8 de abril, se instaura la exclusión del control jurisdiccional de los secretos de Estado.

1.3 Alemania

En Alemania, la solución entre el conflicto que puede surgir entre poder judicial y poder ejecutivo ha sido resuelto por la Sentencia del Tribunal Constitucional Federal, de 17 de julio de 1984, por la que se declara, que si el órgano que solicita tal información implanta todas las medidas preventivas para evitar que se filtre el contenido de los archivos secretos, el Gobierno debe autorizar a dicho órgano, que acceda a tal información. No obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán exige, que el juez realice una ponderación entre la seguridad nacional y la tutela judicial efectiva.

Además de ello, se realiza “un control ordinario a través de la Comisiones Parlamentarias Permanentes que controlan cada ministerio¹⁴” junto con el control que realiza el Comité Parlamentario de Control de los Servicios de Inteligencia. Si un miembro del gobierno se niega a proporcionar información, el comité de control examinará si es justificado esa decisión o no. En el caso que no haya justificación se iniciará la responsabilidad política. Además de dichos comités, anualmente se crea una Comisión, que examina las partidas económicas de los servicios de inteligencia.

En Alemania, no se reconoce un derecho al acceso a la información, sino un derecho de información regulado en el artículo 5.1 de la Ley Fundamental de

¹³ OTERO GONZÁLEZ, M.P., *La revelación del secreto de Estado en los procedimiento penales: violación de secretos por funcionario*, ed. Tirant lo Blanch, 2000, p. 511

¹⁴ WILKINSON MORERA, H., *Secretos de Estado y Estado de derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, 2007 Barcelona, Atelier constitucional, p. 80

Bonn, que incluye conocer información de acceso público (*öffentlich*). El derecho a la información, se vería cumplido por el principio de publicidad por el cual el Gobierno, está obligado a publicar documentos e información de índole estatal.

El artículo 94 del Código Penal Alemán insta que se entienda por información secreta aquella de la que tan solo dispone un grupo reducido de personas. Se calificará como secreta, aquella información que ponga en peligro la seguridad exterior del Estado, es decir, mediante la revelación de una determinada información a un Estado extranjero se produzca, un peligro grave para el Estado. Dicha gravedad será ponderada por el juez ordinario.

Se excluye de la concepción del secreto de Estado “todos los hechos que vulneren los fundamentos del Estado democrático libre o las limitaciones que se hayan acordado con otros estados sobre producción y almacenamiento de armamento. En Alemania, no puede ocultarse una actuación contraria a los principios básicos del ordenamiento jurídico recogidos en la Constitución, aunque hacer pública dicha información pudiera suponer un grave perjuicio para la seguridad del Estado¹⁵”. Se entiende, pues, que todo acto que vulnere algún derecho fundamental no puede ser ocultado mediante el secreto de Estado.

Referente a la protección a los funcionarios alemanes para que no revelen información secreta cuando estos sean declarados como testigos en un proceso se regula en el “*Bundesbeamtengesetz* (funcionarios de la Administración del Estado), *Beamtenrechtsrahmengesetz* (funcionarios de la administración de los Länder) y *Bundesangestelltentarifvertrages*” (funcionarios contratados por servicio público) así como, el deber de sigilo de éstos frente al conocimiento de información en el ejercicio de su oficio. Así pues, los funcionarios deben ser autorizados por parte de su superior jerárquico cuando sean llamados como testigos en un proceso y ello conlleve declarar sobre asuntos cuyo conocimiento es producido por su cargo profesional.

En Alemania es sancionado el acto de comunicar información clasificada como secreto de Estado a otro ente, organismo o poder extranjero, o el acto de un

¹⁵ SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.123.

sujeto de acceder sin potestad para ello a una información y que revele dicha información siendo su contenido un perjuicio grave para el Estado alemán. Teniendo como medida punitiva una condena privativa de libertad de uno a cinco años.

2. El secreto de Estado en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Antes de entrar a analizar las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, debemos contextualizar la normativa internacional referente al derecho a la información y al secreto de Estado. La propia Declaración Universal de Derechos Humanos en el artículo 19 reconoce el Derecho de todos los ciudadanos de investigar y recibir informaciones, limitándose el ejercicio de tales derechos, por el artículo 29.2, que reconoce que, como motivo de “orden público y del bienestar general de una sociedad democrática” se restrinja el ejercicio de los derechos. Así como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que reconoce la “libertad de buscar, recibir y difundir información”, restringiendo tales libertades para “la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral pública¹⁶”.

El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales también reconoce en el artículo 10.1 la libertad de “recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras”, limitando el ejercicio de tales libertades por el mantenimiento y protección de la seguridad nacional¹⁷.

2.1 El *leading case*: el caso *Observer and Guardian v. United Kingdom*

El caso *Observer and Guardian* contra Reino Unido de 26 de noviembre de 1991, fue la primera sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que estableció los requisitos que se deben cumplir para que sea lícito el mantenimiento del secreto de Estado y consecuentemente, no haya injerencia por parte de los

¹⁶ Artículo 19.3 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁷ Artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

Estados, y vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Se reconoce el derecho a la información y se determina que este derecho también incluye hechos que puedan ser ofensivos y que tengan un interés público. No obstante la propia sentencia, también reconoce que hay ciertas limitaciones a dicho derecho. La limitación al derecho a la información, es la clasificación de una información como secreto de Estado por motivos de seguridad nacional, y para que dicha limitación sea lícita, se debe cumplir unos determinados requisitos: sea una injerencia prevista por la ley¹⁸, sea legítima¹⁹, necesaria y suficiente²⁰ y, para su mantenimiento se haya actuado con cuidado y buena fe siendo proporcional al fin legítimo perseguido²¹.

En dicha sentencia el Tribunal Europeo de Derechos Humanos reconoció la violación al derecho a la libertad de expresión por parte de Reino Unido; ya que se considera que la restricción estaba prescrita por ley y que no era necesaria en una sociedad democrática, mantener el secreto de Estado.

2.2 Otros casos

2.2.1 El caso Editorial board of pravoye delo and Shtekel vs. Ucrania

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos trata el secreto de Estado en la sentencia del caso editorial board of pravoye delo and Shtekel vs. Ucrania de 5 de mayo de 2011, determinando el contenido de los requisitos establecidos previamente en la sentencia de Observer and Guardian contra Reino Unido.

El Tribunal considera que toda injerencia por parte del Estado debe estar prevista legalmente y si es necesario²², aplicar la restricción de derechos en una

¹⁸ STEDH el caso Observer and Guardian vs. Reino Unido, 26 de noviembre de 1991, FJ 54

¹⁹ STEDH el caso Observer and Guardian vs. Reino Unido, 26 de noviembre de 1991, FJ 57

²⁰ STEDH el caso Observer and Guardian vs. Reino Unido, 26 de noviembre de 1991, FJ 63

²¹ STEDH el caso Observer and Guardian vs. Reino Unido, 26 de noviembre de 1991, FJ 59

²² El término de “necesario” ha sido interpretado por el caso Steels and Morris v. Reino Unido, (FJ 87), “por el cual se debe derivar una necesidad social imperiosa en que, los Estados contratantes tienen un cierto margen de apreciación para declarar la existencia de dicha apreciación”.

sociedad democrática²³. El Tribunal, justifica la libertad de los periodistas de “difundir declaraciones realizadas por otros²⁴” por tanto, en el caso planteado, se reconoce que dado que la publicación tenía un gran interés para el público²⁵, se considera vulnerado el artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

2.2.2 El caso El-Masri vs. República de Macedonia

Otro caso en el cual entra en conflicto el mantenimiento del secreto de Estado con la libertad de información, es el caso El-Masri vs. República de Macedonia de 13 de diciembre de 2012. El señor Khaled el- Masri denunció al Gobierno de Macedonia por detención secreta por parte de agentes de la CIA, los cuales lo sometieron a torturas durante más de cuatro meses, por su presunta relación con el grupo terrorista Al- Qaeda, a raíz de la denuncia de secuestro se declaró tal información como secreta.

