

LA LEY DE SECRETOS OFICIALES *

Ángel Luis ALONSO DE ANTONIO
Departamento de Derecho Constitucional
Facultad de Derecho. UCM
anlualan@der.ucm.es

I. INTRODUCCIÓN

La pervivencia del Estado como lo entendemos en la actualidad y el mantenimiento de los valores democráticos que lo inspiran hacen obligado que determinadas cuestiones se preserven del conocimiento público y eventual utilización inconveniente que pueda implicar un riesgo para el concepto mismo de Estado o para alguno de sus elementos básicos. En consecuencia, aunque deba asumirse la tesis de Cano Bueso de que «nadie seriamente cuestiona hoy que la publicidad es inherente al funcionamiento de la democracia representativa, a la vez que imprescindible garantía del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas que la Constitución consagra»¹, es lo cierto que la noción de *secreto* adquiere así una importante dimensión que en nuestro país se concreta en la idea de los *secretos oficiales* regulados por la Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales (LSO).

Partiendo de esa base, y como realidad especial, la destacada significación de los servicios de seguridad del Estado implica que sus integrantes deben actuar observando no sólo el ordenamiento jurídico general, sino con el más escrupuloso respeto a las disposiciones específicas que regulen su labor, especialmente aquellas normas que establezcan un carácter reservado lejos del principio común de la publicidad de la actuación de los poderes públicos. Es preciso, pues, prestar una atención especial al régimen del *secreto* en la actuación de los funcionarios que están sometidos al mismo en atención a su cometido propio.

* Texto de la intervención en el Centro de Altos Estudios Policiales el 13 de marzo de 2015.

¹ J. CANO BUESO, «Información parlamentaria y secretos oficiales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 42 (1997), p. 9.

II. SECRETOS OFICIALES

La norma básica en relación con la actividad ordinaria del Estado democrático es la publicidad. En efecto, la publicidad, es decir, el conocimiento general de lo que hace y cómo lo hace el Estado, constituye una regla elemental de actuación de los poderes públicos, especialmente en los sistemas representativos, y como tal lo ha destacado la doctrina², apuntándose por ello que «a primera vista, la existencia del *secreto* es radicalmente incompatible con el principio democrático y, por ende, con la idea constitucional»³, llegando a decirse incluso que «en los sistemas constitucionales, el control de las materias que se declaran secretas es la pieza fundamental del ordenamiento jurídico»⁴.

Con la publicidad se persiguen determinados objetivos. Por una parte, el efecto taumatúrgico que implica la transparencia en la gestión de la *res publica*, la garantía para el ciudadano de que la labor de los poderes públicos es diáfana y, en consecuencia, no hay elementos opacos que dificulten su seguimiento y control. En segundo lugar, y por lo mismo, el Estado de Derecho se ve fortalecido porque los ciudadanos saben en todo momento cuáles son sus derechos y obligaciones, no están sometidos a un ordenamiento reservado, incluso secreto, que se les aplicará sin su previo conocimiento. De ahí, por ejemplo, el principio constitucional de la publicidad de las normas (art. 9.3 CE). En tercer lugar, la publicidad es el mejor instrumento de garantía de que la actuación pública debe guiarse por unos parámetros de conducta ajustados no sólo a Derecho, como es obvio, sino a las reglas de un comportamiento ético que haga que los ciudadanos reconozcan la legitimidad de los gobernantes, es decir, el convencimiento de que estamos ante quien ejerce la *autoridad*, no ante el que sólo detenta el poder en un momento determinado. La publicidad, por último, asegura el perfecto seguimiento de la actuación pública como medio de que sea conocida a nivel general la postura de todos los que intervienen en ella, permitiendo al conjunto del cuerpo electoral formar un juicio crítico res-

² Miguel REVENGA va más allá sosteniendo que «la publicidad es un elemento esencial de la democracia». Cfr. M. REVENGA SÁNCHEZ, *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Barcelona, Ariel, 1995, p. 19.

³ C. RUIZ MIGUEL, *Servicios de inteligencia y seguridad en el Estado constitucional*, Madrid, Tecnos, 2002, p. 24.

⁴ M.^a C. PÉREZ VILLALOBOS, *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia (un estudio a la luz de la nueva legislación)*, Granada, GEU, 2002, p. 58.

pecto a la labor de cada uno con una potencial influencia en el momento de celebrarse las elecciones.

Este principio general de la *publicidad* se predica de la actuación de todos los poderes públicos. Así, el art. 80 CE señala el carácter público de las sesiones plenarias de las Cámaras que componen las Cortes Generales, salvo acuerdo en contrario de cada Cámara adoptado por mayoría absoluta o con arreglo a su Reglamento, mientras que el art. 120.1 CE, ahondando en lo que señala el art. 24.2 CE, establece que las actuaciones judiciales «serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento». Por lo que se refiere a la Administración, cabe recordar, en primer lugar, que «congruentemente con la transparencia que debe caracterizar la actuación de las Administraciones Públicas en un sistema democrático»⁵, el art. 105.b) CE se refiere a la regulación por ley del derecho de 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, y, en segundo lugar, de manera significativa, que el art. 3.2.g) de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado⁶, establece como principios de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado los de *objetividad y transparencia de la actuación administrativa*.

Si bien la *publicidad* es la norma general en la actuación de los poderes públicos, es lo cierto que, por aquello de que no hay regla sin excepción, cabe introducir el concepto del *secreto* como criterio particular en determinadas circunstancias, y ello aplicado a cualquiera de los poderes públicos. Ya se ha hecho mención al fenómeno parlamentario donde, *v. gr.*, las sesiones plenarias en las que se decide la concesión o no del suplicatorio contra un integrante de las Cortes Generales son secretas (arts. 63.2 RC y 23.3 RS)⁷. En el ámbito judicial es conocida, por ejemplo, la figura del *secreto del sumario*. La actuación administrativa y de gobierno no es ajena a esta categoría. Cabe que ciertas materias, informaciones o datos se susstraigan del conocimiento público si así se considera oportuno. No hay que olvidar en este sentido que la propia Constitución recoge la idea en su ya citado art. 105.b) cuando establece que la ley regulará el acceso de los ciu-

⁵ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Materias clasificadas y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48 (1996), p. 147.

⁶ Derogada por Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

⁷ Sobre el particular véase J. A. ALONSO DE ANTONIO, «El deber de secreto de los parlamentarios», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 76 (1990), pp. 4-26.

dadanos 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». Es decir, como apunta Díez-Picazo, «el secreto de Estado no está prohibido por la Constitución»⁸. Se llega así al concepto de *secreto*, definido por Susana Sánchez Ferro como «todo aquello que se excluye intencionadamente del conocimiento de los demás»⁹. En consecuencia, para la citada autora las notas características del *secreto* serían la intencionalidad, su sentido excluyente, el carácter selectivo y el hecho de carecer de contenido sustantivo *per se*¹⁰.

