

**Sergio Tamayo Leiva**

## **Secretos oficiales, transparencia y derechos fundamentales**

Los secretos oficiales constituyen un **límite al principio general** de la publicidad de la actuación de los poderes públicos, propio de los estados democráticos, en aras de la protección de bienes jurídicos cuya salvaguarda se considera que sustenta la existencia del mismo Estado: la seguridad y la defensa nacional.

El **régimen jurídico básico** de los secretos oficiales en el ordenamiento jurídico español está constituido por Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, y por el Reglamento de la misma, aprobado por el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, (LSO y RSO, en adelante), ambas normas modificadas por la Ley 48/1978, de 7 de octubre.

Dicho régimen jurídico debe ser completado —sin ánimo de exhaustividad en la exposición— con un conjunto heterogéneo de normas y preceptos que, bien sirven para acotar la definición y alcance de los bienes jurídicos que principalmente protege el secreto oficial (como la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional o la Ley 36/2015, de 28 de septiembre, de Seguridad Nacional), bien inciden en el secreto oficial en tanto que determinan su concurrencia (como sería la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, que dispone en su artículo 5 que las actividades del centro constituyen información clasificada), o bien establecen la respuesta punitiva ante la revelación de secretos oficiales (caso de los artículos 417 y 598 del Código Penal que contemplan, respectivamente, los delitos de revelación de secretos o informaciones que no deban ser reveladas y de las que tengan conocimiento por razón de su cargo por parte de autoridades o funcionarios públicos; y de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional por parte de cualquier persona, con tipo agravado en el art. 599 en caso del sujeto que conozca de la información o secreto por razón de su cargo o destino).

La LSO apunta una **definición** de los secretos oficiales en su artículo 2, el cual afirma que podrán ser declaradas materias clasificadas los *asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos* (en síntesis, la *información*) cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la *seguridad y defensa del Estado*. Por su parte, el artículo 3 del RSO amplía un tanto la parca referencia de la LSO a la *seguridad y defensa del Estado*, incluyendo en el ámbito del secreto oficial las materias cuyo conocimiento pueda causar un grave riesgo a los *intereses fundamentales de la Nación o suponga una amenaza para la defensa nacional, la paz exterior y el orden constitucional*.

En cuanto a la **competencia para clasificar** una información (o cancelar dicha clasificación), dándole el carácter de secreto oficial, con el grado de *secreto* o de *reservado*, en función de la mayor o menor necesidad de protección y el grado de importancia de la misma (apartados I y II art. 3 RSO), corresponde al Pleno del Consejo de Ministros o a la Junta de Jefes del Estado Mayor (art. 4 LSO), si bien, con respecto a la competencia de esta última, hay que considerar que las emblemáticas sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (caso *Papeles del CESID*) determinaron que la competencia de desclasificación es la propia de dirección política

que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución, por lo que la potestad para clasificar del Jefe del Estado Mayor de la Defensa (desde 2005 no existe la JUJEM) queda claramente desvirtuada. Por otro lado, cabe tener en cuenta que la citada *clasificación gubernamental* coexiste con una calificación que opera *ex lege* cuando determinadas materias son declaradas secretas por ministerio de la ley sin necesidad de acto expreso de clasificación (art. 1.2º LSO, y, a título de ejemplo, el anteriormente citado artículo 5 de la Ley 11/2002, reguladora del CNI).

Las citadas calificaciones (expresa o *ex lege*) de una información como secreto oficial, tienen como **principales consecuencias**, según dispone el artículo 8 de la LSO: a) la limitación del conocimiento de las *materias clasificadas* a los órganos y las personas debidamente facultadas para ello con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen; b) la prohibición de acceso y la limitación de la circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las «materias clasificadas»; c) la obligación del personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas de cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las *materias clasificadas*.

Constatamos, pues, como afirmamos al inicio, que la institución jurídica del secreto oficial en el ordenamiento jurídico español tiene como principal elemento de caracterización su valor negativo, de exclusión, lo cual resulta congruente con la afirmación del artículo 105b) de la Constitución, que dispone 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*.

No es ajena a dicho valor negativo la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, la cual establece en su artículo 14, que regula **los límites al acceso a la información pública**, que el acceso a la información podrá denegarse cuando el mismo pueda suponer un perjuicio para la seguridad (letra a)), la defensa nacional (letra b)) y la confidencialidad y secreto en la toma de decisiones (letra k)). En Cataluña, en términos equivalentes se pronuncia la *Llei 19/2014, del 29 de desembre, de transparència, accés a la informació pública i bon govern*, en tanto que su artículo 21.1.c) prevé el límite al acceso a la información pública consistente en el secreto o confidencialidad en los procedimientos tramitados por la administración pública, si el secreto o confidencialidad son establecidos por una norma con rango de ley. Los citados límites al acceso a la información pública pueden subsumirse, a efectos analíticos, en la institución jurídica del secreto oficial. Y un análisis de los datos empíricos nos conduce a afirmar que son el límite con una mayor incidencia práctica.