El Tribunal establece que el secreto de Estado “a menudo se esgrima para impedir la búsqueda de la verdad²⁶” por tanto, “se debe preservar la confianza del público en el respeto del principio de legalidad y evitar cualquier apariencia de complicidad o tolerancia en relación con actos ilícitos²⁷”. En consecuencia el Tribunal considera que se ha vulnerado el derecho a la libertad, dignidad humana e integridad por secuestro, tratos inhumanos y degradantes y detención injustificada.

En conclusión, para que no sea legítima la aplicación del Secreto de Estado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, requiere que sea proporcionalmente necesario, que haya un interés general, que se esté actuando de buena fe y que la información sea fiable y precisa²⁸. Debido a que la libertad de expresión no es absoluta, sino que tiene determinadas restricciones, se debe cumplir dichos requisitos, para que se reconozca la libertad de expresión.

²³ STEDH el caso Thoma v. Luxemburgo, FJ 51 y el caso Guja v. Moldavia, FJ 56 y 59

²⁴ STEDH el caso editorial board of pravoye delo and Shtekel v. Ucrania, FJ 61.

²⁵ STEDH el caso editorial board, cit., FJ 65

²⁶ El caso El-Masri, cit., FJ 191

²⁷ El caso El-Masri, cit., FJ 192

²⁸ STEDH el caso Handyside vs. Reino Unido, 07 de diciembre 1976, FJ 49. El caso Bladet Tromso y Stensaas vs. Noruega, FJ 65. El caso Fressoz y Roire vs. Francia, FJ 54.

No obstante, aunque el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, justifica el cumplimiento de la libertad de información, también reconoce el secreto de Estado como un medio para el correcto funcionamiento de las relaciones internacionales y los asuntos diplomáticos²⁹, siendo óptima la confidencialidad de determinadas informaciones.

II. EL SECRETO DE ESTADO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

1. Acceso a la información en la Constitución Española

1.1 El derecho fundamental a la información

El derecho a la información queda regulado en nuestra Constitución Española en el artículo 20.1 d) de la misma. Concretamente, el precepto determina el derecho a “comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Por tanto, el mismo precepto, garantiza por una parte el derecho a informar y además el derecho a recibir información, constituyéndose ambos como derechos fundamentales.

En primer lugar, referente al derecho a informar; se debe tratar de una información que contenga hechos de relevancia pública, es decir, que sean hechos noticiables y que sea una información veraz³⁰ para que el sujeto pueda ampararse en el derecho a la información. En todo caso, se “exige un deber de diligencia sobre el informador, a quien se le puede y debe exigir que lo que trasmita como hechos haya sido objeto de previo contraste con datos objetivos³¹”.

²⁹ STEDH el caso Stoll vs. Suecia, FJ 126

³⁰ Las sentencias del Tribunal Constitucional consideran que se debe exigir que el sujeto haya comprobado diligentemente los hechos y no que la información sea verdadera (STC 150/1990, FJ 5 (Caso José María García)). Además de la STS 6/1988, por la cual tan solo se exige que el informante haya obrado con buena fe, atenuándose por tanto el requisito de la veracidad de la información.

³¹ VILLAVERDE MENENDEZ, I., “La libertad de expresión” en CASAS BAAMONDE, M.A y PIÑERO BRAVO, M. (Dir.) *Comentarios a la Constitución Española*, p. 487.

Los titulares de dicho derecho son todos los ciudadanos y no únicamente los periodistas profesionales³². En el caso que sea un profesional quien trasmita, difunda o confiera una información mediante los medios de comunicación, tiene éste una protección más elevada que el resto de ciudadanos, frente a la colisión que pueda surgir con otros derechos. Pero, no hay que dejar de lado, que igualmente aunque los profesionales de los medios de comunicación tengan mayor protección, también tienen protección frente al derecho a la información los ciudadanos.

En cuanto a la determinación de este derecho fundamental, el Tribunal Constitucional ha establecido que “es un derecho individual de libertad y no de prestación”³³.

En segundo lugar, referente al derecho a recibir información; este derecho fundamental no es lo mismo que el derecho de acceso a la información regulado en el artículo 105 de la constitución española. Así pues, no es lo mismo el término recibir que acceder, dado que son dos derechos distintos que gozan ambos de distinta protección. El sujeto pasivo en este derecho es el receptor de la información, cuya información será proporcionada por los medios de comunicación.

Es decir, “la libertad de información entraña una doble faceta: la libertad de información activa, es decir el derecho a comunicar libremente información veraz por cualquier medio de difusión, y la libertad de información pasiva o derecho a recibir aquélla³⁴”.

El artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el Derecho de todos los ciudadanos a recibir y comunicar información, sin la injerencia de los Estados. No obstante según las interpretaciones de dicho artículo realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, (como ya hemos

³² SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.58.

³³ VILLAVEVERDE MENENDEZ, I., “La libertad”, cit., p. 487.

³⁴ CENDEJAS JÁUREGUI, M., “El derecho a la información. Delimitación conceptual”, *Biblioteca Jurídica Virtual* nº 15 en: www.juridicas.unam.mx/publica/rev/decoin/cont/15/art/art1.htm

analizado anteriormente) es factible, y válida la limitación del derecho a la información, siempre y cuando sea proporcionalmente necesario y se realice por motivo de seguridad nacional.

1.2 Alcance del artículo 105 b) en la Constitución Española.

En el artículo 105 apartado b) de la Constitución Española se establece: “que la ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”³⁵. Dicho artículo garantiza el acceso por parte de los ciudadanos, sean afectados o no, a determinados documentos que tengan interés.

La actual Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, es de gran importancia y determinante en el ámbito del derecho a la información y el derecho de acceso a la información. La ley establece que se deberá conceder información de forma periódica, actualizada, clara y de acceso fácil y gratuito a todos los interesados mediante las publicaciones realizadas en las sedes electrónicas (portal de la transparencia) o páginas web³⁶.

No obstante, se impone una cierta limitación, instaurando que los ciudadanos; tan solo podrán acceder a los archivos y registros administrativos que no afecten a la seguridad y defensa del Estado; excluyendo además todos aquellos documentos que tengan una forma no documental o aquellos que no estén registrados así como los no calificados como documentos administrativos³⁷.

En consecuencia el derecho de acceso a la información no es ilimitado, dado que el contenido de dicho derecho, no admite “la accesibilidad general de toda la información estatal. Es decir; “en nuestro Derecho no existe una presunción de accesibilidad general de toda la información perteneciente o relativo al Gobierno

³⁵ Constitución Española:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/constitucion.t4.html#a105 [visitado 12.11.2014]

³⁶ COTINO HUESO, L., “La nueva ley de transparencia y acceso a la información en España”, *Anuario de la Facultad de la Universidad de Alcalá*, nº 7, cit., p.9

³⁷ SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.50.

o a la Administración. La información relativa a la intimidad de las personas, la seguridad y defensa del Estado y la averiguación de los delitos no es accesible, como tampoco lo es la relativa a los datos de carácter personal³⁸.

Hay que añadir que el artículo 16 de la Ley 19/2013 prevé que si se estima que concurre un límite al acceso a la información sobre una parte de la información, se deberá conceder “el acceso parcial a la que no deba restringirse”³⁹.

Así pues, “los ciudadanos tienen derecho a conocer la documentación recogida en los archivos y registros administrativos; pero no lo tienen a obtener explicaciones del Gobierno y la Administración sobre cualquier asunto de interés general”⁴⁰.

1.3 El principio de publicidad

Es con el Estado Social y Democrático de Derecho cuando se establece el principio de publicidad. En el Antiguo Régimen se seguía los principios de los *Arcana imperii*⁴¹ (latinismo que designa los secretos de Estado), basado en un modelo de Estado autoritario y dictatorial, en el cual, los monarcas no concedían a sus ciudadanos información alguna, manteniéndose el secreto y la inaccesibilidad de información como símbolo de poder.