El reconocimiento de la idea del *secreto* se ha vinculado históricamente en muchos momentos con la concepción maquiavélica, reformulada posteriormente por Hegel¹¹, de la razón de Estado. Bajo su manto se han cobijado prácticas inconfesables y abusos inadmisibles. Aún hoy cuando se apela a la *razón de Estado* se alude a un concepto indeterminado, usado como cajón de sastre o, lo que es peor, para ocultar arbitrariedades. En un Estado de Derecho contemporáneo cabe la idea del *secreto*, pero siempre como excepción especialmente restrictiva y en todo caso con una orientación finalista clara, esto es, la contribución a la defensa, en sentido amplio, del propio Estado, por lo que la actuación del gobierno en este orden debe estar presidida por la prudencia y el sentido de Estado sin que pueda defenderse la atribución al ejecutivo de un poder absoluto para clasificar cualquier tipo de materias¹². En efecto, la idea del *secreto* en nuestros días sólo es admisible cuando las materias sobre las que se declara son de una importancia vital para la seguridad y defensa del Estado, es decir, para su mantenimiento tal y como lo entendemos hoy, que es aconsejable sustraerlas del conocimiento por el conjunto de los ciudadanos. El objeto del *secreto* debe ser por ello cualquier dato, información, documento, objeto o decisión adoptada por órgano público competente cuya relevan-

⁸ L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sobre secretos oficiales*, Madrid, Civitas, 1998, p. 31.

⁹ S. SÁNCHEZ FERRO, *El secreto de Estado*, Madrid, CEPC, 2006, p. 3. En similar sentido, para SEGRELLES el secreto es «el conocimiento de objetiva relevancia que voluntariamente se oculta a una o más personas». Cfr. I. SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal del secreto de Estado [arts. 135.bis.a) al 135.bis.d) del Código Penal]*, Madrid, Edersa, 1994, p. 15.

¹⁰ S. SÁNCHEZ FERRO, *El secreto de Estado*, *op. cit.* pp. 3-5.

¹¹ Véase el análisis sobre el particular en H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Barcelona, Atelier, 2007, pp. 25-48.

¹² En este sentido, «el gobierno carece de la potestad de declarar secreta cualquier información. Sólo las materias que realmente afectan a la defensa y la seguridad del Estado pueden ser sustraídas al principio de publicidad». Cfr. L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sobre secretos oficiales*, *op. cit.*, p. 33.

cia en orden a la subsistencia del Estado aconseje dotarle de una protección especial que impida su conocimiento por terceros. La vulnerabilidad del Estado, o de alguno de sus elementos esenciales no puede quedar supe- ditada a que alguien utilice perversamente determinados datos. Materiales sensibles en orden a seguridad, defensa, infraestructuras críticas o sectores estratégicos deben entrar en la categoría de *secretos*.

Tema diferente es el debate doctrinal sobre la terminología a utilizar (secretos, secretos de Estado, secretos oficiales) en relación con el bien jurídicamente protegido a través del concepto genérico de *secreto*. Por definición, *secreto* es lo que no es público. Muchas facetas de la actuación de los poderes públicos no son conocidas a nivel general, pero eso no significa que sean secretas en el sentido de gozar de una protección jurídica especial para evitar su general conocimiento, sino simplemente que son reservadas o de difusión limitada. Otra cosa es que el propio ordenamiento jurídico califique algo como *secreto*, tal y como sucede, por ejemplo, con las deliberaciones del Consejo de Ministros, que según el art. 5.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, «serán secretas».

Realidad distinta es hablar de *secretos de Estado*, expresión que no agrada a Torres Ventosa que la considera «un término un tanto inexacto y carente de rigor científico»¹³, y que rectamente interpretados deben referirse a aquellos aspectos relevantes que los poderes públicos no quieren aclarar en todos sus extremos por razones de oportunidad política pero sin que conste una declaración formal de clasificación por órgano competente para ello. Por último, hay que mencionar los *secretos oficiales*. La utilización actual entre nosotros de la expresión *secretos oficiales* tiene su raíz en la literalidad del título de la citada Ley 9/1968 de 5 de abril, de Secretos Oficiales. En consecuencia, con esa expresión se alude a los datos o documentos que la autoridad competente, a través de un acto administrativo expreso consecuencia de una decisión política, excluye expresa y deliberadamente del conocimiento público y con especial protección jurídica. En todo caso, parece que debe restringirse el uso del concepto *secreto*, o nuestra expresión *secretos oficiales*, a los efectos que aquí nos interesan, en relación, primero, con realidades objetivas de naturaleza o carácter público; segundo, que afecten a elementos básicos del Estado referidos a su proyección exterior, defen-

¹³ J. J. TORRES VENTOSA, «La regulación legal de los secretos oficiales», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 16 (1998), p. 359. Sobre estas cuestiones terminológicas véase I. SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal del secreto...*, *op. cit.* pp. 35-36, y M.^a P. OTERO GONZÁLEZ, *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 34-36.

sa o seguridad, conceptos estos últimos que deben interpretarse de forma amplia y no sólo referidos a la defensa militar del territorio; tercero, que su importancia intrínseca obligue a preservarlas del conocimiento y eventual utilización por terceros, nacionales o extranjeros, que haciendo un posible uso inconveniente de las mismas pudieran poner en peligro al Estado.

III. LA DECLARACIÓN DE SECRETOS OFICIALES COMO MANIFESTACIÓN DE UNA DECISIÓN DE GOBIERNO. SU CARÁCTER REVISABLE

Tradicionalmente se ha entendido que la clasificación de un documento como *secreto oficial* era la consecuencia de un acto político del gobierno. En la actualidad, el concepto de *acto político* está en decadencia en el Derecho público europeo porque su significado clásico, es decir, un acto no sujeto al Derecho en todos sus aspectos y, por tanto, no susceptible de un control judicial, sino sólo político en el Parlamento, colisiona con el moderno carácter expansivo del control judicial de toda actuación ejecutiva y administrativa¹⁴. Debe recordarse en este sentido la aprobación en 1998 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que contiene un importante art. 2.a) en el que, como dice el Tribunal Supremo, «siguiendo una jurisprudencia del Tribunal Supremo, se hace desaparecer legalmente la noción de acto político como causa de exclusión del control judicial de los actos del gobierno, en cuanto que toda la actividad de éste, cualquiera que sea su naturaleza, se somete al control del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en lo que se refiere a la protección de los derechos fundamentales y al cumplimiento de los elementos reglados a que deba sujetarse aquella actividad, por lo que *ab initio* no cabe aceptar que porque el acto objeto del proceso sea del gobierno y ofrezca el cariz de político excluya, sin más, la posibilidad de su examen jurisdiccional» (STS, Sala Tercera, 6257/2000, de 24 de julio. FD 2.º).