Así, en el periodo 2015-2021, en el ámbito de la Administración General del Estado, han sido denegadas un total de 1553 peticiones de acceso a la información pública, de las cuales 190 lo han estado por concurrencia del límite relativo a la seguridad nacional (12,2% del total), 65 por concurrencia del límite relativo a la defensa (4,1%) y 282 por el límite de la garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en los procesos de toma de decisión (18,1%). Por lo tanto, un total de 537 denegaciones de acceso (**34,4% del total**) lo han estado por la concurrencia de límites directa o potencialmente vinculados con el carácter de secreto oficial de la información. Y ello sin contar las denegadas por razón del perjuicio a las relaciones exteriores (letra c)) que entendemos que protegen un bien jurídico no identificable con el que protege el secreto oficial.

Definidos los caracteres esenciales del secreto oficial, así como sus principales repercusiones

prácticas, especialmente, por lo que se refiere a la transparencia y el acceso a la información pública, es necesario plantearnos si la regulación de dicha institución jurídica es la adecuada.

Con carácter previo, es necesario considerar que la regulación del secreto oficial exige difíciles equilibrios, en tanto que debe armonizar principios y conceptos, si no contrapuestos, sí en tensión, como la transparencia y la seguridad nacional, la reserva de determinadas actuaciones y la tutela judicial efectiva, o el control jurisdiccional y los actos políticos de gobierno. Por ello, toda solución jurídica a una materia de tamaña complejidad, entrañará la necesidad de ponderar bienes e intereses jurídicos que deben coexistir en constante e inevitable conflicto.

Sobre la base de la anterior consideración general, las **principales carencias del régimen jurídico** de los secretos oficiales, a juicio de quien suscribe el presente artículo, son, por un lado, la configuración normativa del propio acto jurídico de clasificación de la información, y, por otro, la imprevisión de un sistema claro de control institucional de los secretos oficiales, tanto parlamentario como jurisdiccional.

En una primera aproximación, podríamos considerar, con respecto a la **naturaleza jurídica** de los actos de clasificación de la información, que los mismos habitan ese espacio mórbido que separa los actos políticos de los actos administrativos discrecionales. En ese sentido, el Tribunal Supremo, en las citadas sentencias de 4 de abril de 1997, afirmó que dichos actos de clasificación tienen la consideración de actos políticos, lo cual no excluye que, en aras del control de la sujeción de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico (art. 9 CE) y del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1), especialmente en su contenido específico de aportación al proceso de todos los medios probatorios pertinentes, los mismos puedan ser residenciados por el poder judicial cuando *el legislador defina mediante conceptos judicialmente asequibles los límites y requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política*.

La anterior concepción jurisprudencial relativa al control de los actos políticos es coherente con la actual redacción del artículo 2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, que dispone que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, *cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*.

Mas la cuestión es que la definición formal del acto jurídico de clasificación en los artículos 10 de la LSO y 11 del RSO es laxa e incompleta, en tanto que únicamente se alude a la necesidad de que el acto formal de clasificación, que indicará el carácter de *secreto* o de *reservado* de la información clasificada, y al que tendrán acceso el Congreso y el Senado en la forma determinen sus respectivos Reglamentos —la Comisión de control de los créditos destinados a gastos reservados, siempre que se haya constituido **[1]**— (art. 10 LSO), deberá hacer constar la autoridad de la que emana, con su sello y firma, la declaración constitutiva de materia clasificada y el ámbito al que se refiere, y deberá acompañarse de una diligencia indicativa de todos los aspectos que el documento clasificado contiene (art. 11 RSO).

Se soslayan en la configuración normativa de los actos de clasificación aspectos esenciales como la obligación de indicar plazos de **duración de la clasificación** y la consiguiente desclasificación

automática (el art. 3.II de la LSO únicamente afirma que se hará *siempre que ello sea posible*, sin indicar los elementos que obstan dicha posibilidad) o la **necesidad de motivar la decisión de clasificación**, vinculándola causalmente a la protección de la seguridad o la defensa nacional (el art. 11 del RSO dice únicamente que *se indicará el ámbito*). La omisión de ambos aspectos relativos a la clasificación de información (plazos de la clasificación y motivación de la misma) como elementos reglados del acto administrativo, junto al silencio de la LSO y el RSO en cuanto al posible control judicial, supone, en la práctica, la vigencia de un **sistema de clasificación sine die** y susceptible de acoger decisiones arbitrarias de clasificación, ya que información clasificada puede ser prácticamente cualquiera sin necesidad de motivación, pasando a convertirse en arcano por tiempo indefinido.