En España fue con la Ley de Procedimiento Administrativo, de 17 de julio de 1957, cuando se erradica el secreto administrativo y se empieza a reconocer el principio de publicidad de las actuaciones administrativa instaurada en el artículo 29.3 de la ley anteriormente citada como un principio general del derecho constituyéndose pues, como fuente de Derecho. Todo ello con el objetivo, de que todas las actuaciones, cumplieran la legalidad, como medida del establecimiento

³⁸ SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.85.

³⁹ COTINO HUESO, L., “La nueva ley de transparencia”, cit., p. 13

⁴⁰ ROLLNERT LIERN, G., “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la ley de transparencia”, *UNED teoría y realidad Constitucional*, núm. 34, 2014, p. 355

⁴¹ ECHEVERRI URUBURU, A., “Wikileaks y los Arcana Imperii” en CORREDOIRA, L., y COTINO HUESO, A.L (Dir) *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, p. 330.

de un sistema democrático y por tanto, se erradicase con el secretismo latente en el Antiguo Régimen⁴².

Tal y como así se establece en la exposición de motivos de la Ley 9/1968 sobre secretos oficiales: “es principio general, aun cuando no esté expresamente declarado en nuestras Leyes Fundamentales, la publicidad de la actividad de los órganos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos”.

No obstante, hay ciertas limitaciones al principio de publicidad cuando una determinada información provoque un daño o un riesgo para la seguridad y defensa del Estado⁴³, y es ahí, cuando entra en juego la calificación de una determinada información como materia clasificada o más comúnmente conocido como secreto de Estado o secreto oficial. Por tanto “se puede imponer el secreto, sobre hechos de interés público cuando con ello, se salvaguarde la seguridad nacional, siempre que no existan vías alternativas menos gravosas para alcanzar dicho fin⁴⁴”.

2. La Ley de secretos oficiales en España

2.1 Concepto y clasificación

La delimitación del secreto de Estado no es una concepción actual, sino que parte como antecedentes del Código Penal Napoleónico de 1810 y del Código Penal Español de 1822; de todas formas la reserva y ocultación de información por parte del Estado se producía ya en la antigua Roma y Grecia. Aunque en la actualidad, el secreto de Estado ha sido noticiable con la vigencia de la Ley de la transparencia y con las publicaciones realizadas por wikileaks.

⁴² ABA CATOIRA, A., “El secreto de Estado y los servicios de inteligencia”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº38-39, 2002, p. 137

⁴³ Artículo 37 apartado 5 y 6 de la Ley 30/1992 por la se prevé el “derecho de acceso a archivos y registros” y seguidamente se exceptúa dicho acceso cuando sea una materia clasificada.

⁴⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F., *Manual de derecho constitucional*, vol.2, 9ª edición, Editorial Tecnos, Madrid 2014 p.209

El concepto de secreto, ha sido discutido en innumerables ocasiones por parte de la doctrina, pero se entiende por éste, como “la ocultación o reserva de hechos que beneficia a un sujeto o conjunto de sujetos y que tan solo es conocido por un número limitado de personas”⁴⁵. Si hacemos referencia a la definición instaurada por la Real Academia Española, se considera que es secreto de Estado un “grave asunto político o diplomático no divulgado todavía”.

Los secretos de Estado se pueden clasificar en cuanto a su objeto en militares, políticos, económicos e industriales⁴⁶, teniendo como límite a su clasificación la interdicción de la arbitrariedad. Aunque no existe una clasificación de los secretos de forma exhaustiva; debido a que no está regulado en nuestra normativa, debemos acudir a la doctrina, así pues, algunos autores consideran que la clasificación anteriormente instaurada es válida, y otros consideran que deberían clasificarse como: secretos militares, diplomáticos y oficiales incluyendo éstos últimos los secretos estadísticos, el secreto judicial y el secreto industrial⁴⁷. Se entiende como titular; el Estado, no pudiendo ser titulares (aunque sí que podrán ser conocedores de dicha información) las personas físicas o jurídicas.

El secreto de Estado se constituye como una excepción al principio de publicidad regulado en nuestro ordenamiento jurídico constituyéndose dicho principio como la norma general, y el secreto de Estado como la excepción⁴⁸. El secreto de Estado, está reconocido en nuestra Constitución Española mediante el artículo 105.b), (acceso de los ciudadanos a los archivos salvo que afecte a la seguridad y defensa del Estado) 97 (defensa del Estado como función del gobierno) y 20 (límite a la libertad de información).

El elemento objetivo del secreto de Estado es la seguridad y defensa nacional. La Constitución Española utiliza como sinónimo a esta locución, durante todo su articulado al término defensa del Estado. Aunque se puede determinar que la defensa nacional es el instrumento previo para garantizar la seguridad nacional.

⁴⁵ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 3

⁴⁶ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 26-28

⁴⁷ COUSIDO GONZALEZ, “Secretos Oficiales”, cit., p. 17-23.

⁴⁸ REVENGA SÁNCHEZ, “El control del secreto”, cit., p. 2

La Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, fue parcialmente modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre. Referente a la terminología empleada algunos autores utilizan indistintamente el término secreto de Estado y secreto oficial, como los secretos cuyo objetivo fundamental es defender la seguridad y defensa del Estado. No obstante, otra parte de la doctrina utiliza únicamente el término secreto oficial, dado que la propia Ley 9/1968 así se llama⁴⁹.

La propia ley reconoce la publicidad, como un principio del ordenamiento jurídico, “entendida como transparencia de la acción del gobierno⁵⁰”. En consecuencia, los secretos oficiales se constituyen como una excepción o derogación al principio de publicidad, tal y como queda expuesto en el artículo primero de la ley de secretos oficiales. En dicho artículo se instaure una exclusión al principio de publicidad: “en 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”, además en el siguiente apartado se instaure que: “tendrán carácter secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por Ley”.⁵¹

2.2 Requisitos de la clasificación

En primer lugar, el Decreto 242/1969 establece como requisito; que los documentos clasificados por el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes del Estado Mayor deberá constar en todo caso, la autoridad la cual ha clasificado tales documentos, así como la declaración constitutiva, ámbito al cual pertenece dicha información, lugar donde se realiza el acto, fecha, firma, junto con la constitución y adhesión de una diligencia. En todo caso, se deberá justificar el motivo por el cual se ha calificado dicho archivo o documento como secreto. La Ley de secretos

⁴⁹ ABA CATOIRA, “El secreto de Estado y los servicios”, cit., p.157: entiende que “por secretos oficiales entendemos el secreto en sentido amplio como no publicidad de los asuntos públicos, que pueden pertenecer al ámbito legislativo, ejecutivo o judicial; mientras que por secretos de Estado entendemos secretos en materia de seguridad y defensa nacional, que es el bien jurídico protegido por la Ley de secretos oficiales”.

⁵⁰ ABA CATOIRA, “El secreto de Estado y los servicios” cit., p. 135

⁵¹ Artículo 1.1 y 1.2 de la Ley de secretos oficiales, en:

http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/19-1968.html [visitado: 21/01/2015]

oficiales, junto con su correspondiente reglamento establece de forma generalizada la clasificación de documentos cuando estos afecten a la seguridad y defensa nacional.

En el caso en que los documentos calificados como “secreto” tengan como remitente un organismo internacional, se aumentará las medidas de protección y seguridad para que en ningún caso, se pueda conocer el contenido de dichos documentos. Además, toda información calificada como secreta, que se traspase o que se reciba de cualquier país extranjero,⁵² se deberá especificar en la notificación escrita de la calificación lo siguiente: “Este material contiene información relativa a secretos oficiales, según lo dispuesto en la Ley 9/1968 de cinco de abril”⁵³.