Por lo apuntado, en la actualidad se entiende que si bien ha de reconocerse al gobierno un amplio margen de libertad para tomar aquellas decisiones que genéricamente se denominan *políticas*, es decir, no reconducibles a una tramitación exclusivamente administrativa, sino fruto de una ponde-

¹⁴ Fernando SANTAOLALLA entiende por *actos políticos* «los que adopta el gobierno como órgano de dirección estatal y que precisamente por ello responden a una visión puramente política». Cfr. F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65 (2002), p. 107.

ración de criterios políticos y de oportunidad, lo cierto es que incluso esas decisiones pueden ser objeto de control judicial no en cuanto al fondo, que sólo debe responder a valoraciones políticas y, por tanto, produce una eventual responsabilidad política a depurar en sede parlamentaria, sino cuando en su adopción se han quebrantado normas de procedimiento o afecten a derechos de terceros, si bien hay que reconocer, como apunta con acierto Díez Sánchez, que «la compleja y siempre difícil delimitación de los elementos que, al margen de los estrictamente formales, cabe integrar como reglados, al igual que los análisis y valoraciones que requieren aquellas actuaciones gubernativas que afecten o lesionen los derechos fundamentales, revelan la práctica imposibilidad de establecer *a priori* dónde se sitúa el límite infranqueable que el juzgador no puede traspasar sin invadir las funciones del poder ejecutivo»¹⁵. Habrá que estar, en consecuencia, al caso concreto en cada momento para valorar si los jueces pueden o no entrar a controlar determinado aspecto de una decisión del ejecutivo que tradicionalmente entraría en eso que cabría denominar *acto político* y que en la actualidad debe calificarse más bien como *acto discrecional* del gobierno.

Será, pues, en presencia de esa posible vulneración de elementos formales o presunta incidencia en derechos de terceros cuando se pueda proceder a un control judicial sobre la decisión del ejecutivo. El tema es especialmente significativo cuando la decisión de clasificar un documento como *secreto* pueda vulnerar derechos de terceros. Se produce así una colisión de intereses, los del Estado, calificados por el gobierno, y los de los terceros afectados por la clasificación. En nuestro país, como se ha señalado, la potestad del gobierno en este orden está regulada en una ley ordinaria anterior a la Constitución. En consecuencia, estamos en presencia de una dialéctica ley ordinaria *vs.* Constitución, en concreto el derecho fundamental a obtener la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión (art. 24.1); indefensión que sí se puede producir si por la decisión ejecutiva de clasificar determinada documentación, el justiciable no puede acudir a los tribunales o se produce una merma de su derecho a practicar las pruebas que entienda pertinentes y, en consecuencia, no puede obtener una resolución judicial sobre el fondo del asunto que permita la reparación del daño sufrido o la recuperación definitiva de su derecho.

¹⁵ J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, «El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los Consejos de Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26 (2012), p. 51. Del mismo autor véase también «El control judicial de los secretos oficiales», en F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 2318-2338.

Una clara manifestación de lo que se apunta la encontramos en las tres sentencias de la Sala 3.^a del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, que resuelven esos «asuntos tan sensibles»¹⁶ sobre los llamados «Papeles del CESID»¹⁷. En la STS 2359/1997, que resuelve el «caso Urigoitia», se dice que «el Acuerdo impugnado (negativa del gobierno a desclasificar documentación reclamada por un juez instructor para aportarla al sumario), al otorgar en su fundamento primero preponderancia a la seguridad del Estado, no realizó adecuadamente el juicio de ponderación, pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución» (FD 11). Por su parte, la STS 2391/1997 («caso Oñederra») se refiere al art. 24.1 diciendo que «consagra el derecho fundamental de todas las personas a obtener una tutela judicial efectiva; derecho que ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad» (FD 7.º).

La doctrina que se extrae de las citadas sentencias es que cualquier acto del ejecutivo, incluida la clasificación como secreto o reservado de determinada documentación, no está exenta de control judicial si afecta a terceros, y, en consecuencia, el Derecho constitucional a la tutela judicial efectiva debe primar, en principio, sobre otros bienes jurídicamente protegidos, pues, como dice la citada STS 2359/1997, «la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado y no la de sus autoridades o funcionarios que personalmente puedan resultar relacionados con la causa penal» (FD 11). También en la STS 2389/1997 («caso Lasa y Zabala») se recoge idéntico argumento cuando, a la objeción a la desclasificación de la documentación sobre el particular porque pondría en peligro incluso la vida de los agentes del CESID involucrados en el caso, sus familiares y allegados, dice el Tribunal Supremo que «sin duda se trata de eventuales efectos a tener muy en cuenta en la ponderación del valor de la

¹⁶ J. J. DÍEZ SÁNCHEZ, «El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los Consejos de Gobierno», *op. cit.*, p. 49.

¹⁷ Véase sobre el particular B. LOZANO, *La desclasificación de los secretos de Estado*, Madrid, Civitas, 1998. Sobre dichas sentencias considera Fernando SANTAOLALLA que se trataron de «un pronunciamiento dictado con ánimo de satisfacer a todos en un clima altamente enrarecido, pues fue campo de batalla de la contienda partidista y tema de una polémica periodística no pocas veces irresponsable, si se tiene en cuenta que el caso aparecía cuando el Estado y la sociedad eran objeto de un cruento atentado terrorista. Mal marco, ciertamente, para sentar precedente». Cfr. F. SANTAOLALLA LÓPEZ, «Actos políticos, inteligencia nacional...», *op. cit.*, p. 109.

permanencia o levantamiento del secreto, pero entendemos que no es ésta la situación que se plantea en este caso, dado el contenido del documento en cuestión» (FD 10).

La clasificación o la negativa a la desclasificación de ciertos documentos no es, pues, en la actualidad una decisión política del gobierno irreversible en el sentido de no controlable por los jueces. Bien al contrario, la clasificación como materia reservada o secreta o la negativa a desclasificar puede revisarse en sede judicial si afecta negativamente a terceros y éstos alegan su derecho a la tutela judicial efectiva, o simplemente porque, como apuntó en su momento Díez-Picazo, «algún juez o tribunal debe poder controlar que el gobierno no abusa del formidable poder ínsito en los secretos oficiales»¹⁸. Ahora bien, el derecho a la tutela judicial efectiva, como cualquier derecho, no es absoluto e ilimitado, de forma que habrá que estar al caso concreto de dialéctica tutela judicial efectiva/secreto oficial para ver «cuando —excepcionalmente— debe ceder ante las exigencias derivadas de un auténtico secreto de Estado»¹⁹. No deben olvidarse en este momento las palabras del juez Marshall en su famosa sentencia de 1803 *Marbury vs. Madison* cuando decía que «estamos bien lejos de inmiscuirnos en los secretos del gabinete», es decir, no era voluntad ni función del juez ordinario entrar a valorar sin más una decisión ejecutiva que significara la protección del conocimiento público de determinada información. Nos encontramos así con una realidad histórica que Revenga define de forma acertada al sostener que «el ámbito de lo político exige confidencialidad a ultranza del proceso decisorio, así como deferencia judicial para con el resultado del mismo. Publicidad en los fundamentos y empleo rutinario del secreto en el núcleo de lo que pudiéramos llamar decisión no legislada coexisten así desde los inicios del Estado constitucional, acotando un amplio espacio de reserva, difuso en sus contornos, pero inmune a cualquier cuestionamiento sobre su razón de ser»²⁰.

