

## **RECENSIÓN DEL LIBRO DE SUSANA SÁNCHEZ FERRO, *EL SECRETO DE ESTADO*, CENTRO DE ESTUDIOS POLÍTICOS Y CONSTITUCIONALES, MADRID, 2006, 482 PÁGINAS\***

ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUITIÁN\*\*

La finalidad que persigue la autora con su monografía es la comprensión y juicio crítico del actual sistema español del secreto de Estado, que le conduce a proponer el abandono de la vigente normativa preconstitucional reguladora de la materia, señalando, ante las carencias de ésta, qué propuestas concretas de mejora debería tener una futura ley.

Desde luego no puede decirse que el secreto de Estado sea un tema reciente, se trata de un viejo problema que han tenido todas las formas políticas a lo largo de la Historia. De hecho los juristas y politólogos se han ocupado del mismo desde hace siglos: así, las teorías sobre la razón de estado (que tan bien refleja la autora en las páginas del libro) y el poder divino de los monarcas han justificado el recurso al secreto de Estado como un instrumento de gobierno, cuya utilidad era asegurar el dominio y poder del soberano. Pero sin duda lo que sí puede afirmarse es que este antiguo problema cobra una especial fuerza en el momento actual, esto es, adquiere gran importancia y complejidad en el constitucionalismo democrático. Nuestro estado constitucional, por su doble condición de democrático y de Estado de Derecho, requiere publicidad en la actuación de los poderes públicos, y no hay que olvidar que el secreto de Estado constituye una clara excepción a la regla general de la publicidad de los actos de dichos poderes públicos. Como apunta Susana SÁNCHEZ FERRO, la cuestión no radica hoy en día en la supresión del secreto, pero sí en su sujeción a unos claros límites, de manera que sólo cabe admitirlo cuando está dirigido de forma exclusiva a tutelar el propio sistema constitucional, sus principios y valores.

Como señala Manuel ARAGÓN, actual magistrado del Tribunal Constitucional y director de la tesis doctoral de Susana SÁNCHEZ que da lugar con posterioridad a esta monografía, estamos ante una obra de envergadura que exige una gran madurez, no sólo por la dificultad de la materia y su escaso estudio por la doctrina española, sino porque su adecuado tratamiento exige un conocimiento previo de la Teoría General (de la Constitución o Derecho Constitucional general), del desarrollo histórico de los secretos de Estado y del Derecho Comparado. Requiere adentrarse, además, en grandes temas del pensamiento ju-

---

\* Fecha de recepción: 14.9.2010  
Fecha de aceptación: 15.10.2010

\*\* Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad Autónoma de Madrid. Correo electrónico: [alma.guitian@uam.es](mailto:alma.guitian@uam.es)

rídico antiguo y actual: problemas de relaciones entre la política y el derecho, el equilibrio entre los poderes del Estado y el control jurisdiccional de los actos de gobierno. La autora, a través de unas páginas llenas de rigor y a la vez de extraordinaria claridad, de cuidada redacción y análisis exhaustivo de los distintos argumentos a favor y en contra de su postura, sitúa al jurista lector ante una materia compleja pero apasionante. Como ella misma cuenta en las primeras páginas de la obra, diversos instrumentos han posibilitado la adquisición de sus conocimientos en la materia: ha podido formarse a través de estancias de investigación en Berkeley (EEUU) o en Saarbrücken (Alemania). A su vez también la Comisión *Fulbright*, la Embajada en EEUU y el Departamento de Estado de este último país le han concedido becas para participar con expertos de todo el mundo en cursos y congresos muy relevantes para el estudio del secreto de Estado.