Tal y como acuerda el artículo 13 del Decreto 242/1969 “los documentos, información y material clasificado de «secreto», estará guardado en una caja fuerte o armario-archivador a prueba de incendios y dotados de cerraduras de combinación de disco, cuyas dimensiones, peso, construcción e instalación hagan mínimas las posibilidades de robo, violación e indiscreciones”. En cuanto al material clasificado como “reservado” se deberá almacenar en archivadores con cerradura, cuya combinación numérica se modificará periódicamente. Se instaure como responsable de la custodia, el Servicio de Protección de Materias Clasificadas.

En todos los casos, se prohíbe la transmisión de la información mediante teléfono, aunque se admite transmitir dicha información mediante correo certificado, “por medio de contacto directo de los funcionarios a quienes tal función corresponda, o por personal específicamente designado y por valija diplomática” tal y como establece el artículo 20 del Decreto 242/1969. Para evitar el extravío de dichos archivos, se controlará de forma exhaustiva, mediante la limitación de documentos a transmitir, así como la realización de un inventario del material clasificado.

⁵² Es decir, la calificación de tal información es realizada por un organismo internacional y no por la Junta de Gobierno o la Junta de Jefes del Estado Mayor.

⁵³ Artículo 11.d) del Decreto 242/1969 que desarrolla la Ley de Secretos Oficiales.

También queda regulado la forma por la cual se deberá destruir dicho contenido, cuya forma será por “medio del fuego, procedimientos químicos o, cuando tales medios no existan, por medio de artefactos que los reduzcan a pulpa o fragmentos tan minúsculos que imposibiliten su reconstrucción”⁵⁴.

2.3 ¿Qué tipo de materias se pueden clasificar?

En el artículo 2 de la Ley 9/1968 se prevé que se podrá declarar como 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”⁵⁵. Se instaura pues como límite material la seguridad y defensa del Estado⁵⁶, medida encomendada al Gobierno en el artículo 94 de la Constitución Española. En cuanto a la valoración del daño o riesgo, se debe realizar conforme a las reglas de la experiencia.

En definitiva, los requisitos esenciales para que podamos hablar de secreto de Estado es: que haya una ocultación de información, que haya una voluntad real de ocultar, que haya un cierto interés de que dicha información sea ocultada debido a que su revelación produciría ciertos perjuicios que supondrían un riesgo o peligro (probabilidad de daño) para la seguridad nacional y/o defensa nacional.

El Decreto 242/1969 hace una diferenciación entre calificar⁵⁷ un documento, información, acto o cualquier informe de naturaleza análoga, de secreto o de reservado. Será clasificado un documento de secreto, cuando dicha información suponga un mayor perjuicio a la seguridad y defensa del Estado, y por ende, deberá aplicarse un mayor grado de protección. Por otra parte, referente a la clasificación de reservado, el contenido de la información no afectará de forma

⁵⁴ Artículo 29 del Decreto 242/1969 que desarrolla la Ley de secretos oficiales.

⁵⁵ Este modelo de clasificación tiene como precedente e inspiración el modelo instaurado en Estados Unidos.

⁵⁶ En los casos en que haya un riesgo para la Seguridad y Defensa del Estado, se prioriza la excepción del secreto de Estado a los derechos individuales constitucionalmente reconocidos.

⁵⁷ Hay que discernir entre el término calificar y clasificar. Primero se clasifica (se analiza si produce riesgo para la seguridad y defensa del Estado y si debe ser secreto o reservado) y posteriormente se califica (declaración por la cual se decide ocultar su conocimiento a terceros). Aunque dichos actos se hacen de forma sincrónica y de todas formas, el Decreto 242/1969 utiliza estos vocablos como sinónimos.

tan grave a la seguridad y defensa del Estado y consecuentemente se atenuará las medidas de protección al respecto.

A parte de dicha clasificación, las “normas para la protección de la documentación y material clasificado⁵⁸” también permiten la clasificación de un documento, acto o información como “reserva interna” que esté a la vez se subdivide en: confidencial o de difusión limitada, definiéndose éstos como los asuntos “cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda afectar a la seguridad de las fuerzas armadas o dificultar el cumplimiento de la misión⁵⁹”.

2.4 ¿Qué órganos son los encargados para calificar?

Dicha calificación tan solo la puede decretar el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor tal y como se reconoce en el artículo cuatro de la mencionada Ley. Siendo dichos sujetos también, los que tienen la potestad para cancelar las calificaciones previstas (descalificar), autorizar el acceso a dicha información a otros sujetos, así como autorizar el desplazamiento de los documentos que estén calificados como materias clasificadas. Concretamente el legislador puede clasificar por Ley un documento, mientras que el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes del Estado Mayor, solo están habilitados para declarar un asunto, información, archivo o documento como materia clasificada⁶⁰.

2.5 Personal con acceso a los documentos

La Ley de secretos oficiales insta que solo podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los sujetos que tengan potestad para el conocimiento de dichas materias⁶¹ y que se deberá en todo momento seguir las formalidades requeridas para tal efecto así como las medidas y sistemas de seguridad oportunos para que no se filtre dicha información. En consecuencia, se limitará el acceso o la circulación de personas que no estén autorizadas para conocer el contenido de

⁵⁸ Normas de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada, en: http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/Normas_de_la_Autoridad_Nacional_para_la_Proteccion_de_la_Informacion_Clasificada.pdf [visto: 14/12/2014]

⁵⁹ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 43

⁶⁰ SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.285

⁶¹ Consejo de Ministros, Diputados, Presidente del Gobierno, Senadores y Junta de Jefes de Estado Mayor.

dichas materias clasificadas. Y en los casos en que el contenido de dichas materias puedan ser conocidas por los medios de comunicación, se les comunicará a tales medios, que dicha información se ha calificado como información secreta o reservada.

En la Ley 48/1978 se establece en su artículo 10.2 que “la declaración de materias clasificadas no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen sus respectivos Reglamentos y en su caso en sesiones plenarias. Sin embargo el artículo 7 del Reglamento del Congreso establece que por razones fundadas en Derecho⁶² permiten a la administración requerida no facilitar la información o documentación solicitada, facultad denegatoria que se reitera en el artículo 44. Así mismo, los artículos 66 y 67 del Reglamento del Senado establecen una competencia semejante”⁶³.

2.6 La descalificación de los documentos calificados como secreto

En un Estado de Derecho como España no se ha regulado aún ningún mecanismo o procedimiento que establezca cuales son las medidas o procesos que se deben utilizar para descalificar una información. La única mención en nuestro Ordenamiento Jurídico que se hace a la descalificación de los documentos es en el artículo 3.3 del Decreto 242/1969, de 20 de febrero por el cual se determina que: “la autoridad encargada de la calificación indicará el plazo⁶⁴ 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 limite de dicho plazo⁶⁵”.

⁶² Se entiende por razones fundadas en Derecho aquellas cuestiones políticas que mediante cobertura legal se limite la competencia de información.

⁶³ MOVILLA ALVAREZ, C., “El secreto de Estado entre el control y el privilegio”, *Jueces para la democracia*, nº25, 1996, p. 15.

⁶⁴ El Proyecto de Ley Orgánica de secretos de Estado de 1997 instaure como plazo de desclasificación automática 25 años para materias calificadas como alto secreto y 10 años para las calificadas como reservadas, siempre y cuando no se haya fijado un plazo y además, pudiéndose prorrogar dichos plazos por el Consejo de Ministros.