La tendencia clásica del gobernante a garantizarse un ámbito propio de decisión que sea prueba de su poder ha dificultado que otro orden, el judicial, haya estado en condiciones de inmiscuirse en aquél, cuestionando el fondo de la decisión y anulando la que ha considerado vulneradora de normas o derechos. Esa realidad es especialmente notoria en nuestros días y se demuestra por la tendencia de los ejecutivos a recurrir al con-

¹⁸ L. M. Díez-Picazo, *Sobre secretos oficiales*, op. cit., p. 41.

¹⁹ M.ª P. Otero González, *La revelación del secreto de Estado...*, op. cit., p. 46.

²⁰ M. Revenga Sánchez, «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53 (1998), p. 59.

cepto de *seguridad nacional* para impedir, o al menos obstaculizar, cualquier control judicial sobre las decisiones de clasificación de las materias. Se fundamentaría este hecho en lo que Revenga denomina «el uso emotivo de la seguridad nacional»²¹, una idea a la que es difícil oponerse pero que no interpretada en su justa medida puede ser una buena excusa alegable para justificar la clasificación de una materia, en nuestro caso en aplicación de la Ley de 1968.

La entrada en vigor de la Constitución ha modificado ese *status quo*. El efecto directo de la aplicación del art. 24.1 CE ha llevado en algún momento a que se sostenga la inconstitucionalidad de la LSO de 1968. Así, en el Informe de 1995 presentado por el Defensor del Pueblo ante el Congreso de los Diputados se dice que el contenido de los artículos más importantes de la ley, es decir, el 4 (órganos con potestad para calificar en exclusiva materias clasificadas), el 11.2 (órganos que pueden permitir el acceso a esas materias clasificadas) y el 13 (prohibición de que esas materias una vez clasificadas puedan ser conocidas, incurriendo en infracción penal el desconocimiento de esa prohibición) «genera serias dudas acerca de su validez constitucional cuando se ponen en relación con alguno de los derechos fundamentales enumerados en el título I de la Constitución (derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales —art. 24.1— y derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa —art. 24.2—)». El hecho de que la ley sea preconstitucional, y teniendo en cuenta el momento político en el que se aprueba, es lógico que su literalidad pueda ser incompatible en algunos extremos con la Constitución. Por ello, como pedía el Defensor del Pueblo en el citado Informe, sería conveniente que se abordara la reforma del régimen jurídico de los secretos oficiales en España para adaptarlo a la Constitución. Hasta que llegue ese momento no se trata tanto de decir que la LSO es inconstitucional, sino que hay que interpretar sus artículos a la luz de la Constitución dando lógicamente primacía a ésta aplicándose directamente cuando el artículo en cuestión de la LSO tenga un contenido no conciliable con la Carta Magna.

IV. LA LEY DE SECRETOS OFICIALES

Ya se ha señalado con anterioridad que la regulación genérica sobre *secretos oficiales* se encuentra en la LSO de 1968, reformada por Ley 48/1978,

²¹ *Ibid.*, p. 65.

de 7 de octubre²². Es una norma preconstitucional, pero la lectura de su preámbulo indica un deseo, aunque tímido, de asimilarse a otros países e integrarse así, aunque fuera de un modo jurídico, en el ámbito de naciones democráticas²³. Es la idea que se desprende cuando dice que «existe una laguna en nuestra legislación que, al contrario de lo que ocurre en los Estados caracterizados por la mayor libertad de información...», o al señalar que «con la denominación de “materias clasificadas” también utilizada en otros países...». Esa impresión se refuerza a la vista del preámbulo del 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. En el mismo se indica que «para lograr una unificación normativa internacional y obtener el mismo grado de protección a las materias clasificadas en los distintos países parece aconsejable utilizar las enseñanzas del Derecho comparado, en especial el de las naciones muy industrializadas con mayor experiencia en la información tecnológica». La aprobación de la LSO se produce en la última etapa del régimen anterior, cuando el acercamiento a los países democráticos comienza a hacerse visible, pues en este tema, como apunta con acierto Cousido, «pese a la aproximación a los Estados Unidos tras la Segunda Guerra Mundial y salvado el proceso de aislamiento internacional, España no estaba completamente incorporada a la órbita a la que geográfica y culturalmente pertenece»²⁴. El propósito era loable y tal vez sincero pero el resultado del texto de la LSO no cumplió con las expectativas porque el peso del momento político que se vivía dejó su impronta dando lugar a una regulación extremadamente apegada a la preeminencia del ejecutivo en detrimento de un deseable papel preponderante de otros órganos del Estado, señaladamente el poder judicial, que en la LSO no tenía reconocida ninguna posibilidad de controlar las decisiones gubernativas sobre el particular. Sólo tras la modificación efectuada por Ley 48/1978, de 7 de octubre, se eliminó la referencia a la exclusión de cualquier tipo de control judicial en esta materia. En efecto, la citada reforma supuso, entre otras consecuencias, que se derogara el primitivo art. 10.2 según el cual «no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las cuestiones que se susciten en relación con las calificaciones a que se refiere esta ley».

²² Sobre la LSO véase P. COUSIDO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*, Barcelona, Bosch, 1995.

²³ De «paso significativo en la regulación del secreto» la califica H. WILKINSON MORERA DE LA VALL, *Secretos de Estado y Estado de Derecho...*, *op. cit.*, p. 90.

²⁴ P. COUSIDO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales...*, *op. cit.*, p. 15.

Se vetaba cualquier atisbo de control judicial produciendo de hecho y de Derecho una omnipotencia gubernamental, pues carente el poder judicial de atribuciones en este tema y no existiendo un verdadero Parlamento representativo que dispusiera de eficaces instrumentos de control político sobre el gobierno, la posición de éste era, en esta cuestión, de absoluto monopolio y la aplicación de la LSO en algunas ocasiones difícilmente podía justificarse por el deseo de proteger al Estado, sino que, como apunta con acierto García-Trevijano Garnica, esa norma se entendía «como un instrumento para impedir simplemente la difusión de noticias más o menos adversas desde un punto de vista político»²⁵.

Esa insostenible realidad es a la que la reforma de 1978 puso fin, aunque de una manera incompleta, porque no se introdujo en la LSO ninguna referencia concreta al tipo de control judicial, en este caso la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa, que cabía en relación con la clasificación de materias, aunque algún sector doctrinal sostiene que en realidad esa omisión «responde quizás más a la no necesidad de una previsión de tal tenor, ya que derivaría de la propia Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (la vigente entonces), concretamente de su art. 2, en cuanto deja fuera de su competencia (están “no sujetos”) las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos»²⁶. En descargo de la reforma hay que decir que la Constitución, aunque ya estaba elaborada prácticamente, aún no se había aprobado, pero hubiera sido prudente haber incorporado ya los oportunos controles judiciales adecuados a la protección del derecho a la tutela judicial efectiva que iba a aparecer en el texto constitucional de inmediata aprobación. Esta carencia, como se apuntó, constituye una de las razones para criticar la LSO y defender su inconstitucionalidad. Se desaprovechó, en consecuencia, una magnífica oportunidad de colmar una carencia incompatible con la pretensión de aquel momento de configurar un nuevo orden político donde el concepto *Estado de Derecho* se quería que ocupase un lugar de preeminencia.