Para la construcción de su libro analiza el desarrollo histórico de la figura jurídica del secreto de Estado y lleva a cabo un estudio comparado de la materia en determinados países de nuestro entorno, en especial, Alemania, Estados Unidos e Italia, sin que realice un mero traslado de las soluciones de estos ordenamientos al español. Aunque bien es cierto que la autora apunta el tratamiento de ciertas cuestiones en otros países distintos a los mencionados, como Suecia o Francia, sin embargo ha querido centrarse en los tres anteriores citados en cuanto ello le permitía enfocar de modo más directo los problemas que plantea en España el secreto de Estado. La estructura de la obra es clara, y está dividida, desde el punto de vista sustantivo, en tres grandes cuestiones, y de tal modo aparecen reflejadas en el índice. De un modo muy sintético, en la primera parte fija las bases conceptuales, mediante una aproximación a los conceptos de secreto y secreto de Estado, por un lado, y, por otro, al principio de publicidad. En la segunda parte analiza exhaustivamente el régimen jurídico concreto del secreto de Estado en España, valiéndose para ello del estudio de los distintos sistemas de protección existentes en el Derecho Histórico y Comparado. Y, por último, se ocupa del control jurisdiccional de los secretos de Estado, tema que ella califica como el “más apasionante, polémico y complejo” de aquellos que plantea el régimen jurídico aplicable al secreto de Estado.

La primera parte, que se subdivide en varios capítulos, acerca al jurista a los conceptos de secreto y secreto de Estado, en primer lugar. Así como en el lenguaje común el secreto se predica de todo aquello que se mantiene en condiciones de confidencialidad (es decir, no presupone contenido material alguno), en el lenguaje jurídico sucede todo lo contrario. La definición que proporciona la legislación reguladora de esta temática (Ley 8/1968 de 5 de abril de Secretos Oficiales) va vinculada a la naturaleza de la materia sobre la que versa el secreto. De este modo el secreto de Estado consiste en la ocultación intencionada de información a los ciudadanos por parte de los poderes públicos cuando haya razones de seguridad y defensa del Estado que así lo aconsejan. Realmente en España no hay una norma que se refiera al término concreto “secretos de Estado”. Únicamente se alude al concepto de “secretos oficiales” en la citada Ley 9/1968 de 5 de abril reguladora de dicha materia, modificada con posterioridad por la Ley 48/1978 de 7 de octubre. Parece que no

hay acuerdo doctrinal en nuestro país en torno a si es más conveniente el uso del término “secretos oficiales” o el uso del vocablo “secretos de Estado”. La autora considera más adecuado este último, que de hecho da título a su obra, pero advierte que tampoco quiere convertir esta cuestión en un verdadero problema de fondo. A su juicio la expresión legal “secretos oficiales” induce a cierta confusión, ya que oficial puede definirse como todo aquello que está conectado con la actividad de las autoridades del Estado, y el secreto de Estado no tutela toda la información administrativa u oficial, sino sólo aquella información que puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa estatal.

Dentro de esta primera parte aborda, en segundo lugar, el principio de publicidad. Lo primero que se pregunta el lector curioso es la razón de que estudie tal cuestión aquí. La autora satisface pronto tal curiosidad: El principio de publicidad implica la posibilidad de alcanzar general conocimiento por parte de todo ciudadano de la actividad desarrollada por los poderes públicos en la realización de sus funciones. El secreto implica una derogación de este principio general de conocimiento, es decir, supone una excepción al principio de publicidad, de modo que carecería de sentido el análisis del régimen jurídico del secreto de Estado sin estudiar previamente lo exceptuado: el régimen de publicidad aplicable a la información gubernamental. La autora da cuenta, en concreto, de los inicios de la política de publicidad de la actividad administrativa y gubernamental en España (Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958, Ley de Prensa e Imprenta de 18 de marzo de 1966 y Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968), para acabar estudiando el principio de publicidad en la Constitución Española de 1978. En realidad es con la CE 1978 cuando el principio de publicidad resulta aplicable a la actuación del Poder Ejecutivo, pero incluso en el texto constitucional tampoco se consagra este principio de forma clara, sino que se deduce de una pluralidad de normas constitucionales. Susana SÁNCHEZ FERRO concluye que el principio de publicidad aplicable a la actuación del Gobierno y de la Administración es un principio constitucional y no sólo un principio general del derecho, de manera que la regulación sobre el secreto de Estado tendrá que interpretarse de tal modo que favorezca al máximo la publicidad de la actuación de los poderes públicos, restringiendo, por tanto, los niveles de secreto que puedan afectar a tal actividad. Señala, por último, que para un determinado sector doctrinal el derecho a la información del artículo 20.1.d) CE implicaría para todos los ciudadanos la posibilidad de conocer toda aquella información generada por los poderes públicos, de manera que el secreto de Estado se convertiría desde esta perspectiva en uno de los límites al derecho de información. Por ello el alcance de tal derecho pasa a ser una cuestión trascendental que ha de examinarse para determinar el régimen jurídico aplicable a los secretos de Estado.