⁶⁵ Decreto 242/1969, de 20 de Febrero, en:

http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/Decreto_242/1969_que_desarrolla_la_Ley_de_Secretos_Oficiales.pdf [visto: 17/11/2014]

3. El control judicial de los secretos oficiales

3.1 Ponderación de derechos

En un Estado Social y Democrático de Derecho como España, en el cual, se realice una limitación de derechos, por mantener la seguridad y defensa del Estado; puede ocasionar dicha situación, un conflicto con otros derechos fundamentales, cuyo conflicto se deberá solucionar con una ponderación de derechos. La gran problemática del establecimiento de la excepción del secreto de Estado es, que con esta figura jurídica, se pueda encubrir u ocultar acciones realizadas por órganos de la administración, que no tengan justificación alguna, queriendo creer que lo “sombrio y oscuro parezca honesto y claro”⁶⁶.

En 1997 el Tribunal Supremo⁶⁷ tuvo que resolver si la Ley de secretos oficiales era inconstitucional. El caso trataba del enjuiciamiento de personas vinculadas con el grupo terrorista “ETA”, en el que el juez solicitó al CESID que le informase sobre la participación de dichos sujetos con el grupo terrorista. La Agencia de Inteligencia Española denegó la solicitud de aportar documentos, dado que se trataba de información clasificada. Así pues después de, previamente, haber sido el caso fallado por el Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales,⁶⁸ el cual determinó que el Gobierno era el órgano competente para descalificar los archivos y que si no se habían descalificado, ningún sujeto podría tener acceso a tales (aunque se tratase de un órgano jurisdiccional); se elevó la cuestión incidental al Tribunal Supremo para que ponderase entre el derecho a la tutela judicial efectiva⁶⁹ y la seguridad nacional referente al secreto de Estado.

⁶⁶ COUSIDO GONZALEZ, M.P., “Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014, p. 11

⁶⁷ STS 4 de Abril de 1997. Sala de lo contencioso (Roj: STS 2359/1997)

⁶⁸ Tras la intervención del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales, se vulneraron los límites de actuación, que impone la propia Ley; ya que en estos asuntos, los encargados de solucionar los conflictos que puedan surgir entre el Poder Judicial y la Administración, es la Sala Especial del Tribunal Supremo. Por tanto el Tribunal de Conflictos se ha excedido de su función dado su inadecuación al caso.

⁶⁹ Los familiares de las víctimas entendían que el hecho de que los jueces no pudieran acceder a documentos que revelasen información acerca del grupo terrorista producía indefensión, ya que se

Dicho Tribunal, declaró la constitucionalidad de la Ley de secretos oficiales ya que preservan la seguridad del Estado; pero declaró que no se debía utilizar de forma reiterada y excesiva por parte del Gobierno, la determinación de documentos que vulnerasen la seguridad del Estado, en casos en los que la seguridad no pueda ser tan gravemente afectada como medida para ocultar información.

Finalmente, el Tribunal Supremo permite la descalificación de los documentos solicitados por los magistrados, ya que considera que si no se aportasen dichos documentos se estaría vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva⁷⁰ dado que “el juez puede verse desapoderado de los instrumentos probatorios que considere pertinentes por una decisión del ejecutivo, en contra del derecho de los recurrentes al juez ordinario predeterminado por la ley, y a un proceso con todas las garantías. De lo que se trata en definitiva en este caso es de garantizar que el juez actúe con absoluta independencia y no se vea desapoderado de ningún medio de investigación que considere procedente cuando se trata de enjuiciar conductas criminales tan graves”⁷¹.

Dicha sentencia es un ejemplo del conflicto de poderes que ocasiona la figura jurídica del secreto de Estado, dado que el ejecutivo se ha querido posicionar como el único ente encargado de interpretar qué vulnera la seguridad y defensa del Estado. Acarreando ello problemas con el poder judicial, dado que a los órganos jurisdiccionales se les limita a priori, mediante el secreto de Estado, la potestad de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico.

En consecuencia, “no se trata pues de negar que el Gobierno deba seguir siendo el depositario de los secretos de Estado, sino de afirmar que en materia tan trascendente; su actuación, debe estar sometida a controles de los otros poderes

negaba la posibilidad de obtener pruebas para condenar a los miembros de la organización terrorista y ese desamparo y desprotección vulneraba el artículo 24 de la Constitución Española.

⁷⁰ No toda denegación de prueba produce una violación a un derecho fundamental ya que para que realmente haya una vulneración debe ser de gran relevancia para el caso la prueba que se pretenda aportar debiéndose producir una indefensión material, real y efectiva.

⁷¹ LOZANO CUTANDA, B., “En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los Secretos de Estado”, *Jueces para la democracia*, nº 29 (1997), p. 9.

del Estado o de un órgano que garantice el respeto al principio de división de poderes, como pueden ser los Tribunales Constitucionales”⁷².

De todas formas la propia Constitución reconoce mediante el artículo 117 (exclusividad del poder judicial) y 106 (control judicial de la administración) la defensa de la legalidad de todas las actuaciones; tanto públicas, como privadas. Además, no hay ningún artículo en la Constitución ni en la Ley de secretos oficiales o en los fondos reservados⁷³ que limiten la potestad jurisdiccional de acceso a documentos.

Actualmente, para que el juez pueda controlar los acuerdos de clasificación debe seguir unos determinados parámetros denominado juicio de proporcionalidad. En primer lugar; que dicha información realmente ponga en peligro la defensa y seguridad nacional, en segundo lugar; se debe realizar “un juicio de probabilidad acerca de si el conocimiento público de dicha información puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado y, en tercero lugar; podrá realizar un juicio de ponderación entre los bienes jurídicos en conflicto⁷⁴”. Por último, añadir que en nuestro ordenamiento jurídico no hay ninguna referencia sobre límites, dependiendo de qué miembro del órgano judicial sea referente a la potestad de control, pudiendo realizar dicho control desde un juez de instrucción hasta un juez del Tribunal Supremo⁷⁵.

En España, cuando se producen conflictos entre los órganos judiciales y la administración, el encargado de resolver dicho conflicto, es una sala especial del Tribunal Supremo y en caso de que se produzca un “empate” entre los miembros que componen la sala, será el presidente del Tribunal Supremo español quien decidirá acerca del asunto. No pudiendo resolver el Tribunal de Conflictos concediendo a la sala especial del Tribunal Supremo potestad para así evitar “pronunciamientos contradictorios sobre la misma materia y reforzando la

⁷² GÓMEZ ORFANEL, “Secreto de Estado”, cit., p. 8.

⁷³ Partida en la que la Ley de Presupuestos Generales del Estado, designa al Centro Nacional de Inteligencia, la Secretaría de Estado de Defensa, Ministerios de Interior y Asuntos Exteriores.

⁷⁴ MELERO ALONSO, E., “El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento”, *Opinión Jurídica: publicación de la facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, Vol. 7 nº 14, 2008, p. 21

⁷⁵ DIEZ PICAZO GIMENEZ, L.M., *Sobre secretos oficiales*, cuadernos civitas 1998 Madrid, p.42.

prevalencia constitucional otorgada al poder judicial en cuanto responsable y único titular del ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos⁷⁶.

3.2 ¿Acto político o acto discrecional?

Se entiende a priori, que una información debe ser considerada como secreto de Estado, porque su contenido deriva de un acto político, así pues al ser un acto político debe clausularse dicha información y limitar su conocimiento a la población.

Referente a la cuestión o discusión sobre si los secretos de Estado son actos políticos o actos discrecionales, parte de la doctrina entiende que actualmente los secretos de Estado no pueden considerarse como acto político, sino como actos discrecionales para poder proceder a su control; en cambio, otra parte de la doctrina entiende que se debe seguir con la catalogación de acto político diferenciado al acto discrecional⁷⁷.

En muchas ocasiones, se ha amparado a actos políticos un caso, para que los Tribunales no puedan entrar en el fondo de la cuestión y en consecuencia verse éstos limitados a enjuiciar tales casos⁷⁸. Se entiende por acto político todos los asuntos relacionados con la defensa y seguridad territorial del Estado, relaciones internacionales y a la organización militar del Estado. No obstante para que sea considerado como acto político, debe cumplirse el requisito objetivo (atente contra la seguridad y defensa nacional) y subjetivo (sea calificado por el Gobierno y no por los órganos de la administración⁷⁹).