El texto de la LSO utiliza conceptos jurídicos indeterminados que por lo mismo dificultan la interpretación correcta de la ley y dan lugar incluso a contradicciones dentro del mismo cuerpo legal. Así, en el art. 1.1 se refiere a la clasificación «por la naturaleza de la materia», en tanto que en el párrafo segundo del mismo art. 1 se dice que «tendrán carácter secreto,

²⁵ E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Materias clasificadas y control parlamentario», *op. cit.*, p. 150.

²⁶ *Ibid.*, p. 176.

sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por ley». Parece que el legislador tuvo en mente un criterio clasificatorio atendiendo al viejo dilema Derecho natural *vs.* Derecho positivo. Aludir a la *naturaleza de la materia* es incluir una referencia abstracta incompatible con el acto administrativo por el que se concreta y da forma jurídica a un acto discrecional, político en la antigua nomenclatura, del gobierno, porque en todo caso se necesita de una actuación expresa de clasificación²⁷, luego la *naturaleza* hay que interpretarla para poder clasificar posteriormente la materia de que se trate, por el gobierno lógicamente, que es quien tiene la competencia genérica en este orden. Ese carácter «natural» que se desprende de la lectura del art. 1.1 queda matizado a la vista del art. 2 LSO, según el cual «a los efectos de esta ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en peligro la seguridad y defensa del Estado». Aquí se proyecta una visión más positivista en el sentido de que la clasificación de las materias a efectos de la LSO, aunque lo sean por su *naturaleza*, exige un acto volitivo del gobierno previa la correspondiente valoración de la materia de que se trate y la ponderación entre las ventajas de la clasificación y las consecuencias de la misma como excepción al principio general de publicidad.

Mención especial merece el carácter secreto de ciertas cuestiones por mandato legislativo, como ocurre con el tema de los gastos reservados. En efecto, el art. 3 de la Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, modificada por Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre, establece que «toda la información relativa a los créditos destinados a gastos reservados, así como la correspondiente a su utilización efectiva, tendrá la calificación de secreto, de acuerdo con las leyes vigentes en materia de secretos oficiales». En el mismo sentido, el art. 5.1 de la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, establece que «las actividades del Centro Nacional de Inteligencia, así como su organización y estructura interna, medios y procedimientos, personal, instalaciones, bases y centros de datos, fuentes de información y las informaciones o datos que puedan conducir al conocimiento de las anteriores materias, constituyen información clasificada con el grado de secreto, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación reguladora de los secretos oficiales y en los acuerdos internacio-

²⁷ «No cabe presumirla o sobreentenderla», dice con acierto COUSIDO. Cfr. P. COUSIDO GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales...*, *op. cit.*, p. 20.

nales o, en su caso, con el mayor nivel de clasificación que se contemple en dicha legislación y en los mencionados acuerdos».

Nos encontramos de este modo que, en relación con determinadas materias, la calificación de *secretas* se produce *ope legis*, es decir, sin intervención de alguna de las autoridades competentes para clasificar según el art. 4 LSO, esto es, el Consejo de Ministros y la ya desaparecida Junta de Jefes de Estado Mayor. Sin perjuicio de volver más adelante sobre el particular, cabe señalar en este momento que la decisión de clasificar una materia sale aquí de la esfera administrativa para reconocerse sólo al Parlamento, que no es órgano directamente habilitado para ello según el art. 4 LSO. Extraña, pues, que el gobierno en este orden quede relegado formalmente. Ahora bien, es de suyo suponer que la mayoría de las leyes que recojan disposiciones como las que se comentan nacerán seguramente de la iniciativa del gobierno a través del oportuno proyecto de ley, y en el caso de que tal iniciativa partiera de las Cámaras, el parecer del gobierno sería determinante, de tal suerte que si no comparte el criterio de los proponentes desplegaría sus influencias a través de los grupos parlamentarios afines para bloquear la iniciativa que difícilmente saldría adelante, o bien presentaría sobre el mismo tema un proyecto de ley que gozaría de prioridad en su tramitación parlamentaria (art. 89.1 CE) y, en todo caso, manifestaría su disconformidad con la proposición en la toma en consideración en el Congreso de los Diputados (art. 126 RC).

De nuevo en cuanto a los órganos competentes para clasificar materias, el primitivo art. 4.1 LSO hablaba de Consejo de Ministros y sus miembros, jefes de misiones diplomáticas de España en el extranjero y jefe del Alto Estado Mayor. El párrafo 2 del mismo artículo también reconocía esa competencia «cuando por razones de urgencia sea necesario, siempre con carácter provisional y hasta tanto sea objeto de clasificación definitiva por la (autoridad) que resulte competente» a determinadas autoridades civiles y militares. La abigarrada relación de autoridades se simplificó en la reforma de 1978 pasando el art. 4 a reconocer competencia al efecto sólo al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. Como quiera que esta última no existe en la actualidad, solamente será competente el gobierno reunido en Consejo de Ministros, sin que dicha facultad pueda ser transferida ni delegada (art. 5 LSO). La cancelación de cualquiera de las calificaciones previstas en el art. 3 LSO (secreto y reservado) será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración (art. 7 LSO). En la actualidad esta actuación del gobierno se encuadra en las competencias

que la Constitución le atribuye como órgano de dirección de la política y de la defensa del Estado (art. 97 CE).

El elemento objetivo del *secreto* se recoge en el art. 2 LSO: «A los efectos de esta ley podrán ser declaradas “materias clasificadas” los asuntos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado». Apunta Cousido²⁸ que esa enumeración de lo que es potencialmente clasificable se refiere sólo a lo que puede serlo por *naturaleza*, no en relación con lo que lo sea por disposición legal. Sin embargo, parece razonable pensar que lo que se entienda *secreto* en virtud de una ley tendrá un objeto que bien se puede reconducir a alguna de las categorías recogidas en el citado art. 2. Incluso desde un argumento puramente literal, toda vez que, según el art. 3 LSO, «las “materias clasificadas” serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran». Algo calificado de *secreto*, aunque lo sea en virtud de una ley, no deja de ser una «materia clasificada» que, obviamente, ha de tener un objeto, en cuyo caso debemos remitirnos al art. 2. Otra cuestión es entender si el mismo contiene una enumeración *ad exemplum* o, por el contrario, si agota todas las posibilidades. Cousido considera que «la enumeración es exhaustiva»²⁹. Ciertamente la redacción es generosa y abarca lo que puede ser objeto de *secreto*, porque en la actualidad las nuevas tecnologías permiten un intercambio de información en formatos desconocidos en 1968, pero aun así estaría incluido en la categoría de objetos si atendemos sólo al soporte físico en el que puede incluirse aquello que realmente se clasifica.