De ahí que el objeto último de esta primera parte de la obra es el análisis de si existe un deber del Ejecutivo de informar a los ciudadanos en general sobre sus actividades que encuentre su fundamento en el derecho de información del artículo 20.1.d) CE. Para responder a tal cuestión profundiza en el derecho de información y en su alcance en el ordenamiento jurídico español, sobre todo a raíz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, y utili-

zando como instrumento el Derecho Comparado: la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos (país en el que no se reconoce desde luego un derecho ilimitado de búsqueda de información) y los modelos alemán e italiano del derecho de información. Nuestro Tribunal Constitucional a veces ha protegido el proceso de búsqueda de información, pero desde luego no ha reconocido un derecho general de acceso de todos los ciudadanos a la información gubernamental de carácter ilimitado, con el consiguiente deber de informar por parte de los poderes públicos. El derecho de información del artículo 20.1.d) CE ni delimita qué deberes de publicidad corresponden al Estado ni qué derechos en relación con la publicidad ostentan los ciudadanos. Tampoco para la autora este precepto constituye el fundamento para el reconocimiento de un derecho a exigir información por parte de los ciudadanos sobre la base de la actuación de los poderes públicos (aunque ciertamente hay opiniones doctrinales contrarias). Coincide con la doctrina administrativista más relevante en señalar el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos regulado en el artículo 105 b) CE como una manifestación del principio de publicidad de la actividad administrativa. Pero tal principio de publicidad parece que queda restringido a la información relativa a la actividad de la Administración que quede documentada y depositada en registros o archivos administrativos.

La segunda parte del libro trata de aproximarnos al régimen jurídico concreto del secreto de Estado en el ordenamiento jurídico español. A mi juicio, desde el punto de vista sustantivo, podemos subdividir sus diversos capítulos en dos grandes propósitos perseguidos por la autora: Su primer objetivo es identificar el sistema de protección del secreto de Estado existente en España, utilizando para ello un método histórico y comparado. Con este fin estudia los diversos sistemas de protección del secreto de Estado desde el Código Napoleónico hasta las normas preconstitucionales en los sistemas latinos europeos. Los mecanismos legales de protección del secreto son muy similares de modo inicial en España, Francia e Italia. De hecho las primeras normas que regulan el secreto de Estado en Europa son sobre todo penales, con la regulación de los delitos de traición o espionaje. Dentro de este análisis del Derecho Comparado, presta una especial atención a la regulación pasada y actual alemana, donde existe una protección fundamentalmente penal del secreto de Estado junto a una regulación administrativa, pero el Código Penal tutela el secreto con independencia de la regulación administrativa que se hace de dicha información (es decir, ambas regulaciones gozan de independencia entre sí). A continuación se plantea la adecuación de las normativas española e italiana sobre el secreto de Estado a sus respectivas Constituciones, es decir, se plantea la admisibilidad constitucional de esta figura jurídica. Es preciso, pues, hallar un fundamento constitucional al uso del secreto de Estado en cuanto tal secreto supone un límite claro tanto al principio de publicidad de la CE 1978 como al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos reconocido también en la CE en su artículo 105 b). La constitucionalidad de los secretos de Estado es puesta en tela de juicio ante el Tribunal Supremo en sus sentencias de 4 de abril de 1997, conocidas como las sentencias de “los papeles del CESID”. La autora profundiza en los dos argumentos utilizados por dicho tribunal para fundamentar la constitucionalidad de dicha figura jurídica:

la exigencia de eficacia de la acción administrativa establecida por el artículo 103.1 CE y la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho. En cuanto al primero, el secreto de las “actuaciones o medidas previas” posibilita llevar a cabo planes o acciones al permitir que se estudien y comparen diferentes opciones de acción sin presiones externas, admitiendo incluso que se dé marcha atrás en las iniciativas. Pero tras la fase de deliberación, según la autora, el principio de eficacia ya no sirve como fundamento del secreto de los asuntos, que son públicos en virtud de la CE y de su principio de publicidad. En cuanto a la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, Susana SÁNCHEZ FERRO alerta del peligro de que la invocación de la supervivencia estatal pueda llevar tanto a los poderes públicos como a los jueces a sobrevalorar el interés de la seguridad del Estado, peligrando de este modo los propios derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos. A su juicio siempre que haya de ponderarse la seguridad del Estado, por una parte, y los derechos fundamentales de los ciudadanos, por otra, ha de partirse de la idea de que los derechos fundamentales de los ciudadanos forman parte de la propia seguridad que se busca. Por último, se plantea cuál es el fundamento jurídico-positivo de la existencia del secreto de Estado. El artículo 105 b) CE dota de justificación constitucional a los secretos de Estado al permitir excluir del acceso a los archivos y registros administrativos los documentos cuyo conocimiento por el sujeto que accede a los mismos afecte a la seguridad y defensa del Estado. Pero, incluso si no existiese este precepto, cabría fundamentar la constitucionalidad en la propia CE, en cuanto la seguridad y defensa del Estado son bienes protegidos en ella (artículos 8, 2 y 97, por ejemplo). Esto último ocurre en Italia, donde se ha encontrado la justificación constitucional de los secretos de Estado en los preceptos de la norma fundamental que se ocupan de la seguridad del Estado italiano y de la fidelidad a sus instituciones.

Su segundo propósito en esta segunda parte de la obra es ya explicar, de modo pormenorizado, el sistema específico de tutela de los secretos que tenemos en el ordenamiento jurídico español. Pero es curioso que inmediatamente antes estudia el sistema estadounidense de protección de los secretos de Estado. La razón de ello seguramente radica en que nuestro actual sistema de protección de secretos, que es un sistema de clasificación, es muy similar al sistema americano: se establece en este último país un sistema de tutela administrativa del secreto a través del establecimiento de un método de clasificación, cuyo origen son las órdenes presidenciales que determinan los criterios para la declaración del secreto, modelo que en su día es adoptado precisamente por nuestra Ley de Secretos Oficiales del año 1968. Los sistemas, como el nuestro o el norteamericano, que basan la protección de los secretos en la clasificación por el Ejecutivo de la información secreta, se encuentran, al menos, con dos problemas: El primero es que no se protege, ni penal ni administrativamente, aquella información que las autoridades no han clasificado como tal. El segundo es que la información clasificada como secreta en su momento puede dejar de reunir los requisitos que exigió su clasificación, de modo que no va a dejar de recibir protección hasta que no sea objeto de desclasificación por la autoridad competente. La autora estudia con detenimiento una serie de puntos concretos en torno al sistema de clasificación español: sus características básicas,

los sujetos protagonistas, el objeto de la clasificación, el límite a la potestad clasificadora, la titularidad de la potestad de declaración de materias clasificadas y la desclasificación. Entre las características básicas, señala que en nuestra actual ley el sistema de declaración formal de los secretos por los órganos competentes aparece combinado con un concepto material de secreto, al existir parámetros materiales de selección de los bienes jurídicos protegidos (seguridad y defensa del Estado) sin los cuales la clasificación no procede. Le parece acertado a la autora tal sistema combinado, en cuanto elimina los riesgos de una posible arbitrariedad del poder o de actuaciones irregulares a la hora de proceder a la clasificación de cualquier información como secreta o reservada. En relación con los sujetos protagonistas, afirma que el poder del Ejecutivo en España en el desarrollo del sistema de clasificación es esencial y muy relevante, acercándose al gran poder que tiene el Presidente en EEUU, en cuanto nuestra actual ley se caracteriza por su escasa densidad normativa: así, emplea criterios muy laxos a la hora de fijar la competencia para declarar una materia como clasificada, ya que usa conceptos jurídicos indeterminados (seguridad y defensa del Estado) para delimitar lo que debe y no debe ser clasificado.

A continuación la autora estudia los dos límites establecidos por el legislador en el artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales al poder de clasificación. Hay un primer límite, antes ya citado, en relación con la materia que puede declararse clasificada, pues sólo puede clasificarse la información vinculada con la seguridad y defensa del Estado. Se requiere además que el conocimiento de la información por persona no autorizada pueda dañar o poner en riesgo esa seguridad o defensa del Estado (segundo límite). La autora dedica un número extenso de páginas a desentrañar el significado de los términos seguridad y defensa del Estado. Para ello hace un recorrido histórico de la cuestión; necesario, sin duda, en cuanto la preservación de la seguridad dentro de la sociedad constituye una de las causas fundamentales de la aparición de los Estados. Así, la dimensión actual de la noción de seguridad comienza a finales de la segunda Guerra Mundial (alrededor de 1945) y está marcada, en buena medida, por la evolución de la política de seguridad y defensa de los Estados Unidos de América. El concepto de seguridad de este país se refiere a la idea de que la nación ha de estar siempre preparada desde el punto de vista militar para cualquier ataque. Pero junto a este rasgo existen otros que definen tal concepto de seguridad: la política en esta materia busca ampararse en la promoción de sus valores democráticos y en la propagación de los principios fundamentales propios, y tal concepto abarca también la tutela de intereses políticos y hasta patrimoniales, no de modo exclusivo los militares. Concluye que el problema fundamental en la actualidad radica en la concepción normativa amplia de defensa que se maneja de modo común en todos los países de nuestro entorno cultural. Estamos ante un concepto expansivo, y la autora advierte de que tal extensión ilimitada del concepto puede conducir a abusos y a una restricción injustificada de los derechos y libertades de los ciudadanos que son, curiosamente, en teoría, el fin primordial de la protección de la política de seguridad. En cuanto al segundo límite, el Gobierno, antes de clasificar una materia, debe valorar si el conocimiento por personas autorizadas de la información puede “poner en riesgo o dañar” la seguridad y la defensa del Estado. Son, pues, dos conceptos jurídicos

indeterminados. De la regulación legal vigente respecto a este punto la autora saca una serie de conclusiones: Por una parte, parece que al legislador le basta, a la hora de permitir al Gobierno que clasifique una información, con que el conocimiento por persona no autorizada pueda “poner en riesgo” la defensa y la seguridad, de modo que ello implica reducir bastante la posibilidad de los ciudadanos de acceder a tal clase de información. Además le resultará muy fácil al Gobierno acreditar ante los tribunales la posibilidad de que sobrevenga un daño, en cuando la simple posibilidad constituye ya el riesgo que el ordenamiento reputa necesario para clasificar una información y excluirla del conocimiento público. Por otra parte, hay una discordancia entre el derecho de acceso a los archivos y registros públicos que se otorga a los ciudadanos en el artículo 105 b) CE (en cuanto sólo se excluye tal acceso cuando “afecta” a la seguridad y defensa del Estado, es decir, cuando se produce un daño según la interpretación de la autora), y la referencia a la puesta en riesgo de la seguridad y defensa estatal del artículo 2 de la Ley de Secretos Oficiales. Por eso Susana SÁNCHEZ FERRO propone que este último precepto se entienda derogado, debiendo exigirse, para que una información sea clasificada, que su conocimiento público pueda implicar un daño para dicha seguridad y defensa. En esta línea buena parte de los ordenamientos jurídicos requieren la concurrencia de un daño para que la información sea objeto de clasificación como secreta (por ejemplo, sistema americano o alemán).

En cuanto a la titularidad de la potestad de declaración de materias clasificadas, la actual Ley de Secretos Oficiales la atribuye, en el ámbito de sus competencias, tanto a la Junta de Jefes del Estado Mayor como al Consejo de Ministros como órgano colegiado del Gobierno. La autora ve acertada la atribución de la potestad clasificatoria al Gobierno, en cuanto resulta coherente con su competencia de dirigir la política de seguridad y defensa del Estado. Pero a su juicio plantea mayores problemas la atribución de la potestad a la Junta de Jefes del Estado Mayor. Con la nueva Ley Orgánica de Defensa Nacional tal junta ha desaparecido y la mayoría de las competencias se han asignado por ley al Estado Mayor de la Defensa. Pero tales competencias son consultivas, no resolutorias, y además quedan limitadas al campo de lo estrictamente militar. Por ello la autora aconseja que la posible competencia del Estado Mayor en este ámbito desaparezca en futuras reformas de la ley reguladora de los secretos. No obstante, debido la complejidad que caracteriza el mundo de la potestad clasificatoria (y una buena muestra es la experiencia estadounidense) se pregunta, a continuación, si el legislador español debería plantearse si algún órgano, además del Gobierno, sería conveniente que ostentara esa potestad de declaración de una materia clasificada. Tanto el Presidente del Gobierno como el Ministerio de Defensa, y seguramente el Jefe del Estado Mayor de la Defensa, poseen una cierta competencia en la política de la seguridad y defensa del Estado, de manera que podrían tener la potestad clasificatoria, dentro del ámbito de sus competencias; pero también apunta Susana SÁNCHEZ FERRO que dicha atribución no está exenta, desde luego, de obstáculos. La última materia que estudia dentro de la segunda parte de su monografía es la desclasificación. Una de las grandes carencias de la actual Ley es que no establece mecanismos de desclasificación y revisión del funcionamiento del sistema de clasificación, como el previsto en las *Executive Orders*

de los Presidentes de Estados Unidos. Y ello resulta imprescindible porque el principio de publicidad y el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos ha de sacrificarse sólo cuando sea necesario para proteger otros derechos constitucionales. En concreto, la Ley de Secretos Oficiales ni establece un mecanismo de desclasificación automática de la información clasificada, ni la información clasificada como secreta o reservada se somete a ningún límite temporal a partir del cual los documentos dejen de estar clasificados o pasen de la calificación de secretos a la calificación de reservados.

La tercera parte de la monografía se dedica al estudio del control jurisdiccional de los secretos de Estado. Llama la atención que se excluya de dicha parte el análisis del control político del secreto de Estado. La razón es señalada por la propia autora: en todos los países que recurren al secreto de Estado hay unanimidad a la hora de admitir un control del mismo por el Parlamento, pero sin embargo hay opiniones encontradas respecto a la posibilidad de un control jurisdiccional o sobre el alcance de éste. Aunque desde luego no puede dejar de decirse que Susana SÁNCHEZ FERRO es consciente de que hay cuestiones muy relevantes en el análisis del control político del secreto de Estado (como, por ejemplo, la posibilidad de que sean los diputados y senadores individuales los que puedan conocer del secreto de Estado por los medios habituales del control político), entre otros motivos porque ha tenido ocasión de estudiar tales cuestiones, aunque luego tal estudio no ha quedado reflejado en las páginas del libro por razones de oportunidad y de necesidad de concreción del tema elegido.

En cuanto al contenido de esta tercera parte, a mi juicio, la autora se ocupa, desde el punto de vista sustantivo, de dos grandes cuestiones: la primera es si cabe, con carácter general, el control de los acuerdos de clasificación (y de denegación de la desclasificación) del Consejo de Ministros por los tribunales ordinarios o por el Tribunal Constitucional. La segunda plantea un problema específico, como es el conflicto entre el derecho a la prueba en el proceso y la seguridad del Estado. En cuanto a la primera cuestión, en un primer momento se mantiene que no pueden ser objeto de control jurisdiccional los secretos de Estado con fundamento en la denominada doctrina de los actos políticos (que se desarrolla con fuerza en Francia a partir del caso *Lafitte* en 1822). En esta línea se pronuncian tanto el artículo 2 b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956 como la Ley de Secretos Oficiales de 1968 (que señala en la redacción inicial de su artículo 10.2 que no corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los actos adoptados como consecuencia de la ley, estableciendo también que ello no impide su control tanto por las Cortes como por el Consejo Nacional del Movimiento). Con el fin de adaptar tal legislación a la futura normativa constitucional, se elimina en 1978 de la Ley el mencionado artículo 10 apartado 2º y la referencia al Consejo Nacional. Susana SÁNCHEZ FERRO apunta que la desaparición de la cláusula que impedía recurrir las clasificaciones como secreto o reservado de una información ante la jurisdicción contencioso-administrativa constituye un claro argumento a favor de la competencia de los tribunales para conocer la declaración de las materias clasificadas. Desde luego lo que resulta evidente es que la CE



1978 contiene ciertos preceptos que ponen en duda tanto la categoría de los actos políticos como la amplitud de dicha categoría (en concreto, aquellos que someten a Derecho a todos los poderes públicos).

En los años posteriores a la CE 1978 el Tribunal Supremo sigue durante algún tiempo aún inadmitiendo aquellos recursos en los que aprecia que el objeto impugnado es un acto político. Con posterioridad tal jurisprudencia cambia, manteniéndose la categoría del “acto jurídicamente asequible”. Según la nueva doctrina no sólo es necesario entrar a conocer del acto lesionado para verificar su naturaleza, sino que el control sobre el fondo se extenderá también a los actos de dirección política del Gobierno, cuando el legislador haya asumido, mediante conceptos judicialmente asequibles, los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política. A juicio de la autora el concepto legal de seguridad y defensa es un concepto jurídico indeterminado que impide concebir el acto de clasificación como un acto totalmente libre del Ejecutivo y exento de parámetros de control. La doctrina iniciada por la jurisprudencia del control de los actos de dirección política realizada en función de elementos reglados y de conceptos judicialmente asequibles se recoge en la nueva Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998 y en la Ley del Gobierno de 27 de noviembre de 1997. Susana SÁNCHEZ FERRO concluye que la declaración de la materia clasificada realizada por el Gobierno puede controlarse por el Tribunal Supremo, que debe decidir si el Gobierno ha actuado dentro de los límites jurídicos impuestos por la Ley de Secretos Oficiales o ha traspasado dichos límites en su declaración de una información como materia clasificada. No es que el tribunal se arrogue una competencia que desde luego no tiene, desclasificando el documento, sino que está habilitado para declarar nulo el acto inválido por ser contrario al ordenamiento jurídico respecto a los elementos requeridos para esa declaración de materia clasificada. A juicio de la autora ha de ser tarea del legislador y no del Gobierno la elaboración de una serie de categorías dentro de las cuales deban encuadrarse las informaciones clasificadas. El Gobierno, por tanto, sería el encargado de declarar clasificada la información, pero dentro de los parámetros normativos que le proporciona el legislador.

Como antes he señalado, la parte final de la obra está dedicada al estudio de un problema particular, el conflicto entre el derecho a la prueba en el proceso y la seguridad del Estado. En concreto, se busca desentrañar qué sucede cuando un juez decide que ciertos documentos clasificados, o la declaración de testigos sobre información cuya revelación puede dañar la seguridad y la defensa del Estado, son relevantes para el desarrollo de un determinado proceso penal o civil. Es decir, cómo se soluciona el conflicto existente entre el derecho a utilizar las pruebas pertinentes para la defensa (derecho de configuración legal constitucionalizado) y la seguridad y defensa (bienes jurídicos protegidos a través de la declaración de materia clasificada). Se explica cómo la normativa preconstitucional parece que se decanta por una protección total del secreto frente a las exigencias del proceso: así la Ley de Secretos Oficiales guarda silencio sobre el acceso por los jueces a las materias clasificadas, y el artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal prohíbe a los funcionarios

públicos, tanto civiles como militares, declarar ante el juez cuando no puedan hacerlo sin vulnerar el secreto que, por razón de sus cargos, estuvieran obligados a guardar, salvo que sean autorizados por un superior jerárquico. La Ley de Enjuiciamiento Civil tampoco se ocupa de la cuestión hasta el año 2000; hoy el vigente artículo 371 parece que sigue dando una prevalencia absoluta a la seguridad del Estado. Es cierto, según mantiene la autora, que el artículo 105 b) CE limita el derecho de acceso de los ciudadanos en relación con las materias clasificadas, siempre que se trate realmente de materias cuyo conocimiento afecte a la seguridad y defensa del Estado. Ahora bien, este precepto a su juicio no legitima la misma limitación al conocimiento de esas materias en el curso de un proceso jurisdiccional. Así, cuando los jueces o partes en el proceso pretenden el conocimiento de materias clasificadas dentro del mismo, entran en juego elementos muy diferentes que merecen una valoración propia, con independencia de lo que se haya realizado con el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos. Sigue señalando Susana SÁNCHEZ FERRO que en la decisión sobre si se permite al juez o a las partes, o a ambos, el acceso a las materias clasificadas en el marco del proceso, habrá que realizar una ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y el bien seguridad y defensa del Estado que se quiere proteger a través del secreto. Pero el secreto de Estado sólo puede convertirse en un límite del citado derecho fundamental en la medida en que venga objetiva y razonablemente justificado. Estudia con detenimiento modelos extranjeros muy diferentes, por una parte, la normativa italiana sobre el derecho a la prueba en el proceso, prototipo de sistema donde prevalece la seguridad y defensa del Estado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva; y, por otra parte, modelos en que se lleva a cabo una ponderación, como el alemán y el americano (con el posible acceso judicial al material clasificado antes de su incorporación al proceso).

Es objeto de análisis también la ponderación del derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad y defensa del Estado desarrollada en España por la Sala 3ª del Tribunal Supremo en las sentencias de “los papeles del CESID”. Tal tribunal se considera competente para ponderar los intereses en juego y entra a analizar la documentación clasificada *in camera*, posibilidad que el sistema jurídico no preveía. La autora critica cómo la tarea llevada a cabo por el tribunal excede los límites de su jurisdicción, ya que es el legislador quien debe ponderar el conflicto entre el derecho a la tutela judicial efectiva y los bienes de la seguridad y defensa del Estado mediante el desarrollo de una regulación apropiada de los secretos de Estado. El legislador ha de proporcionar al juez parámetros para la adopción de sus decisiones. Cuando únicamente le ofrece unos parámetros de carácter escaso el juez podrá desarrollar sólo un control que evite la arbitrariedad, pero en ningún caso puede sustituir al legislador en la valoración de la oportunidad sobre la forma de engranar los diferentes bienes y derechos que se solapan. A juicio de Susana SÁNCHEZ FERRO una nueva regulación legal sobre los secretos de Estado ha de incluir una serie de aspectos sobre el tema de la prueba; así, la necesidad de que la alegación de la excepción al deber de testificar o aportar prueba documental en el caso de que se trate de información clasificada, sea llevada a cabo de manera objetiva y posea una justificación razonable y razonada, o la necesidad de que el juez pueda controlar este extremo. Además, cuando se trate de un proceso penal,

la ley deberá partir de la necesidad de que el juicio sobre la relevancia y la pertinencia de los documentos como medios adecuados e idóneos para la investigación sumarial la realice el juez que conozca del proceso ordinario, pero que lo importante a efectos de la ponderación entre el derecho a la tutela judicial efectiva y la seguridad del Estado es la relevancia constitucional de la prueba.

Tras examinar detenidamente la regulación actual del secreto de Estado de modo sistemático, brillante y fluido, la autora concluye que ha de abandonarse la normativa pre-constitucional reguladora de la materia y, a la vez, que sería conveniente la aprobación de una nueva ley que responda a las exigencias de un Estado democrático moderno, con unas bases mejor fundamentadas en la Constitución Española. Como ya he indicado antes, a lo largo de su obra señala las carencias del actual sistema y propone soluciones concretas a las mismas, siempre a la luz del profundo análisis que ha realizado del Derecho Comparado. Sin duda estudios como éste son de gran utilidad para la sociedad española y la presente monografía debería convertirse en un claro punto de referencia si se decide dictar una nueva ley reguladora de la materia.