En los casos en que se califique una información como secreto de Estado, por ser un acto político, y que como causa de dicha clasificación se esté vulnerando a un ciudadano un derecho fundamental, deberán conocer la causa los Tribunales de

⁷⁶ LOZANO CUTANDA, B., *La descalificación de los secretos de estado*, Cuadernos Civitas, Madrid 1998, p. 88

⁷⁷ WILKINSON MORERA, *Secretos de Estado y Estado de derecho*, cit., p. 200-207

⁷⁸ STS de 29 de enero de 1982, sala 3ª, RJ 1982/235 y STS de 24 de Setiembre de 1984, RJ 1984/4574.

⁷⁹ SIEIRA MÍGUEZ, J.J., *El secret d'estat com a acte polític: el seu control*, IV Seminari sobre Autonomia i Justícia a Catalunya, Barcelona 1998, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, p. 80

la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Los jueces de forma superficial analizaran el caso para dictaminar si se trata de un acto político o no, en el caso que afecte la seguridad y defensa del Estado se declarará como acto político la información y el juez deberá de abstenerse.

En los supuestos en que el caso se plante ante el Tribunal Supremo y dicha actuación sea contraria al ordenamiento jurídico, el Tribunal podrá declarar acto nulo por ser contrario al ordenamiento jurídico y por ende, el acto de clasificación se derivara nulo. Ya que “la documentación requerida debe ser controlable por los tribunales sin que el ejecutivo pueda argumentar que por tratarse de un acto político se oponga a su control⁸⁰”. En el caso que afecte a un derecho fundamental, el juez deberá ponderar, y si efectivamente se vulnera a los ciudadanos un Derecho Fundamental, será el órgano que clasifico el acto el encargado de descalificarlo.

La problemática de dicho asunto es que en la mayoría de los casos el ejecutivo declara de forma discrecional (sin seguir ningún modelo ni criterio) un asunto como acto político sin establecerse en nuestra normativa de forma clara lo que se entiende realmente por acto político, en consecuencia, todo lo que pueda afectar a la seguridad y defensa del Estado sirve para clausurar una determinada información al conocimiento de los ciudadanos, declarándose dicha situación “como una potestad discrecional que contiene determinados elementos reglados. Estos elementos reglados serian tres, la competencia (consejo de ministros), la forma expresa del acto y la motivación del acuerdo, cumpliendo así con las exigencias del artículo 54 de la ley 30/1992, de 26 de noviembre, sobre régimen de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común”⁸¹.

Actualmente, no se aplica de forma tan exhaustiva la limitación al Derecho a la información por tratarse este de un acto político⁸², dado que a raíz de la Ley

⁸⁰ ABA CATOIRA, “El secreto de Estado y los servicios”, cit., p. 162.

⁸¹ SÁNCHEZ FERRO, *El secreto*, cit., p.370

⁸² Es decir, antiguamente se utilizaba la catalogación de acto político para negar su control judicial. Pero a raíz de la discusión doctrinal sobre el control judicial (cuyo efecto procedía de calificar como acto político o discrecional) se concibió a que en algunos casos fuesen controlados no negándose pues su control judicial de forma tan persistente como antiguamente.

reguladora de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 1998 se entiende que no se debería mantener como una categoría aparte por ser actos políticos. El acto político, tiene una estrecha relación con el control judicial, dado que al tratarse de acto político es más difícil el acceso y en consecuencia, su control. Así pues, su control depende de si la información se considera como acto político o como actos administrativos discrecionales. Los actos políticos emanan del Consejo de Ministros y su control corresponde a las Cortes, junto con los Tribunales Contencioso Administrativa sin poder éstos últimos “entrar a valorar el núcleo político de la decisión gubernamental”⁸³. Si por el contrario, se considera la información como una actuación administrativa discrecional es posible su control de forma amplia.

4. La protección penal del secreto de Estado

Desde los primeros Códigos Penales e incluso, desde la Época Antigua y la Edad Media⁸⁴ se ha castigado el delito de traición o espionaje cobrando sentido en épocas posteriores la figura del secreto de Estado, como medida de protección a la seguridad y defensa del Estado. Todo ello se ha regulado para evitar que todo aquél que por su cargo profesional conozca el contenido de un asunto clasificado (con el objetivo de no revelar tal información a terceros) no lo revele, previéndose en nuestro ordenamiento jurídico diversas medidas para impedir tal revelación, tanto medidas punitivas como protectoras.

4.1 Medidas protectoras

El artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el artículo 371 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconocen la posibilidad de no declarar como testigos los funcionarios públicos.

Además de la Ley de secretos oficiales que condena la revelación, publicación, comunicación de información que esté calificada como materia clasificada, junto con el Reglamento de la Ley de secretos oficiales, instaurando este, que en el caso en que un sujeto debido a su cargo profesional tenga

⁸³ MELERO ALONSO, “el control judicial”, cit., p. 18

⁸⁴ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 134.

conocimiento del extravió de un documento o del conocimiento del contenido del documento de una persona si acceso a éste; deberá comunicarlo a su superior jerárquico siendo obligación también de dicho superior, la comunicación de dicha situación al Jefe del Servicio de Protección de Materias Clasificadas del Ministerio.

Además en el ámbito internacional, como ya hemos mencionado anteriormente, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, reconocen que se limite o excepcione el derecho a la información por motivos de Seguridad Nacional. A parte de dichos textos internacionales, el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea, reconoce que “ningún Estado miembro estará obligado a dar información cuya difusión sea considerada contraria por él a los intereses esenciales de su propia seguridad⁸⁵”.

4.2 Medidas punitivas

4.2.1 Delito de traición y Delito de descubrimiento y revelación de secretos e información relativos a la defensa nacional en el Código Penal.

Referente al Capítulo III del Título XXIII del Código Penal, en su artículo 598 se castiga la acción de revelar, falsear o inutilizar pero no se castiga por el ánimo de beneficiar a un tercero, por tanto en los casos que no haya dicha voluntad, quedaría el sujeto impune, a diferencia de lo que sí se produce en el Código Penal Militar.

En el Código Penal Común se prevé un aumento de la pena en su mitad superior si el sujeto activo conociera tal información por razón de su cargo profesional, o si se pretendiera difundir la información calificada como secreta, por algún medio de comunicación. También es castigado aunque con una pena de 6 meses a 3 años quien reprodujera planos o información de carácter militar sin

⁸⁵ Artículo 223.1 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea.

autorización expresa para ello requiriendo que cuya forma de autorización, sea por escrito y no incluyendo la verbal; “es decir, obtener copias o duplicados de algo original, con el presumible fin de revelar esta información⁸⁶”, así como quien posea información calificada sin cumplir con la normativa vigente⁸⁷.

Será condenado con una pena de seis meses a un año quien “por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada información legalmente calificada⁸⁸”. Para que concurra dicho tipo penal se requiere: que haya una información clasificada legalmente, que el sujeto activo descubra dicha información calificada como secreta, y que haya un peligro *ex ante* para la seguridad y defensa del Estado⁸⁹.

En el artículo 602 del Código Penal se castiga a quien “descubriere, violare, revelare, sustrajere o utilizare⁹⁰” información calificada como secreta relativa a la energía nuclear. Y por último se condena a quien “destruyere, inutilizare, falseare o abriere sin autorización correspondencia calificada y que tenga en su poder por razones de su cargo o destino”⁹¹.

Referente al Título XXIII Capítulo I del Código Penal, en su artículo 5814 se condena con una pena privativa de libertad de seis a doce años al “español que, con el propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organización internacional, se procure, falsee, inutilice o revele información clasificada como reservada o secreta, susceptible de perjudicar la seguridad nacional o la defensa nacional”⁹²

Tanto en el Código Penal Común como en el Código Penal Militar, el cual posteriormente analizaremos, aparecen “dos bienes jurídicos, el secreto de Estado que es objeto de protección inmediata, y siempre lesionado por la conducta, y la defensa y/o seguridad nacional que es objeto de protección mediata y que se pone

⁸⁶ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 181

⁸⁷ Como por ejemplo: no tener autorización para acceder a información calificada o no cumplir las medidas de protección.