Volviendo al mencionado art. 3 LSO, se distinguen las categorías de *secreto* y *reservado*. El Reglamento en desarrollo de la LSO se encarga de aclarar en su art. 3.1 que se clasificará de *secreto* las materias referidas en el art. 2 LSO «que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional». La clasificación de *reservado* se aplicará, según el art. 3.2 del Reglamento, a aquellos objetos no comprendidos en el párrafo 1 «por su menor importancia, pero cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los referidos intere-

²⁸ *Ibid.*, p. 26.

²⁹ *Ibid.*, p. 27.

ses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional». Es evidente que esos conceptos deben interpretarse en la actualidad de acuerdo con la Constitución.

Este recorrido por algunos de los más destacados artículos de la LSO evidencia la necesidad de modificar sustancialmente esta regulación legal de los secretos oficiales para adaptarla a una nueva realidad constitucional, incluyendo la previsión de una duración máxima, ahora inexistente, de la clasificación.

V. DEBER DE RESERVA

El concepto de *secreto* quedaría huérfano de contenido si no fuera acompañado del deber de reserva de quienes están encargados de la custodia de las informaciones, documentos u objetos o tienen acceso o conocimiento de los mismos por razón de su cargo o función o por otro tipo de razones.

Si bien ese deber puede ir referido a cualquier persona, lo cierto es que hay un mayor grado de vinculación al mismo por parte de los funcionarios públicos, en especial aquellos que por su trabajo tienen relación con materias especialmente sensibles. Se crea así un deber genérico de reserva que incumbe a todo funcionario público y un deber específico de los integrantes de servicios de inteligencia encargados de la custodia de aquellos documentos que hayan sido clasificados y de todos los integrantes de servicios de seguridad e inteligencia que no deben divulgar los datos que conocen por la razón que fuere. Se trata, en primer lugar, de una presunción basada en la confianza de que el funcionario va a cumplir con su obligación de respetar la ley en general y con su obligación de no revelar lo que está clasificado. Se trataría de un deber de neutralidad política respetando la clasificación efectuada legítimamente por el ejecutivo o por las Cortes Generales y que de revelarse podría poner en riesgo los bienes protegidos por el secreto oficial, es decir, la seguridad, estabilidad y permanencia del Estado. En segundo lugar, se entiende que esa obligación va en paralelo al concepto de profesionalidad. Con ello se trata de asegurar la confidencialidad de todo lo que conoce por el desempeño de su trabajo, que por lo mismo no será conocido por terceros.

Una materia clasificada puede llegar a conocimiento de cualquiera, funcionario o no. Por eso la LSO indica en su art. 6 que si es funcionario civil o militar debe ponerlo en conocimiento de los órganos compren-

didados en el art. 4 LSO, ya estudiado, y si es un particular, el art. 9.1 LSO establece la obligación de mantener el secreto y entregarlo a la autoridad civil o militar más cercana, y si ello no fuese posible, a poner en conocimiento de ésta su descubrimiento o hallazgo. La autoridad lo comunicará sin dilación al Departamento ministerial que estime interesado o a la Presidencia del Gobierno, adoptando entretanto las medidas de protección que su buen juicio le aconseje. Por otra parte, «cuando una “materia clasificada” permita prever que pueda llegar a conocimiento de los medios de comunicación, se notificará a éstos la calificación de secreto o reservado» (art. 9.2 LSO). Especialmente significativo es el caso de los diputados que accedan a documentación clasificada en aplicación de la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 11 de mayo de 2004, sobre secretos oficiales. El punto noveno de la Resolución establece que «lo dispuesto en el art. 16 del Reglamento de la Cámara será de aplicación a las actuaciones de los diputados relacionados con la materia que regula la presente resolución». El citado art. 16 dice que «los diputados estarán obligados a adecuar su conducta al Reglamento y a respetar el orden, la cortesía y la disciplina parlamentarias, así como a no divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto en aquél, puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas».

El incumplimiento de este deber de no divulgar materias clasificadas supone una doble consecuencia. Por una parte, para los funcionarios, la responsabilidad disciplinaria a depurar internamente según las normas disciplinarias aplicables al cuerpo al que se pertenezca y la responsabilidad penal si se entiende que la conducta es delito según el Código Penal o el Código Penal Militar, según proceda. Para los no funcionarios la única responsabilidad será de tipo penal. En el caso de los diputados, la infracción de su deber de secreto podrá suponer la privación de alguno o de todos sus derechos por acuerdo de la Mesa de la Cámara en los términos de su Reglamento (art. 99.1.2.º RC).

Sobre la responsabilidad disciplinaria, con carácter general, el art. 95.2.f) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, establece como falta muy grave «la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento público». Con un carácter más específico:

- a) En cuanto al Centro Nacional de Inteligencia, el art. 94.11 del Real Decreto 240/2013, de 5 de abril, por el que se aprueba el Estatu-

to de Personal del Centro Nacional de Inteligencia, establece como falta muy grave «la negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por ley o clasificados como tales, que sea causa de su publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido cuando no constituya delito».

- b) En relación con el Cuerpo Nacional de Policía, el art. 7.g) de la Ley Orgánica 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen Disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, considera falta muy grave «la publicación o la utilización indebida de secretos oficiales, declarados así con arreglo a la legislación específica en la materia».
- c) Por lo que se refiere a la Guardia Civil, el art. 7.16 de la Ley Orgánica 12/2007, de 22 de octubre, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil, califica como falta muy grave «la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, declarados así con arreglo a la legislación específica en la materia».
- d) En las Fuerzas Armadas, el art. 6.12 de la Ley Orgánica 8/2014, de 4 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, entiende que es falta leve, cuando no constituya infracción más grave o delito, la inexactitud en el cumplimiento de las normas de seguridad y régimen interior, así como en materia de obligada reserva, mientras que el art. 7.18 de la misma norma considera falta grave, cuando no constituya falta muy grave o delito, no guardar la debida discreción sobre materias objeto de reserva interna o sobre asuntos relacionados con la seguridad y defensa nacional, así como hacer uso o difundir por cualquier medio, hechos o datos no clasificados de los que haya tenido conocimiento por su cargo o función, en perjuicio del interés público. Por último, el art. 8.4 de la citada ley orgánica establece como falta muy grave, cuando no constituya delito, el incumplimiento del deber de reserva sobre secretos oficiales y materias clasificadas.

Como se puede comprobar, en todos los casos la inobservancia del deber de reserva determina el máximo grado de responsabilidad disciplinaria pudiendo ser sancionada, en cualquiera de las instituciones señaladas, incluso con la separación del servicio.

En cuanto a la responsabilidad penal por revelación de secretos³⁰, hay que diferenciar la regulación del Código Penal y del Código Penal Mili-

³⁰ Sobre el particular véase R. REBOLLO VARGAS, *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, Cedecs, 1996.

tar³¹. En relación con el primero, debe señalarse *ab initio* que distingue entre delitos de infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos (capítulo IV, título XIX, libro II) de los delitos de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional (capítulo III, título XXIII, libro II). Así, en el primer supuesto, el art. 417.1 establece que «la autoridad o funcionario público que revelare secretos o información de los que tenga conocimiento por razón de su oficio o cargo y que no deban ser divulgados, incurrirá en la pena de multa de doce a dieciocho meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años. Si de la revelación a que se refiere el párrafo anterior resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años». Por su parte, según el art. 418, «el particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad será castigado con multa del tanto al triplo del beneficio obtenido o facilitado. Si resultara grave daño para la causa pública o para tercero, la pena será de prisión de uno a seis años»³². Lo importante es no sólo el hecho de revelar un secreto, sino, sobre todo, la repercusión de ese comportamiento. Por eso las penas se endurecen notablemente cuando de esa revelación se han producido efectivamente consecuencias negativas para la seguridad del Estado.

El Código Penal diferencia además, como se ha indicado anteriormente, el delito de descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional. Así, el art. 598 establece que «el que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente calificada como reservada o secreta, relacionada con la seguridad nacional o relativa a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años». La pena se aplica en su mitad superior si el sujeto es depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino o si la revelación consiste en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social

³¹ Véase A. DELGADO GIL, «El delito de revelación de secretos de Estado en los arts. 598 CP común y 53 CP militar. Reflexiones sobre sus diferencias», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7 (2005).

³² El texto de este artículo ha sido modificado por el art. 218 de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, de modificación del Código Penal, que entrará en vigor el 1 de julio de 2015, según su disposición final octava.

o de forma que asegure su difusión (art. 599). Si se reproducen, sin autorización expresa, planos o documentación referente a zonas, instalaciones o materiales que sean de acceso restringido y cuyo conocimiento está reservado por una información legalmente calificada como reservada o secreta, se castigará con la pena de prisión de seis meses a tres años (art. 600). Con la misma pena se castigará la tenencia de objetos o información legalmente calificada como reservada o secreta, relativos a la seguridad o defensa nacional, sin cumplir las disposiciones vigentes (art. 600.2). El que tenga en su poder legítimamente información legalmente calificada como reservada o secreta y por imprudencia grave dé lugar a que sean conocidos por persona no autorizada o divulgados, publicados o inutilizados, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año (art. 601). La revelación de información legalmente calificada como reservada o secreta relacionada con la energía nuclear se castiga con pena de prisión de seis meses a tres años, salvo que tenga señalada pena más grave en otra ley (art. 602). La destrucción, inutilización, falseamiento o apertura sin autorización de correspondencia o documentación legalmente calificada de reservada o secreta, relacionada con la defensa nacional por quien la tiene en su poder por razón de cargo o destino, será castigada con pena de prisión de dos a cinco años e inhabilitación especial de empleo o cargo público por tres a seis años (art. 603). Ya antes, el art. 584 dispone que «el 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, será castigado como traidor con la pena de prisión de seis a doce años». Si un extranjero residente en España comete el mismo delito será castigado con la pena inferior en grado, salvo lo establecido por tratados o por el Derecho de gentes acerca de los funcionarios diplomáticos, consulares y de organizaciones internacionales (art. 586). Igualmente se castiga a los que cometan el delito contra una potencia aliada de España, en caso de hallarse en campaña contra el enemigo común (art. 587).

Por lo que se refiere al Código Penal Militar³³, éste diferencia el espionaje militar del delito de revelación de secretos o informaciones relativas a la seguridad nacional y defensa nacional. El primero está tipificado en el art. 52, según el cual «el extranjero que, en tiempo de guerra, se procurare, difundiera, falseare o inutilizare información clasificada o de interés mili-

³³ Sustituido en la actualidad por Ley Orgánica 14/2015, de 14 de octubre, del Código Penal Militar.

tar susceptible de perjudicar a la seguridad nacional o a la defensa nacional, o de los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o las industrias de interés militar, o la revelase a potencia extranjera, asociación u organismo internacional, será castigado, como espía, a la pena de quince a veinticinco años de prisión». En cuanto al segundo de los citados delitos aparece en el art. 53, en cuya virtud «el militar que, sin propósito de favorecer a una potencia extranjera, asociación u organismo internacional, se procurare, revelare, falseare o inutilizare información legalmente clasificada relativa a la seguridad nacional o defensa nacional, a los medios técnicos o sistemas empleados por las Fuerzas Armadas o relativa a industria militar, será castigado con la pena de tres a diez años de prisión. Si la información no estuviese legalmente clasificada se impondrá la pena de uno a seis años. El español que en tiempo de guerra cometiera estos delitos incurrirá en la pena de cinco a veinte años de prisión». Las penas citadas se imponen en su mitad superior cuando el sujeto activo sea depositario o conocedor del secreto o información por razón de su cargo o destino o cuando la revelación consista en dar publicidad al secreto o información en algún medio de comunicación social o de forma que asegure su difusión (art. 54). Si un militar tiene en su poder, fuera de las condiciones legalmente establecidas, objetos, documentos o información clasificada relativos a la defensa nacional, será castigado con la pena de cuatro meses a cuatro años de prisión. Con las mismas penas se castiga al militar que, sin autorización expresa y por cualquier medio, reproduzca planos o documentación referente a zonas, instalaciones o material militar que sean de acceso restringido o reservado por su relación con la seguridad o la defensa nacional. Al español que en tiempo de guerra cometa esos delitos se le impondrá la pena de tres a diez años de prisión (art. 55). Por último, el militar que, por su cargo, comisión o servicio, tuviera en su poder o conociera oficialmente documentos, objetos o información legalmente clasificada o relativa a la seguridad o defensa nacional, y por imprudencia diera lugar a que sea conocida por persona no autorizada o fuera divulgada, publicada o inutilizada, será castigado con la pena de tres meses y un día a tres años de prisión. Si ese delito es cometido por español en tiempo de guerra se le impondrá la pena de prisión de uno a seis años (art. 56).

De esta regulación del Código Penal Militar se desprende que su aplicación no se reserva en todo caso sólo a militares, sino también a civiles españoles cuando los delitos se cometan en tiempo de guerra. Por eso distingue Delgado Gil si el delito se comete en tiempo de paz o de guerra, de forma que «se aplicará el Código Penal común de 1995 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 sólo será aplicable a los extranjeros (militares o no). De otra parte, el CP Militar se aplicará, en tiempo de paz, a los militares que sean españoles y, en tiempo de guerra, a todos los españoles, sean militares o no»³⁴. El concepto *tiempo de guerra*, como supone un agravamiento de las sanciones, debe ser interpretado de forma restrictiva y, por tanto, limitarlo a la guerra declarada formalmente de acuerdo con la Constitución (art. 63.3). En este orden, el Código Penal establece que «incurrirán en la pena de prisión de quince a veinte años los miembros del gobierno que, sin cumplir con lo dispuesto en la Constitución, declararan la guerra o firmaran la paz» (art. 588).

En cuanto al bien jurídico protegido, ambos Códigos se refieren a la seguridad y defensa nacional. No hay en la Ley Orgánica 5/2005, de 17 de noviembre, de la Defensa Nacional, un concepto de defensa nacional, a diferencia del art. 2 de la derogada Ley Orgánica 6/1980, de 1 de julio, por la que se regulan los criterios básicos de la defensa nacional y la organización militar, modificada por la Ley Orgánica 1/1984, de 5 de enero. Ahora la nueva ley orgánica define en el art. 2 *la finalidad de la política de defensa*, que será «la protección del conjunto de la sociedad española, de su Constitución, de los valores superiores, principios e instituciones que en ésta se consagran, del Estado social y democrático de Derecho, del pleno ejercicio de los derechos y libertades, y de la garantía, independencia e integridad territorial de España. Asimismo, tiene por objetivo contribuir a la preservación de la paz y seguridad internacionales en el marco de los compromisos contraídos por el Reino de España». Por su parte, la Estrategia de Seguridad Nacional de 2013 define la seguridad nacional como «la acción del Estado dirigida a proteger la libertad y el bienestar de sus ciudadanos, a garantizar la defensa de España y sus principios y valores constitucionales, así como a contribuir junto a nuestros socios y aliados a la seguridad internacional en el cumplimiento de los compromisos adquiridos». Atendiendo a esta definición, el concepto de *seguridad nacional* englobaría el de *defensa nacional*³⁵ aunque, como es fácil de percibir, el contenido de ambas definiciones es bastante similar.

La lectura del Código Penal y del Código Penal Militar permite diferenciar delitos que en principio pudieran tener contornos no siempre divergen-

³⁴ A. DELGADO GIL, «El delito de revelación de secretos de Estado...», *op. cit.*, p. 12.

³⁵ Al contrario de lo que defiende DELGADO GIL en relación con regulaciones legislativas anteriores véase *ibid.*, p. 9.

tes. En concreto, primeramente espionaje/descubrimiento y revelación de secretos. Siguiendo a Segrelles, «el criterio básico para diferenciar hoy día el descubrimiento y revelación de secretos del espionaje es que se realice con intención de favorecer a una potencia extranjera, independientemente de que haya o no una situación de guerra. Este criterio ha sido definitivamente aceptado por el CP y el CPM, que precisamente diferencian el espionaje del descubrimiento y revelación de secretos de Estado en función del elemento subjetivo del injusto consistente en que exista o no “ánimo de favorecer a una potencia extranjera”»³⁶. Igualmente, se puede distinguir espionaje de traición. Según el mismo autor, «el criterio que es el que sigue el CPM y la mayoría de la doctrina científica se basa en la nacionalidad del sujeto activo. El espionaje se caracteriza por el medio insidioso de obtener la información que se comunica. Cuando el espionaje lo realiza el nacional contra su propia patria, su propio ejército o su propio Estado se añade la insidia a la deslealtad, la felonía y entonces es traición. En consecuencia, cuando el sujeto activo sea un extranjero habrá espionaje y cuando sea un nacional habrá traición»³⁷.

Desde un plano estrictamente procesal, hay que tener en cuenta en este tema el art. 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su punto 2 establece que no podrán ser obligados a declarar como testigos: los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior para prestar la declaración que se les pida. Se produce aquí una colisión de deberes y de intereses porque constitucionalmente existe el deber de colaborar con la justicia (art. 118); colisión que se salva en favor del mantenimiento de la posibilidad de no declarar³⁸ cuando el secreto que se conoce está clasificado en virtud de la LSO y su revelación pondría en peligro la seguridad del Estado. Sin embargo, la exención de declarar por orden del superior debería quedar suprimida³⁹ porque introduce un factor de inseguridad notable al depender de la voluntad personal en cada caso, incompatible con el objetivo de la acción judicial de esclarecimiento de la verdad.

³⁶ I. SEGRELLES DE ARENAZA, *Protección penal del secreto...*, *op. cit.*, p. 145. Hay que tener en cuenta que estas palabras están redactadas en relación con el Código Penal de 1973 [art. 135.bis.a), b), c), d) y g)], pero la redacción en los delitos que se comentan es prácticamente idéntica que la actual (arts. 598, 599, 600, 601 y 603).

³⁷ *Ibid.*, pp. 148-149.

³⁸ En la línea defendida por M.ª P. OTERO GONZÁLEZ, *La revelación del secreto de Estado...*, *op. cit.*, p. 134.

³⁹ *Ibid.*, p. 135.

GLOSARIO

CE	Constitución Española.
CESID	Centro Superior de Información de la Defensa.
CP	Código Penal.
CPM	Código Penal Militar.
FD	Fundamento de Derecho.
LSO	Ley de Secretos Oficiales.
RC	Reglamento del Congreso de los Diputados.
RS	Reglamento del Senado.
STS	Sentencia del Tribunal Supremo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ANTONIO, J. A., «El deber de secreto de los parlamentarios», *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, núm. 76 (1990), pp. 4-26.
- CANO BUESO, J., «Información parlamentaria y secretos oficiales», *Revista de las Cortes Generales*, núm. 42 (1997), pp. 7-34.
- COUSIDO GONZÁLEZ, P., *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales*, Barcelona, Bosch, 1995.
- DELGADO GIL, A., «El delito de revelación de secretos de Estado en los arts. 598 CP común y 53 CP militar. Reflexiones sobre sus diferencias», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, núm. 7 (2005).
- DIEZ-PICAZO, L. M., *Sobre secretos oficiales*, Madrid, Civitas, 1998.
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J., «El control jurisdiccional de los actos del gobierno y de los Consejos de Gobierno», *Revista Jurídica de Castilla y León*, núm. 26 (2012), pp. 45-76.
- «El control judicial de los secretos oficiales», en F. SOSA WAGNER (coord.), *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. don Ramón, Martín Mateo*, t. II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 2313-2338.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., «Materias clasificadas y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 48 (1996), pp. 145-178.
- LOZANO, B., *La desclasificación de los secretos de Estado*, Madrid, Civitas, 1998.
- OTERO GONZÁLEZ, M.^a P., *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.
- PÉREZ VILLALOBOS, M.^a C., *Derechos fundamentales y servicios de inteligencia (un estudio a la luz de la nueva legislación)*, Granada, GEU, 2002.
- REBOLLO VARGAS, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Barcelona, Cedecs, 1996.

- REVENGA SÁNCHEZ, M., *El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Barcelona, Ariel, 1995.
- «Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 53 (1998), pp. 57-74.
- RUIZ MIGUEL, C., *Servicios de inteligencia y seguridad en el Estado constitucional*, Madrid, Tecnos, 2002.
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., «Actos políticos, inteligencia nacional y Estado de Derecho», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 65 (2002), pp. 107-131.
- SÁNCHEZ FERRO, S., *El secreto de Estado*, Madrid, CEPC, 2006.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I., *Protección penal del secreto de Estado [arts.135.bis.a) al 135.bis.d) del Código Penal]*, Madrid, Edersa, 1994.
- TORRES VENTOSA, J. J., «La regulación legal de los secretos oficiales», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, núm. 16 (1998), pp. 357-387.
- WILKINSON MORERA DE LA VALL, H., *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Barcelona, Atelier, 2007.
- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe del Defensor del Pueblo sobre la vigente regulación de los secretos oficiales*, 1995.