En cuanto al **control jurisdiccional**, cabe plantearse qué ocurre si, en el marco de un procedimiento judicial, una documentación con el carácter de clasificada es relevante a efectos probatorios. Existiría en este caso una clara colisión de los secretos oficiales con la tutela judicial efectiva, en concreto, con la posibilidad de utilizar todos medios probatorios pertinentes para el proceso. Y cabe convenir que la relevancia probatoria de la documentación clasificada toma especial relevancia cuando el litigio incide directamente en los **derechos fundamentales** de las personas. En este sentido, las SSTS de 4 de abril de 1997 hicieron prevalecer la tutela judicial efectiva sobre los secretos oficiales, ordenando la desclasificación de trece de los documentos del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID) solicitados por los jueces de instrucción para la investigación de los delitos de detención ilegal, secuestro, tortura y asesinato de los casos *Oñedera*, *Lasa-Zabala* y *Lucía Irigoitia* (tres documentos se mantuvieron clasificados y cuatro se determinó que no existían), en tanto que relevantes para una causa que orbitaba en torno a *bienes jurídicos tan relevantes en un Estado de derecho como el derecho a la vida, la libre actuación de la Justicia y la inviolabilidad del domicilio*.

Si bien las SSTS de 4 de abril de 1997 supusieron un hito con respecto a la prevalencia de los derechos fundamentales sobre los secretos oficiales, el silencio de la LSO en cuanto al control jurisdiccional obligó al Tribunal Supremo, por un lado, a efectuar *un juicio de ponderación y compaginación de intereses constitucionales que en apariencia se revelan como de difícil conciliación*, y, por otro, a imponer por vía judicial una solución procesal imaginativa inspirada, sin duda, en otros modelos del derecho comparado, consistente en el examen reservado *in camera* por parte de los magistrados de la Sala 5.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de la información clasificada a efectos de determinar su relevancia para la causa. Por ello, consideramos que aspectos tales como la competencia jurisdiccional para instar la desclasificación de documentación clasificada relevante para las causas de las que conozcan, así como la determinación del cauce procesal y procedimiento más adecuado para el examen de la misma, deberían quedar solventados normativamente, en aras de desvanecer eventuales conflictos de competencia, así como prácticas procesales improvisadas.

Finalmente, cabe únicamente apuntar las deficiencias de la LSO y el RSO en el campo del tratamiento de la **seguridad de la información**, hasta el punto de que el RSO hace cándidas menciones —hoy así nos lo parecen— a la custodia de la información clasificada en *caja fuerte o armario-archivador a prueba de incendios y dotados de cerraduras de combinación de disco* (art. 13). Dichas deficiencias pueden ser suplidas por la aplicación, entre otras disposiciones en materia de seguridad de la información, del Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad (cuyo artículo 2 extiende su aplicación a los sistemas

que tratan información clasificada), mas sería deseable que un elemento indispensable en el marco de la garantía de los secretos oficiales tuviese un tratamiento específico.

A modo de conclusión, y sobre la base de lo analizado anteriormente, cabe indicar que el régimen vigente de los secretos oficiales en el ordenamiento jurídico español requiere de una reforma que permita superar las profundas carencias de una normativa preconstitucional que hace tiempo que dejó de ser funcional, puesto que el derecho, como cristalización de una realidad sociopolítica determinada, va quedando superado en la medida en que ésta cambia.

Hasta la fecha, los diferentes proyectos y proposiciones de ley para la modificación del régimen jurídico de los secretos oficiales han tenido un infructuoso curso parlamentario, dejando la sensación de que *el pasado nunca acaba de pasar*. Ello posiblemente se ha debido, por una parte, a la imposibilidad de alcanzar el consenso parlamentario necesario para afrontar la necesaria reforma de una materia de tan alta importancia, y, por otra, al temor de los diferentes ejecutivos a que el levantamiento de secretos oficiales por largo tiempo opacos supongan una alteración del curso, más o menos pacífico, de sus respectivos mandatos. Serán necesarias amplias dosis de responsabilidad política, honestidad intelectual y auténtico *sentido de Estado* —un sentido basado en su comprensión— para admitir que el actual régimen de los secretos oficiales tiene difícil encaje en un sistema democrático avanzado del siglo XXI, en el que la regla debe ser la publicidad y el secreto la excepción, y, consecuentemente, sustituirlo por otro más acorde con el signo de los tiempos.

#### **Notas:**

[1] En la presente XIV Legislatura, iniciada el 3 de diciembre de 2019, dicha Comisión parlamentaria se constituyó el 28 de abril de 2022, días después de que se conocieran las intervenciones de las comunicaciones practicadas a diferentes cargos políticos, y personas vinculadas a éstos, mediante el software *Pegasus*.

27/6/2022