⁸⁸ Artículo 601 del Código Penal Común.

⁸⁹ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 210.

⁹⁰ Artículo 602 del Código Penal Común.

⁹¹ Artículo 603 del Código Penal Común.

⁹² Artículo 584 del Código penal Común.

en peligro abstracto”⁹³. Hay que añadir que el sujeto activo del delito de descubrimiento y revelación de secretos en el código penal común puede ser cualquiera, a diferencia del código penal militar. Se aplicara “el código penal común cuando, en tiempo de paz, el sujeto sea un español no militar o un extranjero (sea éste militar o no), mientras que en tiempo de guerra solo será aplicable a los extranjeros (militares o no)”⁹⁴.

4.2.2 Descubrimiento y revelación de secretos e información relativas a la defensa nacional en el Código Penal Militar

En el artículo 53 del Código Penal militar se condena la acción de revelar información a una potencia extranjera, siendo el sujeto un militar y, dicha información debe suponer en riesgo a la seguridad y defensa del Estado beneficiando por ende a un órgano internacional.

4.3 Infracción Disciplinaria

En el Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, sobre régimen disciplinario de los Funcionarios de las administraciones del estado reconoce como falta grave en su artículo 7 apartado j) la falta del deber de sigilo de un funcionario relativo a los asuntos que este pueda llegar a conocer en el ostento de su cargo profesional. Cuya sanción para el sujeto que incumpla dicha normativa será alguna de las cuatro siguientes: “separación del servicio, suspensión de funciones, traslado con cambio de residencia o apercibimiento”⁹⁵.

⁹³ SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal*, cit., p. 220.

⁹⁴ DELGADO GIL, A., “El delito de revelación de secretos en los artículos 598 Código Penal común y 53 Código Penal militar: reflexiones sobre sus diferencias”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, N° 7, 2005, p. 12

⁹⁵ Artículo 14 del Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado.

CONCLUSIONES

El secreto de Estado es regulado de forma distinta en el ordenamiento jurídico de Estados Unidos, de Alemania e Italia, concibiéndose de forma distinta su contenido. En cuanto a la interpretación realizada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, éste considera que para que haya una vulneración del artículo 10 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y por tanto, una injerencia del Estado; la información debe ser proporcionalmente necesaria, debe haber un interés general, se esté actuando de buena fe y que la información sea fiable y precisa.

La publicidad de las actuaciones administrativas se instaura como un principio general, no obstante, se excepciona cuando determinada información puede provocar un riesgo o daño para la seguridad y defensa del Estado.

La figura jurídica del secreto de Estado, está desarrollada por la Ley 9/1968 modificada parcialmente por la Ley 48/1978, así como el Decreto 242/1969, donde se establecen los requisitos para que se clasifique como secreto de Estado una información, las autoridades encargadas de calificar y descalificar, la diferenciación entre calificar y clasificar, así como qué debe ser secreto y qué reservado, junto con el sistema de protección, transmisión y destrucción de documentos para que éstos no sean difundidos, extraviados o reconstruidos por sujetos que no tienen acceso a tal información.

En cuanto a la ponderación efectuada entre el principio a la tutela judicial efectiva y a la seguridad nacional y en consecuencia el conflicto de poderes que ello ocasiona, la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1977, cambia la jurisprudencia y determina que a pesar que la Ley de secretos oficiales es constitucional, no se debe aplicar la alegación de secretos de Estado de forma excesiva y reiterada; sino que, reconoce el control judicial y en consecuencia permite la descalificación de documentos, para utilizarlos como medio probatorio; siempre que el juez previamente, realice un juicio de proporcionalidad. Esta sentencia, ha dado luz al conflicto doctrinal entre sí el secreto de Estado es un acto

político o acto discrecional, así pues, aunque actualmente no está exento de discusión, se considera que es un acto discrecional, por la permisibilidad al control judicial y no tanto un acto político.

El secreto de Estado, está protegido en nuestro ordenamiento jurídico para que no sea revelada una información mediante la protección de los funcionarios públicos, cuando éstos sean testigos en un juicio. Cuando una persona revele información calificada como secreta, queda esta conducta tipificada tanto en el Código Penal por delito de traición y delito de descubrimiento y revelación de secretos, como en el Código Penal Militar, además de la infracción disciplinaria que se pueda llegar a aplicar al sujeto.

Bajo mi punto de vista, considero que, a pesar de que en España se ha regulado el secreto de Estado, se sigue produciendo una indeterminación de conceptos por lo que se instaura una sinonimia entre secreto de Estado, secreto oficial, seguridad nacional, defensa nacional y seguridad del Estado, además no se prevén mecanismos de descalificación. Todo ello, lo he podido ver reflejado en innumerables libros especializados en los que cada autor determinaba lo que entendía por secreto de Estado o secreto oficial instaurando si era sinónimo o no, contrapuesto a ideas de otros autores.

Además, considero que en el ordenamiento jurídico español se debería prever plazos de duración de lo clasificado y no dejar en manos de la autoridad encargada de calificar, su descalificación, porque en el caso que se estuvieran encubriendo hechos ilícitos que vulneran derechos fundamentales, ésta información nunca sería pública porque nunca se fijaría una fecha o un plazo.

Se debería incorporar, bajo mi criterio, en la Ley de secretos oficiales, el control judicial in camera como sucede en el modelo americano. Ya que, sí lo que se pretende proteger con la negación del control judicial es la difusión de la información y el conocimiento de terceros, con un control previo a puerta cerrada ya no habría la aprensión de que un juez ordinario conociera información clasificada y que dicha información pudiera ser conocida por los ciudadanos.

BIBLIOGRAFIA

1. Tratados, manuales y obras generales

ARAGÓN REYES, M., (dir.); AGUADO RENEDO, C., (codir.), *Temas Básicos de Derecho Constitucional*, vol.3, 2ª edición, ed. Thomson Reuters Civitas, Madrid 2011.

BALAGUER CALLEJÓN, F., coordinador; CAMARA VILLAR, G.,... [et al.] *Manual de derecho constitucional*, vol.2, 9ª edición, Ed. Tecnos, Madrid 2014.

2. Monografías, tesis y obras especializadas

COUSIDO GONZALEZ, M.P., *Secretos Oficiales: comentarios a su ley y reglamento*, ed. Bosch, Barcelona 1995, 213 p.

DIEZ PICAZO GIMENEZ, L.M., *Sobre secretos oficiales*, ed. cuadernos civitas, Madrid 1998, 105 p.

DIEZ SANCHEZ, J.J., *Razones de Estado y derecho: (del control judicial de los secretos oficiales)*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia 1999, 309 p.

ECHEVERRI URUBURU, A., “Wikileaks y los Arcana Imperii” en CORREDOIRA, L., y COTINO HUESO, A.L (Dir.) *Libertad de expresión e información en Internet: amenazas y protección de los derechos personales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2013, 325-338 p.

LASAGASTER HERRARTE, I.; LAZCANO BROTONS, I, *Convenio Europeo de Derechos Humanos comentario sistemático*, Editorial Aranzadi, Madrid 2014

LOZANO CUTANDA, B., *La descalificación de los secretos de Estado*, ed. Cuadernos Civitas, Madrid 1998, 230 p.

OTERO GONZÁLEZ, M.P., *La revelación del secreto de Estado en los procedimiento penales: violación de secretos por funcionario*, ed. Tirant lo Blanch, 2000. 157 p.

SÁNCHEZ FERRO, S., *El secreto de Estado*: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 2006.

SEGRELLES DE ARENAZA, I., *Protección penal del secreto de Estado: (artículo 135 bis a) al 135 bis d) del Código Penal*: ed. EDERSA, DL, Madrid 1994, 416 p.

SIEIRA MÍGUEZ, J.J., *El secret d'estat com a acte polític: el seu control, IV Seminari sobre Autonomia i Justícia a Catalunya*, Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 1998, 79-96 p.

VILLAVARDE MENENDEZ, I., "La libertad de expresión" en CASAS BAAMONDE, M.A y PIÑERO BRAVO, M. (Dirs) *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid 2008

WILKINSON MORERA, H., *Secretos de Estado y Estado de derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, ed. Atelier constitucional, Barcelona 2007. 200-2007 p.

3. Artículos doctrinales

ABA CATOIRA, A., "El secreto de Estado y los servicios de inteligencia": *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, nº38-39, 2002. 133-168 p.

CENDEJAS JÁUREGUI, M., "El derecho a la información. Delimitación conceptual", *Biblioteca Jurídica Virtual* nº 1,

COTINO HUESO, L., "La nueva ley de transparencia y acceso a la información en España", *Anuario de la Facultad de la Universidad de Alcalá*, nº 7, 2014. 18 p.

- COUSIDO GONZALEZ, M.P., “Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33, 2014. 23 p.
- DELGADO GIL, A., “El delito de revelación de secretos en los artículos 598 CP común y 53 CP militar: reflexiones sobre sus diferencias”, *Revista electrónica de ciencia penal y criminología*, nº 7, 2005. 19 p.
- FERNÁNDEZ DELGADO, C., “El secreto de Estado en el Ordenamiento Jurídico constitucional italiano”, *Revista de estudios políticos*, nº99, 1998. 103- 132p.
- GÓMEZ ORFANEL, G., “Secreto de Estado: algo más de lo mismo”, *Jueces para la Democracia*, nº27, 1996. 7-9 p.
- LOZANO CUTANDA, B., “En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado”, *Jueces para la Democracia*, nº 29, 1997, 20-28 p.
- MELERO ALONSO, E., “El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento”, *Opinión Jurídica: publicación de la facultad de derecho de la Universidad de Medellín* ISSN 1692-2530, Vol. 7 nº 14, 2008. 15-31 p.
- MOVILLA ALVAREZ, C., “El secreto de Estado entre el control y el privilegio”, *Jueces para la democracia*, nº25, 1996. 11-19 p.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El árbol envenenado: ejercicio de la acción penal y secreto de Estado en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de abril de 1998”, *Jueces para la democracia*, Nº 33, 1998. 18-20 p.
- REVENGA SÁNCHEZ, M., “El control del secreto de Estado: reflexiones (preliminares) de derecho comparado”: *Jueces para la Democracia*, nº25, 1996. 20-25 p.
- ROLLNERT LIERN, G., “El derecho de acceso a la información pública como derecho fundamental: una valoración del debate doctrinal a propósito de la

ley de transparencia”, *UNED teoría y realidad Constitucional*, nº 34, 2014. 20 p.

RUIZ MIGUEL, C., “El imperio de la política: seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano”, *Revista de estudios políticos*, ISSN 0048-7694, nº99, 1998. 399-404 p.

SÁNCHEZ FERRO, S., “La última jurisprudencia de la Corte Costituzionale Italiana en materia de secretos de Estado”, *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 31, 2013. 503-525 p.

VARELA CASTRO, L., “¿Secreto de Estado o secreto contra el Estado?: (a propósito de la sentencia publicada en el caso “Amedo”, ¿o quizá debiera ser otra la etiqueta?...): *Jueces para la Democracia*, nº13, 1991. 62-65 p.

4. Fuentes electrónicas

<http://drae2.es/secreto>

<http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#>

<http://noticias.juridicas.com>

<http://www.foia.gov>

<http://www.intelpage.info/web/acuerdo28nov86.htm>

<http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp>

ANEXOS

1. Jurisprudencia

1.1 Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos

STEDH de 10 de Diciembre de 2007. *Case Stoll v. Sweden*, Gran Sala, nº 69698/01. Reconocimiento del secreto de Estado como elemento fundamental en una sociedad democrática.

STEDH de 12 de febrero de 2008. *Case of Guja v. Moldava*, Gran Sala, Demanda nº 1477/04. Reconocimiento de la libertad de expresión como derecho a difundir informaciones.

STEDH de 13 de diciembre de 2012. *Case of El-Masri v. The Former Yugoslav republic of Macedonia*, Gran Sala, Demanda nº 39630/09. Reconocimiento de injerencia del Estado a la libertad de expresión.

STEDH de 15 de febrero de 2005. *Case of Steel and Morris v. United Kingdom*, Gran Sala, Demanda nº 6841/01. Interpretación del término necesario como requisito para la lícitud del secreto de Estado.

STEDH de 21 de enero de 1999. *Case Fressoz and Roire v France* Nº 29183/95. Requisitos para la legitimidad del secreto de Estado.

STEDH de 25 de mayo de 1999. *Case Bladet Tromso and Stensaas v. Norway*, Nº 21980 / 93. Requisitos para la legitimidad del secreto de Estado.

STEDH de 26 de Noviembre de 1991. *Case of Observer and Guardian V. United Kingdom*, Pleno, nº 13585/88. Requisitos para la legitimidad del secreto de Estado.

STEDH de 29 de Junio de 2001. *Case of Thoma v. Luxembourg*, Gran Sala, Demanda nº 38432/97. Tratamiento del término necesario para analizar si hay injerencia o no por parte de los estados.

STEDH de 5 de mayo de 2011. *Case of editorial board of pravoye delo and Shtekel v. Ukraine*, sección 5ª, Demanda nº 33014/05. Interés público como requisito para reconocer injerencia de los estados.

STEDH de 7 de diciembre 1976, *Case Handyside v. United Kingdom*, Gran Sala, Demanda nº 5493/72. Información fiable y precisa como requisito.

1.2 Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo

STC 105/1990, de 6 junio de 1990. Caso José María García. Conflicto entre el derecho a la información y el derecho al honor).

STC 114/1984, de 29 de noviembre. Violación al secreto de las comunicaciones.

STC 114/1984, de 29 de noviembre de 1984. Conflicto entre derecho al secreto de las comunicaciones y práctica de la prueba pertinente

STC 6/1988, de 21 de enero de 1988. El derecho a comunicar información y el requisito de la veracidad

STS 13/1985, de 31 de enero de 1985. Libertad de información y libertad de expresión.

STS 4 de Abril de 1997. Sala 3ª de lo contencioso. Caso Papeles del Cesid. Reconocimiento del control judicial a información calificada como secreta.

2. Legislación citada

Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986

Anteproyecto de Ley aprobado por el Consejo de Ministros el 23 de Agosto de 1996

Código Penal Alemán

Código Procesal Penal Italiano de 1988

Conclusiones del decimo Congreso Internacional de Derecho Penal

Constitución Española de 1978.

Convenio Europeo de Derechos Humanos

Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales.

Declaración Universal de Derechos Humanos

Decreto 242/1969, de 20 de Febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre secretos oficiales.

Freedom of Information Act

Government in the Sunshine Act 1976

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley 124/2007 de 3 de agosto de 2007 sobre el Sistema de Informaciones para la seguridad de la República y nueva disciplina del secreto

Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno

Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Ley 48/1978, de 7 de octubre por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre secretos oficiales

Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales.

Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1957

Ley Fundamental de Bonn

Ley Italiana de 1977 sobre secretos de Estado

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar

Normas de la Autoridad Nacional para la Protección de la Información Clasificada

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Privacy Act 1974

Proyecto de Ley Orgánica de secretos de Estado de 1977

Real Decreto 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Segundo Informe Marty de 2007, sobre detenciones secretas y traslados ilegales de detenidos que implican a Estados miembros del Consejo de Europa

Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea