

## SECRETOS DE ESTADO: CAMBIOS REALES, POLÍTICOS Y LEGALES EN LA ERA DE LA TRANSPARENCIA

STATE SECRETS: REAL, POLITICAL AND LEGAL CHANGE  
IN THE ERA OF TRANSPARENCY

---

María Pilar Cousido González

Profesora Titular de Derecho Constitucional. UCM  
Visiting Professor. Winchester University, England

### **RESUMEN**

*Las recientes filtraciones de información clasificada por parte de personas ajenas al mundo de los medios de comunicación social, y ligadas a los new media, obligan a los juristas a plantearse tanto el sentido de los tradicionales secretos de Estado como su propia definición y objeto y los procedimientos y garantías convencionales. En el caso de España, el poder ejecutivo, el poder legislativo y el poder judicial han reaccionado con medidas de auto-defensa, coetáneas de una Ley de Transparencia contestada, que habrán de ser sustituidas por análisis profundos de la realidad social que la revolución tecnológica pone ante nuestros ojos, y que deberá ser regulada.*

**Palabras clave:** *transparencia, secreto, defensa, seguridad, derecho a la información, derecho de acceso.*

### **ABSTRACT**

María Pilar Cousido González

*The recent leaks of classified information by individuals outside the world of social media, and related to the new media, require lawyers to consider both the traditional sense of the secrets of State as its own definition and purpose as well as conventional procedures and safeguards. In the case of Spain, the executive, the Parliament and the judiciary have responded with measures of self-defense, as well as with a contested Transparency Act, which must be replaced by deep analysis of the social reality that the technological revolution puts before our eyes, and that should be regulated.*

**Keywords:** *Transparency, Secret, Defense, Security, information Rights, Right of access.*

## SUMARIO

---

1. TRANSPARENCIA, SECRETO Y TECNOLOGÍA.
2. ACCESO: INTERÉS PÚBLICO Y PERJUICIOS.
3. SECRETOS DE ESTADO Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS.
4. TENDENCIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS: EL DERECHO, TRAS LA REALIDAD.
5. EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA NORMATIVA SOBRE SECRETOS OFICIALES EN ESPAÑA Y EXPECTATIVAS.
6. CONCLUSIONES.
7. BIBLIOGRAFÍA.

### Abreviaturas

---

LSO	Ley 9/1968, modificada por Ley 48/1978, de Secretos Oficiales.
CE	Constitución española de 1978.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial.
RD	Real Decreto.
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional.

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

TS Tribunal Supremo.

WL WikiLeaks.

El artículo que se presenta versa sobre la transparencia y el secreto. Su motivación última es la preocupación de esta estudiosa por la regulación española de secretos de Estado, acerca de la que ya reflexionó y publicó en el año 1992<sup>1</sup>, en un trabajo que ahora se retoma para revisarlo, en una etapa que sólo ha comenzado hace 2 meses y que se va a extender durante los próximos dos años, Dios mediante. Todo esto, para dar a entender que lo que se ha redactado son ideas para la reflexión, en el mejor de los casos, hipótesis provisionales de carácter analítico, en el marco de una investigación en desarrollo.

## 1. TRANSPARENCIA, SECRETO Y TECNOLOGÍA

Efectiva y, quizás, lamentablemente, la preocupación actual sigue siendo la misma que la de hace 22 años porque la norma no ha variado. En cambio, las circunstancias y el contexto, aparentemente, son diferentes. Podría pensarse que dos circunstancias así lo determinan. Por un lado, los *affaires* extranjeros, con repercusión en España, «Snowden» y «WikiLeaks» (WL), en estrecha relación con la revolución tecnológica —esto, en el plano de los hechos—, y la promulgación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno —en el plano del Derecho—. Esta última, como probablemente es sabido por todos, menciona una larga —al parecer de quien escribe— lista de límites al derecho de acceso de los ciudadanos<sup>2</sup> a información pública<sup>3</sup> cuando tal acceso pueda acarrear a dichos

<sup>1</sup> COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995, passim.

<sup>2</sup> Y no de las personas, contra lo que da a entender el artículo 12 de la Ley 19/2013. Este artículo dispone que «(...) Todas las personas tienen derecho a acceder a la información pública, en los términos previstos en el artículo 105.b) de la Constitución Española, desarrollados por esta Ley. (...)». El artículo 105.b) de la Constitución concreta que la Ley regulará «**b)** El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas (...)». Puede verse, entonces, que no se trata del reconocimiento de un derecho fundamental del que es titular cualquier persona, sino de un derecho administrativo que pueden ejercer quienes tengan la condición de ciudadanos. Este reduccionismo subjetivo queda reforzado por la Disposición Final Primera de la Ley 19/2013 que, en su apartado dos, presenta la nueva redacción del art. 37 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común: «*Artículo 37. Derecho de acceso a la información pública. Los ciudadanos tienen derecho a acceder a la información pública, archivos y registros en los términos y con las condiciones establecidas en*

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

límites un perjuicio. Por supuesto, uno a uno, cada, llamémosles así, límite merece su monografía. Aquí va a iniciarse el estudio de aquellos que son citados en la vigente Ley de Secretos Oficiales<sup>4</sup> y en los dos últimos, y más acabados, anteproyectos de Ley de Secretos de Estado<sup>5</sup>.

---

*la Constitución, en la Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y demás leyes que resulten de aplicación».*

<sup>3</sup> Artículo 14 de la Ley 19/2013: «*Límites al derecho de acceso. 1. El derecho de acceso podrá ser limitado cuando acceder a la información suponga un perjuicio para: a) La seguridad nacional. b) La defensa. c) Las relaciones exteriores. d) La seguridad pública. e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios. f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva. g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control. h) Los intereses económicos y comerciales. i) La política económica y monetaria. j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial. k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión. l) La protección de medio ambiente».*

<sup>4</sup> Su vigencia e innecesaria reforma es reivindicada por la jurisprudencia española. Así, la Sentencia la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995, resolviendo el Recurso 726/1996, en su fundamento de derecho cuarto afronta, directamente, el planteamiento de los demandantes que entienden que la LSO está derogada por inconstitucionalidad sobrevenida desde el momento en que la Constitución entra en vigor, lo que convertiría el acto de clasificación de documentos requeridos por parte del Consejo de Ministros en un acto ilegal, al carecer éste de competencia. La Sala da la razón a los demandantes en el sentido de que detecta una contradicción entre los artículos 24, 103, 106 y 117.3 de la Constitución y los artículos 4, 7, 11 y 13 de la LSO, resultando una restricción de derechos constitucionales por parte de una norma de rango menor. Pero la Sala argumenta que, en aras de la eficacia administrativa, y con sustento en un documento supraestatal como la Convención de Roma de 1950, es posible restringir el principio de publicidad en beneficio de la seguridad nacional, «*por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional, a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, al menos en los aspectos en que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar (...)».*

Sin embargo, no es el parecer de gran parte de la doctrina. Sin ir más lejos, estudiados los elementos clave de cualquier disposición normativa (los sujetos, el objeto, el contenido y las responsabilidades derivadas de la norma), se observa la referencia en el texto de la LSO a la Junta de Jefes de Estado Mayor, como órgano clasificador y desclasificador. Más allá de las alusiones a dicho órgano, continuas en los medios de comunicación, y de una imprecisión y desconocimiento corriente y explicable, por la limitación de tiempo y de conocimiento con que, a menudo, se trabaja en los medios, sigue resultando llamativo que estudiosos del Derecho insistan en citar dicho órgano con tales funciones, en textos relativamente recientes, cuando estamos hablando de trabajos científicos. No parece que se pueda obviar que en la Ley Orgánica 5/2005, de Defensa Nacional, tras indicar que corresponde al Rey el mando de las fuerzas armadas y otras funciones constitucionales y legales (art. 3), se establece, en el art. 5, que es el Gobierno quien determina «*la política de defensa y asegura su ejecución, así como dirig(e) la Administración militar y (acuerda) la participación de las Fuerzas Armadas en misiones fuera del territorio nacional».* El art. 6 de esta norma deja en manos del Presidente del Gobierno la dirección y ejecución de la política de defensa: «**Artículo 6. El Presidente del Gobierno. 1. Corresponde al Presidente del Gobierno la dirección de la política de defensa y la determinación de sus objetivos, la gestión de las situaciones de crisis que afecten a la defensa y la dirección estratégica de las operaciones militares en caso de uso de la fuerza. 2. El Presidente del Gobierno ejerce su autoridad para ordenar, coordinar y dirigir la actuación de las Fuerzas Armadas así como disponer su empleo. 3. Asimismo, en el marco de la política de defensa, le corresponde de forma específica: a) Formular la Directiva de Defensa Nacional, en la que se establecerán las líneas generales de la política de defensa y las directrices para su desarrollo. b) Definir y aprobar los grandes objetivos y planteamientos estratégicos, así como formular las directivas para las negociaciones exteriores que afecten a la política de defensa. c) Determinar la aplicación de los objetivos y las líneas básicas de actuación de las Fuerzas Armadas, tanto en el ámbito nacional como en el de la participación en las organizaciones internacionales de las que España forma parte. d) Ordenar las misiones de las Fuerzas Armadas. e) Ejercer las demás funciones que le atribuyen las disposiciones legales y reglamentarias».** Y el

María Pilar Cousido González

## 2. ACCESO: INTERÉS PÚBLICO Y PERJUICIOS

MARIN sigue subrayando la naturaleza de estructura excepcional que tiene el secreto<sup>6</sup>. Desde esa perspectiva, dos aspectos que emergen comunes a los cuatro textos en estudio son la presencia del **interés público**, como circunstancia concurrencial de cariz superior al límite potencial, lo **que justificaría el acceso**, en última instancia, y el **perjuicio derivable del acceso**, que habrá de confrontarse con una **aplicación proporcionada y justificada de los límites**. Por lo tanto, el interés público es situado del lado del derecho a la información, más allá de cualesquiera perjuicios a no importa qué bienes jurídicos convertidos en límites legales. Los perjuicios, en cambio, operan en beneficio de los límites, considerados por el legislador de forma restrictiva<sup>7</sup> («*proporcionada y justificada*», literalmente).

## 3. SECRETOS DE ESTADO Y BIENES JURÍDICOS PROTEGIDOS

Así, resulta que los límites relacionados con el secreto de Estado, concebido como instrumento jurídico, y no como fin<sup>8</sup>, en la recientemente aprobada Ley

art. 8, tras identificar al Consejo de Defensa Nacional como órgano colegiado, asesor y consultivo del Presidente del Gobierno (y no del Jefe del Estado) en materia de defensa, le reconoce su posibilidad de actuar en pleno y como consejo ejecutivo, debiendo entender por «consejo ejecutivo» un órgano restringido, por oposición al «pleno», y no un órgano con capacidad ejecutiva, que desaparece como en otras democracias. El Consejo de Defensa Nacional en pleno informa al Rey, a propuesta del Presidente del Gobierno. No es ya una cuestión de mera denominación (de la Junta de Jefes de Estado Mayor), sino de disposición o carencia de la competencia clasificadora. En sentido contrario, *vid.* NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, vol. 34 (2012), p. 328. *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Los secretos oficiales y su control», en *El País*, 25 de agosto de 1996, <[http://elpais.com/diario/1996/08/25/espana/840924010\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1996/08/25/espana/840924010_850215.html)> (consultado: 5 de marzo de 2014).

<sup>5</sup> Se trata de los anteproyectos del Gobierno Aznar de los años 1996 y 1997. *Vid.* COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar, *Derecho de la Comunicación Impresa*, Colex, Madrid, 2001, p. 187 y ss. COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*, ob. cit., pp. 25 y 33.

<sup>6</sup> MARIN, Louis, «Lógicas del secreto», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 17.

<sup>7</sup> Sobre los límites, *vid.* SORIA SAIZ, Carlos, *Derecho de la Información: análisis de su concepto*, José M<sup>a</sup> Castro Madriz, Madrid, 1987, p. 13: «*Para la visión jurídica, el objeto de la información no es universal. Lo ha subrayado Desantes al afirmar que se trata más de un objeto general, precisamente porque admite y exige excepciones en su comunicación (...)*». Y continúa, en palabras de DESANTES, «*lo que es general sí que admite excepciones, lo universal no (...)*». Pero la excepción debe ser interpretada restrictivamente, no convertida en principio general. *Vid.* DESANTES GUANTER, José María, *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976, p. 168.

<sup>8</sup> *Vid.* en este mismo sentido, reforzando el papel instrumental de la clasificación, el Fallo dictado el 30 de junio de 1971 por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), que apoyaba a los diarios estadounidenses *The New York Times* y *The Washington Post* contra el esfuerzo gubernamental de detener la difusión de documentos basados en el estudio efectuado

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

19/2013, en consonancia con la vigente Ley de Secretos Oficiales y en la prospectiva de los anteproyectos de Ley de Secretos de Estado, empleados aquí a modo de documentos, incluso documentos preparatorios, que puedan inspirar, en un futuro no muy lejano, la nueva Ley de Secretos Oficiales, serían los siguientes:

— **La seguridad nacional y la defensa**, primero y segundo de los límites citados en la nueva norma de transparencia, y presentes en el anteproyecto de ley de secretos de Estado de 1997, en forma de «*seguridad y defensa del Estado*», concepto jurídico indeterminado portador de una «naturaleza» que recomendaría la clasificación. Presentes, de igual manera, en el anteproyecto de 1996, en las categorías de «*la defensa militar*» y de «*otros, relativos a la seguridad y defensa*», en expresión laxa y, por tal, inapropiada en una ley restrictiva de derechos, en el marco de una Democracia. También la vigente Ley de Secretos Oficiales cita la «*seguridad y defensa del Estado*» como bienes jurídicos cuyo daño o riesgo se pretende evitar con la clasificación, sin matizar si el daño debe ser grave o leve y el riesgo inminente, remoto o probable, contra otros criterios manejados en otros países<sup>9</sup> y, a diferencia de la

---

por el Pentágono sobre la participación del país en la Guerra de Vietnam —Asunto «McNamara», también conocido como «Affaire Pentagon Papers»—. Los magistrados Stewart y White señalaban que «*consideraciones morales, políticas y prácticas exigirían como principio fundamental (...) una insistencia en evitar el secreto por el secreto (...)*» —«*(...) I should suppose that moral, political, and practical considerations would dictate that a very first principle of that wisdom would be an insistence upon avoiding secrecy for its own sake (...)*»—.

<sup>9</sup> Vid. en sentido opuesto, por lo tanto, el Fallo citado supra (TS EE.UU. de América, 30 de junio de 1971). Los mismos dos magistrados, Stewart y White, conjuntamente, añaden: «*(desde la convicción de que) el Ejecutivo tiene razón respecto a algunos de los documentos afectados (...) (no se puede decir que) la desclasificación de todos resultara en un daño directo, inmediato e irreparable a la nación o a su pueblo (...)*» —«*(...) I am convinced that the Executive is correct with respect to some of the documents involved. But I cannot say that disclosure of any of them will surely result in direct, immediate, and irreparable damage to our Nation or its people. (...)*»—. Por lo tanto, puede decirse que admitir que un eventual riesgo pueda conducir a una especie de clasificación preventiva, genérica y muy extensa sería contrario a la doctrina expuesta en un documento muy aceptado —clásico, se diría— por los constitucionalistas de todo el mundo. En esta línea era redactado el Anteproyecto de Ley de Secretos de Estado de 1997, como se ve en el texto. En el mismo sentido, años después, se aprobaría, el 15 de octubre de 2010, por parte del Consejo de Ministros, el Acuerdo sobre Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en el cual se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales.

Por eso, quien escribe está de acuerdo, sólo en parte, con NIÑO y SANZ, que aseguran que el Acuerdo de 2010 viene a ampliar, *contra legem*, significativamente el contenido de la LSO, porque extiende los bienes jurídicos protegidos. Así, mientras que la LSO habla de seguridad del Estado, intereses fundamentales de la nación en cuanto a defensa nacional, orden constitucional o paz exterior, el Acuerdo de 2010 alude a la seguridad y defensa de España o de sus aliados o amigos, así como a los intereses políticos, sociales, económicos y comerciales y a las relaciones diplomáticas con terceros países. Sin embargo, quien escribe cree que parece haber un matiz no considerado por los autores citados, a saber, que en el Acuerdo de 2010 se habla de «*daño o grave riesgo*». En cambio, en la LSO se habla de «*daño o riesgo*». Como es evidente, la exigencia de gravedad del riesgo podría reducir considerablemente la cantidad de informaciones susceptibles de ser clasificadas, aunque ampliaría la discrecionalidad del órgano clasificador. Así visto, ese enfoque encajaría, parcialmente, con la exigencia de los magistrados norteamericanos de que el riesgo debe ser directo, inmediato e irreparable, lo que habría de ser probado. En este sentido, el magis-

María Pilar Cousido González

propuesta del anteproyecto de 1997, que se centraba no en daños, sino en riesgos graves derivados o derivables de la difusión indebida de información clasificada.

Lo cierto es que el concepto de seguridad del Estado o seguridad nacional no ha dejado de modificarse tras la caída del Muro de Berlín. La Estrategia Española de Seguridad (2013) ofrece una visión amplia de esta, a la que concibe como servicio público y como acción del Estado que reúne frentes tan variados como conflictos armados, terrorismo, crimen organizado, vulnerabilidad energética, espionaje, vulnerabilidad del espacio marítimo, ciberseguridad, seguridad económica y financiera, flujos migratorios, emergencias y catástrofes e infraestructuras críticas<sup>10</sup>.

— **Las relaciones exteriores**, tercero de los límites citados en la Ley de Transparencia, tienen su reflejo no en la Ley de Secretos Oficiales, pero sí en el Decreto 242/1969, de desarrollo, cuya disposición adicional reconoce características peculiares al servicio diplomático y a las circunstancias en que cumple con su deber en el extranjero, por lo que se contempla la posibilidad de elaborar normas específicas de régimen interno para esas oficinas, sin perjuicio de las normas generales del Decreto de referencia. Igualmente, el artículo 3 del Decreto 242/1969 cita la «*paz exterior*» como otro de los bienes jurídicos protegidos por la normativa sobre secretos de Estado. Por su parte, el anteproyecto de 1996 aludía a los daños o riesgos que pudieran sufrir «*los intereses exteriores*». Se da la circunstancia de que este bien jurídico sería el más atacado en las filtraciones de cables que han originado los casos Snowden y WL. El Acuerdo Secreto<sup>11</sup>, de 15 de octubre de 2010, del Consejo de Ministros de España sobre Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, en el cual se clasifican determinadas materias con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, nace en el contexto de los *affaires* nombrados.

La fuga masiva de información que afecta a las relaciones exteriores —también en el caso «Snowden»— de muchos países, mediante estrategias como la de

---

trado Brennan exige del Gobierno norteamericano la prueba de lo inminente de un daño irreparable. *Vid.* caso *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971), cit., <<http://www.law.cornell.edu/supreme-court/text/403/713>> (consultado: 5 de marzo de 2014).

Cfr. también NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», ob. cit., p. 335.

<sup>10</sup> <[http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0BB61AA9-97E5-46DA-A53E-DB7F24D5887D/0/Seguridad\\_1406connavegacionfinalaccesiblepdf.pdf](http://www.lamoncloa.gob.es/NR/rdonlyres/0BB61AA9-97E5-46DA-A53E-DB7F24D5887D/0/Seguridad_1406connavegacionfinalaccesiblepdf.pdf)> (consultado el 15 de marzo de 2014).

<sup>11</sup> La difusión del documento es decisión personal de Carlos Sanz Díaz, historiador de la Universidad Complutense de Madrid, a cuya solicitud de información respondió, en su momento, la Secretaria General Técnica, Fabiola Gallego Caballero, desde el Ministerio de Asuntos Exteriores. <<http://pendientedemigracion.ucm.es/info/ghistri/documentos/Acuerdo%20CM%2015.10.2010%20seguridad%20MAEC.pdf>> (consultado el 9 de marzo de 2014).

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

WL, ha sido abordada a estas alturas por bastantes autores. Para ABRUZZESE, WL y Snowden han puesto de manifiesto varias cuestiones; para empezar, y sin paliativos, que las comunicaciones electrónicas tienen naturaleza de territorio frontera, de tal suerte que el mantenimiento del secreto sólo es viable si se prescinde de Internet. En cuanto se incorpora a la red, el secreto deviene revelación, antes o después.

En segundo lugar, que el éxito comunicativo de la filtración WL<sup>12</sup>, por ejemplo, ha dependido en gran medida de los medios de comunicación convencionales, que la incorporaron a su «orden del día» durante meses. Por eso, esta actuación asistemática, en realidad, no lo ha sido tanto. WL se ha servido del sistema para atacar al sistema, en un contexto de cambio social que parece augurar un cambio de época y de paradigma comunicativo<sup>13</sup>. Por supuesto, el cambio social, el cambio de época y el cambio de paradigma comunicativo deben ser observados por el jurista como las eventuales nuevas realidades, en términos pieperianos, que el Derecho habrá de normativizar<sup>14</sup>.

En tercer lugar, la filtración WL supone una denuncia de la opacidad en que, a juicio de los protagonistas del *affaire*, incurren no sólo las instituciones afectadas por las informaciones desclasificadas por la fuerza de los hechos, sino los *mass media* que silencian informaciones que les llegan, al tiempo que el *affaire* expone la potencialidad de los *new media*.

Y, en cuarto lugar, pone de manifiesto la tendencia autodefensiva de los regímenes políticos ante la red, así como la tendencia de los nuevos medios a desintegrar derechos reconocidos, como la propiedad, en sus distintas manifestaciones, o la intimidad<sup>15</sup>.

En este contexto, los Recursos 24/2011, 631/2011, 926/2011 y 23/2012, resueltos por la Audiencia Nacional de España, serían un exponente, claro y legal, de la respuesta que las intromisiones institucionales de los *new media* pueden recibir dado el actual marco normativo.

El primero de los recursos, interpuesto por una empresa de ingeniería, buscaba impugnar la Resolución de 24 de noviembre de 2010, de la Secretaría de Estado de Energía, y la Resolución de 31 de enero de 2011, desestimatoria de un Recurso de Reposición formulado contra la primera.

---

<sup>12</sup> Calificada como «la mayor filtración de la historia de la diplomacia» en SERRA, Marcello, «Entrevista con Paolo Fabbri», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 224.

<sup>13</sup> ABRUZZESE, Alberto, «Wikileaks: Opacidad y transparencia», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 185.

<sup>14</sup> Unas veces, con normas de policía, y otras, con normas de fomento.

<sup>15</sup> ABRUZZESE, Alberto, «Wikileaks: Opacidad y transparencia», ob. cit., p. 187.

María Pilar Cousido González

Por la Resolución de 2010 se convocaba un concurso competitivo para obtener una financiación adicional a la del mercado de energía eléctrico, con tal de que el proyecto presentado tuviera un carácter innovador. Dicho carácter se medía conforme a unos parámetros fijados en la Resolución.

La parte actora venía en argumentar que los parámetros de la Resolución no aparecían en el RD 1565/2010, que sirve de marco normativo a la Resolución, y que además se utilizaba una fecha, arbitrariamente, para exigir que dichos criterios fueran satisfechos antes del 1 de agosto de 2010. La parte actora presentaba como evidencias en beneficio de su argumentación las noticias aparecidas en los medios de comunicación con las filtraciones de cables de WL de las que parecía deducirse que la intervención del embajador norteamericano en Madrid había sido definitiva para que la empresa norteamericana ganara el concurso.

Mencionando como apoyo jurisprudencial varias sentencias previas, la Sala de lo Contencioso-administrativo argumentaba que *«(...) la mera información reflejada en un diario de gran tirada, que dice hacerse eco de los cables hechos públicos por Wikileaks, no puede ser tomada en consideración. No solo ignoramos la autenticidad de esa información, sino que la revelación de los cables procedentes de la Embajada americana no es sino una prueba obtenida de forma ilícita cuya consideración resulta vedada, de acuerdo con el artículo 11 de la LOPJ, conforme ha puesto de relieve en múltiples ocasiones el Tribunal Constitucional. El Tribunal ha reiterado que no se compadece con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el derecho a un juicio justo (artículo 24 CE) el hecho de valerse de pruebas obtenidas mediante la vulneración de derechos fundamentales, secreto de las comunicaciones en este caso (...)»*<sup>16</sup>.

---

<sup>16</sup> El fallo menciona las sentencias que se enumeran: Tribunal Constitucional, Sala Primera, Sentencia 259/2005, de 24 de octubre de 2005, recurso 3325/2001; TS, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 3ª, Sentencia de 21 de febrero de 2006. La ilicitud de la obtención de las pruebas ha sido esgrimida reiteradamente por nuestros tribunales para descartar argumentos con, a ojos del profano, resultados sustantivamente injustos.

En el marco del Derecho de la Información, particular interés ha revestido la decisión de junio de 2012 de la Audiencia Provincial de Madrid en el llamado «caso Calderón», en consonancia con tres sentencias previas del Tribunal Constitucional (STC 12/2012, de 30 de enero, STC 24/2012, de 27 de febrero, y STC 74/2012, de 26 de abril) y con interesante contestación por parte de penalistas de la talla de Enrique GIMBERNAT.

Vid. COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar, «Hidden cameras-serving society's information rights?», *CIR e-bulletin*, issue 3, October 2013, <<http://www.winchester.ac.uk/academicdepartments/Law/Centre%20for%20Information%20Rights/E-bulletins/Pages/E-Newsletter.aspx>> (consultado el 9 de marzo de 2014).

Vid. Audiencia Provincial, Sección Decimosexta, Rollo de apelación núm. 350/2012 RT. Procedimiento Abreviado núm. 6785/06, Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid, auto núm. 516 112: <[http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder\\_Judicial/Tribunales\\_Superiores\\_de\\_Justicia/TSJ\\_Madrid/Sala\\_de\\_prensa/Archivo\\_de\\_notas\\_de\\_prensa/La\\_Audiencia\\_Provincial\\_de\\_Madrid\\_ordena\\_el\\_archivo\\_del\\_caso\\_del\\_voto\\_por\\_correo\\_en\\_las\\_elecciones\\_del\\_Real\\_Madrid\\_de\\_2006](http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunales_Superiores_de_Justicia/TSJ_Madrid/Sala_de_prensa/Archivo_de_notas_de_prensa/La_Audiencia_Provincial_de_Madrid_ordena_el_archivo_del_caso_del_voto_por_correo_en_las_elecciones_del_Real_Madrid_de_2006)> (consultado el 9 de marzo de 2014).

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

Por lo tanto, la respuesta judicial, reiterada en idénticos términos en los otros tres Recursos, incidía en la ilicitud formal de la prueba obtenida contra el derecho al secreto de las comunicaciones de la embajada norteamericana en España.

En el Recurso 631/2011 se pedía la impugnación de la Resolución de 24 de junio de 2011, entre otros argumentos por desviación de poder, al considerar «... sorprendente que el resultado de la convocatoria coincida exactamente con las noticias filtradas por Wikileaks, que fueron publicadas por “El País” el 23 de diciembre de 2010, es decir seis meses antes de que el procedimiento de concurrencia competitiva fuera ganado por quien y tal como desvelaba Wikileaks se había organizado el propio procedimiento (...)». La parte actora entendía que las evidencias permitían sostener que el concurso contenía, en realidad, un llamamiento *ad personam*.

En los Recursos 926/2011 y 23/2012, aparte del desarrollo de la argumentación contraria a los parámetros impuestos en las Resoluciones impugnadas, vuelven a manejarse los datos periodísticos arriba citados. En los cuatro casos, la postura de la Audiencia Nacional es la misma: rechazar la calidad probatoria de los cables por su origen ilícito.

La descalificación formal sobre la base de un argumento sustantivo lleva a ignorar jurídicamente una realidad sustantiva factible únicamente por los avances tecnológicos que han favorecido que la opacidad amparada por la norma vigente deviniera transparencia ilícita según la norma también vigente, más allá de las sospechas que la opinión pública pueda albergar tras conocer la coincidencia entre los cables de la embajada norteamericana, los parámetros de las resoluciones administrativas españolas y el resultado de los concursos competitivos.

— Puede interpretarse que la **seguridad pública** de la Ley de Transparencia se hace eco de bienes jurídicos protegidos en el anteproyecto de 1996, como la soberanía, la independencia, la integridad territorial y el orden constitucional e institucional. Por su parte, no la Ley de Secretos Oficiales, pero sí el Reglamento que la desarrolla es el que menciona «*el orden constitucional*», como bien jurídico protegido por la normativa vigente.

MACCHIA liga la «razón de Estado» a la «razón de dominio» y a la seguridad del gobierno<sup>17</sup> y señala, también, en relación con la transparencia, que es obsesión del Estado policial que lo sombrío y oscuro parezca honesto y claro.

---

2014): «(...) no cabe sino concluir que las pruebas obtenidas y que han llevado a la imputación de los recurrentes son nulas».

<sup>17</sup> MACCHIA, Giovanni, «La obsesión de Mazarino», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 76-77.

María Pilar Cousido González

Convendrá, por tanto, delimitar lo más aproximadamente posible el campo de la seguridad pública para que no sea malinterpretada como excusa legalizadora de intromisiones públicas, por un lado. Y, por otro, para que la transparencia que debería derivar de la Ley 19/2013 no sea mera apariencia formal.

— Finalmente, puede seguirse el rastro, en dos de los cuatro documentos en estudio, de referencias a los intereses económicos, industriales, tecnológicos y científicos, en el caso del anteproyecto de 1996, así como en los apartados h) e i) de la Ley 19/2013, cuando se citan los **intereses económicos y comerciales y la política económica y monetaria**, como excepciones/límites al derecho de acceso a información pública. Dichos intereses, convertidos por ley en bienes jurídicos a proteger, reciben contestación, pero habrá que darles cuerpo doctrinal, en la medida en que la realidad postindustrial y tecnológica, en un mercado plenamente universal y caracterizado por estrategias competitivas divergentes, obliga a estudiar si es justo o injusto incorporar a lo clasificable y garantizable por parte del Estado este tipo de intereses.

Por supuesto, no pueden ser ignorados el resto de los límites que cita la Ley de Transparencia<sup>18</sup>, pero su análisis requiere otro marco, en principio, alejado de un estudio sobre el régimen jurídico de los secretos de Estado.

#### 4. TENDENCIAS JURÍDICAS CONTEMPORÁNEAS: EL DERECHO, TRAS LA REALIDAD

La pregunta formulada por Umberto ECO hace dos años acerca de cómo reaccionar ante el triunfo incontrolable de la Transparencia Total<sup>19</sup> se produce tras sentenciar que, en el futuro, los Estados ya no podrán encomendar ninguna información reservada a Internet y que, siendo verdad que los Estados ya sabrán todo de todos y cada uno de los ciudadanos, también los ciudadanos-pirata o vengadores podrán conocer todos los secretos del Poder<sup>20</sup>. Ninguno de los tres comentarios de Eco deja de ser una opinión. La solución del autor pasa por regresar a métodos de hace uno o dos siglos: sólo la comunicación

---

<sup>18</sup> Estaríamos hablando, en breve, de la investigación de ilícitos, la tutela judicial efectiva, la inspección administrativa, el secreto profesional, las propiedades intelectual e industrial, el secreto deliberativo y el medio ambiente.

<sup>19</sup> Que la ideología, como tal, de la transparencia está triunfando es evidente. Desde las iniciativas sociales y políticas de gobiernos abiertos hasta la *e-diplomacy* lo ponen de manifiesto. Vid. FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 208.

<sup>20</sup> ECO, Umberto, «Reflexiones sobre WikiLeaks», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 173-180.

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

personal, cara a cara, garantizará el secreto, cuando éste deba ser garantizado.

Es posible que la evolución tecnológica favorezca la evolución de las democracias —en que el conocimiento de secretos oficiales está dividido entre distintas personas sin comunicación entre ellas— hacia situaciones más próximas o típicas de dictadura —en que la información clasificada está en manos de muy pocas personas, para evitar las filtraciones<sup>21</sup>—; así, es preciso tener en cuenta que la publicidad de los procesos deliberativos es esquivada por las normas de transparencia contemporáneas<sup>22</sup>, pues supondría una merma autodestructiva de autoridad para los tres poderes. Estamos de acuerdo en que no puede haber poder sin autoridad, no, en una sociedad democrática. Simultáneamente, asumir este planteamiento supone confirmar la sospecha de que debe aceptarse el lado oscuro, secreto, del gobierno. En un momento de tensiones jurídicas inesperadas, se constata que frente a esa previsible tendencia a concentrar la tenencia de secretos para evitar filtraciones, quizás en la perspectiva de cómo deberían hacerse las cosas para evitar las filtraciones realmente perjudiciales, el número de materias clasificadas crece exponencialmente, así como el número de encargados de custodiarlas, en el plano de los hechos, lo que supone una respuesta sorprendente también para los ideólogos de la transparencia. Como lo es, en definitiva, que la gestión de la trans-

<sup>21</sup> Vid. CANETTI, Elías, «Secreto y poder», en *Revista de Occidente* núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 75.

<sup>22</sup> Por ejemplo, el Reglamento 1049/2001, en su artículo 4.3, da entrada al proceso deliberativo como excepción: «(...)3. Se denegará el acceso a un documento elaborado por una institución para su uso interno o recibido por ella, relacionado con un asunto sobre el que la institución no haya tomado todavía una decisión, si su divulgación perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior. Se denegará el acceso a un documento que contenga opiniones para uso interno, en el marco de deliberaciones o consultas previas en el seno de la institución, incluso después de adoptada la decisión, si la divulgación del documento perjudicara gravemente el proceso de toma de decisiones de la institución, salvo que dicha divulgación revista un interés público superior (...)». Por su parte, la Constitución española contempla entre las salvedades del acceso a Archivos y Registros Públicos «la averiguación de los delitos», lo que cierra el paso a cualquier intento de acceso a un procedimiento criminal en curso. Los límites contenidos, por su parte, en los apartados e) (*La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios*), g) (*Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control*) y, finalmente, k) (*La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisión*), de la aún no vigente, en esta parte, Ley 19/2013, se hacen eco del planteamiento comunitario; específicamente, este último apartado. La Convención del Consejo de Europa, sobre Acceso a Documentos Públicos, considerada modélica o referente en materia de transparencia y acceso por numerosos observadores civiles, contempla la excepción del proceso deliberativo en el apartado k) del artículo 3, sobre «Posibles límites al acceso a los documentos públicos»: «(...) k) las deliberaciones dentro o entre autoridades públicas en lo referente al examen de un asunto». A su vez, SIMMEL, al referirse a los Estados Unidos, recuerda que la publicidad está ligada a la democracia y al dictado de leyes generales, para todos, y que, sin embargo, las decisiones, en la Cámara de Representantes norteamericana, suelen tomarse en Comisiones Permanentes a las que el Pleno sólo se adhiere, sin que las deliberaciones sean hechas públicas. Esta circunstancia difumina la responsabilidad política, al parecer del autor. SIMMEL, Georg, «La sociedad secreta», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 93.

María Pilar Cousido González

parencia por parte de WL y de las fuentes informativas por parte de los periodistas sea viable sólo desde la opacidad. Un cúmulo de contradicciones, propio de una época turbulenta.

Es esta circunstancia la que lleva a FRANCESCUTTI a concluir que el secreto está más vigente que nunca y que la transparencia no deja de ser una estrategia de relaciones públicas en manos de los gobernantes que oculta un incremento en el número de secretos<sup>23</sup>, el desplazamiento del foco de interés de unos secretos a otros, la creación o adaptación de protocolos que garanticen la reserva de lo clasificado y el ajuste temporal de los plazos, aceptando únicamente que la instantaneidad —velocidad— que las nuevas tecnologías imprimen a la vida contemporánea también se ha contagiado al Derecho, cuyos plazos resultan o deben resultar ajustados —acortados— en todos los frentes<sup>24</sup>.

Dado este triunfo aparente de la transparencia total, según una parte de la Doctrina, lo que ha obligado al poder legislativo español, por ejemplo, a promulgar una ley de transparencia, algunos comunicólogos interpretan la reacción de los Parlamentos como una medida cosmética. Así, ABRUZZESE considera que no es posible interpretar y enfocar jurídicamente los fenómenos activados por las redes desde una perspectiva histórico-jurídica en trance de superación<sup>25</sup>. Por ejemplo, frente al periodismo *watchdog*, en que los periodistas investigaban (con un estatuto profesional determinado, en gran parte, por su secreto profesional<sup>26</sup>) y la ciudadanía participaba de los ideales y valores de

<sup>23</sup> FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», ob. cit., p. 208 y ss. Por su parte, GALISON da unas cifras llamativamente elevadas sobre el número de documentos que se clasifican actualmente. Señala que en los últimos años la tasa de clasificación se ha multiplicado por cinco y sigue en aumento. GALISON, Peter, «La eliminación de conocimiento», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 230. En el marco de un estudio centrado en Estados Unidos, cita una cifra de 260.678 primeras clasificaciones y 32.760.209 derivados, en el año 2001. Vid. GALISON, Peter, «La eliminación de conocimiento», ob. cit., p. 228. En el mismo sentido FABBRI, quien afirma que el número de documentos que se clasifica anualmente es mucho mayor que el de documentos que se publican. Vid. SERRA, Marcello, «Entrevista con Paolo Fabbri», ob. cit., p. 217.

<sup>24</sup> FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», ob. cit., p. 210.

<sup>25</sup> ABRUZZESE, Alberto, «Wikileaks: opacidad y transparencia», ob. cit., p. 189.

<sup>26</sup> BERTRAND, Denis, «Los regímenes semióticos del secreto», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 32. FRANCESCUTTI considera que, definitivamente, el papel de los ciudadanos-periodistas debilita el papel de «gate-keepers» de los medios de comunicación convencionales —participantes, desde hace décadas, en la gestión de los secretos de Estado, junto con Autoridades, Servicios de Inteligencia, Jueces y Magistrados y Comisiones Parlamentarias, como la de Secretos Oficiales española—. Vid. FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», ob. cit., p. 200. A pesar de lo cual, el autor considera que el papel de los cinco medios que acordaron con WL la publicación de los secretos reafirma a periodistas y empresas periodísticas en los usos y costumbres del sector y en sus criterios a la hora de seleccionar la noticia, aunque la gestión de la sobrecarga informativa hubo de seguir pautas propias de la comunicación de redes, al solicitar algunos medios la colaboración de

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

buen gobierno y buenas leyes, otorgando un mandato social al informador, en la actualidad la ciudadanía parece no respaldar al periodismo de investigación sobre la base de una mayor calidad democrática como argumento<sup>27</sup>, por un lado. Por otro, son algunos de esos ciudadanos —los ciudadanos-periodistas— los que emprenden actividades investigadoras (sin el estatuto profesional que acompañaba a los periodistas, históricamente, y del que era elemento clave el secreto profesional), incluso con prácticas ilegalizadas como las interceptaciones o escuchas que vienen a reforzar la obscenidad generalizada en redes y un exhibicionismo innegable<sup>28</sup>. Por su parte, los regímenes políticos que hoy quieren juzgar al autor de las filtraciones WL esgrimen como argumento el «secreto de Estado»<sup>29</sup>, que debería ser un secreto de Estado rectamente manejado, al servicio de fines legítimos, de bienes jurídicos constitucionalmente consagrados, lo que resulta cuestionado por el contenido de dichas filtraciones.

Marcello SERRA, en una línea muy similar a las anteriores, cree que el despertar de la transparencia es una reacción pendular al aumento imparable de los secretos de Estado, en especial<sup>30</sup>.

Al final, la pregunta sigue siendo la misma que cuando se ventilaba en España el asunto de las filtraciones de los documentos llamados «Papa Tango» y «Papa Golf»<sup>31</sup>: ¿es legal o legítimo violar un secreto de Estado cuando el inte-

---

internautas, en el más puro estilo «fuentes abiertas» y convirtiendo los «metadatos» en elemento indispensable en el proceso de selección y ordenación de las informaciones de interés: FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», ob. cit., p. 201.

<sup>27</sup> Por el contrario, no deja de resultar llamativo que el respaldo investigador se produzca, a menudo, en terrenos en donde sólo juega el morbo, el voyeurismo.

<sup>28</sup> SERRA, Marcello, «Entrevista con Paolo Fabbri», ob. cit., p. 223.

<sup>29</sup> BOLTANSKI se refiere al Estado como organización política transparente, por comparación con las organizaciones secretas, inconstitucionales en España. Vid. BOLTANSKI, Luc, «Y la historia copió a la literatura», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p.263. Vid. art. 22 de la Constitución española: «(...) Se prohíben las asociaciones secretas (...)». En la misma línea, SIMMEL, Georg, «La sociedad secreta», ob. cit., p. 95, que no duda en hacerse eco de la calificación de las sociedades secretas como enemigas del poder central.

<sup>30</sup> SERRA, Marcello, «Entrevista con Paolo Fabbri», ob. cit., p. 219.

<sup>31</sup> A raíz de la Sentencia dictada el 15 de abril de 1993 por el Juzgado Togado Militar Central número 1, de Madrid, en el caso de la filtración de los planes denominados «Papa Tango» y «Papa Golf», por parte del diario *El Mundo*, el Director de la publicación, llamado a declarar para que informara sobre sus fuentes, ayudando así a determinar qué militar había filtrado la información clasificada, habló y escribió largo y tendido para defender la legitimidad del método periodístico de la revelación de información clasificada, una infracción administrativa y un delito, en términos legales, cuando ésta tiene lugar en beneficio del interés de los ciudadanos por conocer la verdadera naturaleza de la participación española en la guerra del Golfo, en 1991.

Vid. COUSIDO GONZÁLEZ, M.P., *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*, ob. cit., p. 165. Vid. «El director de "El Mundo" se niega a decir quién filtró el plan "Papá Tango"», en [http://elpais.com/diario/1991/05/11/sociedad/673912804\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1991/05/11/sociedad/673912804_850215.html) (consultado el 13 de marzo de

María Pilar Cousido González

rés público por conocer los contenidos revelados es dominante y evidente? En otras palabras, el delito en que incurre quien revela una información ilegítimamente clasificada como secreto de Estado ¿compensa, ética y/o legalmente<sup>32</sup>, cuando lo que se descubre al votante es un delito mayor aún, cometido en el ejercicio de la función pública? ¿Puede ignorar el poder judicial al delincuente menor —el periodista, el investigador, el «ciudadano-pirata»...—porque le haya puesto sobre la pista inequívoca de un delincuente de envergadura o de una política reprobable y reprobada por una aparente mayoría social? Estas preguntas, en el terreno de lo subjetivo. Pues en el terreno del bien garantizado, la pregunta es, seguramente, ¿hace la evolución tecnológica indispensable revisar el régimen de los secretos oficiales? ¿Es obligado redefinir la frontera entre lo público y lo privado, en vista de la «*obscenidad comunicativa*», como califica BAUDRILLARD a la situación actual en que las redes convierten áreas secularmente privadas o íntimas en públicas? ¿Hay que redefinir el secreto en entornos multimedia o dotarlo de una visibilidad distinta, como sugiere FRANCESCUTTI?<sup>33</sup>

SERRA repite, con BOBBIO, lo que podría ser un criterio de orientación, *de lege ferenda*: si todos estamos de acuerdo en constitucionalizar un valor, serán legítimos y legales todos los secretos que permitan actualizar ese valor.

## 5. EVOLUCIÓN RECIENTE DE LA NORMATIVA SOBRE SECRETOS OFICIALES EN ESPAÑA Y EXPECTATIVAS

En un trabajo publicado en el año 2012, NIÑO y SANZ se introdujeron en el derecho de acceso, desde la perspectiva histórico-documental de su formación. Los datos que recabaron actualizan otros trabajos anteriores que serán igualmente citados, al avanzar esta investigación, en la medida en que permitirán valorar la situación de la normativa sobre los secretos de Estado en España, hoy, a la luz de lo sucedido en las últimas décadas. Puesto que la aprobación de la Ley de Transparencia es posterior a su investigación, conviene aclarar que la anterior redacción, a la que los autores se refieren, del artículo 37 de la Ley 30/1992, en su apartado 5, excluía explícitamente del derecho de acceso los expedientes que contuvieran informaciones sobre la defensa nacional o

---

2014): a su juicio, "los filtradores hicieron un gran servicio a la sociedad, porque contribuyeron a evitar un grave error político". Posteriormente se mostró convencido de que la polémica suscitada tras la publicación de esos planes evitó el envío de tropas españolas al conflicto bélico habido en Oriente Próximo.

<sup>32</sup> Para BACON, el secreto tiene una naturaleza moral y una naturaleza política. Vid. BACON, Francis, «De la simulación y la disimulación», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, p. 54.

<sup>33</sup> FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», ob. cit., p. 211.

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

la seguridad del Estado. En la nueva redacción, se da una remisión a la Ley 19/2013. En este sentido se produce un ajuste de la Ley 30/1992 a la Ley 19/2013, por lo que no va a hacerse referencia, aquí, a la disposición procedimental.

En su trabajo, NIÑO y SANZ mencionan varias disposiciones menores, pero de eficacia evidente, que, a su juicio, restringen el principio de publicidad y la transparencia pretendidamente instaurada por la Ley 19/2013.

La primera de esas disposiciones sería el Real Decreto 1708/2011, sobre Sistema Español de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y Régimen de Acceso<sup>34</sup>.

Actualmente, en el ámbito de lo público, la Ley de Patrimonio Histórico, aparte de reconocer entre varias excepciones legales el secreto oficial, en los términos de la vigente Ley de Secretos Oficiales, recoge la posibilidad de que, en caso de denegación de acceso, el solicitante de información pueda pedir una autorización específica y que, o bien el Jefe del Departamento encargado de su custodia, o bien la Autoridad clasificadora, procedan a conceder la autorización [art. 57.b) LPH]<sup>35</sup>.

Esa laxitud, sin embargo, debe convivir, a partir del mencionado Real Decreto 1708/2011, con la total discrecionalidad otorgada en el artículo 26.4 de este último texto al responsable del Archivo Público para denegar un acceso solicitado cuando la información no esté afectada expresamente por alguna excepción legal o constitucional. Y con la previsión normativa, en el mismo Real

---

<sup>34</sup> En el terreno de lo personal, dicha norma extendería a datos simplemente identificativos medidas previstas por legislación de rango igual o superior para los datos exclusivamente sensibles. Así, el artículo 28.3 del Real Decreto citado contempla el acceso a esos datos nominativos que no afecten a la intimidad u honor personal cuando el titular de los datos haya fallecido o el solicitante pruebe el interés legítimo, lo que, por un lado, supone una restricción, frente a normas previas en las que el acceso a datos identificativos era libre cuando se había producido el fallecimiento o habían transcurrido los años legalmente fijados, incluso si podían afectar al honor o a la intimidad de alguien, en principio. El tenor de esta disposición permite suponer que cuando esa información no afecte a los derechos personales sería cuando se requeriría una autorización, lo que es particularmente extraño, inapropiado y contradictorio. Así, la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos, no restringe el acceso a datos meramente nominativos, en principio. *Vid.* art. 3.j) de la Ley Orgánica 15/1999. Su disposición adicional tercera contempla el acceso a los expedientes elaborados al amparo de la Ley de Vagos y Maleantes y al de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social, exigiendo, como alternativa al consentimiento expreso del afectado, que hubieran transcurrido 50 años desde la fecha del documento. Si hubiera, además, constancia del fallecimiento, podrían proporcionarse datos aunque afectasen a los derechos personales del titular.

Por su parte, el artículo 8.1 de la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen, legitima intromisiones en los derechos personales cuando medie interés histórico, científico o cultural.

<sup>35</sup> NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», *ob. cit.*, p. 322 y ss.

María Pilar Cousido González

Decreto, de que el acceso a información que pueda afectar a la seguridad nacional o a la defensa precisará de la autorización del órgano clasificador<sup>36</sup>.

El propio Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación contestó este planteamiento legal, en un Informe de 4 de noviembre de 2011, por entender que la discrecionalidad de la autoridad en detrimento del derecho de acceso general, consagrada por el Real Decreto 1708/2011, no encajaba en el planteamiento de la Ley de Secretos Oficiales, que es una ley restrictiva de derechos y que, como tal, debe ser interpretada restrictivamente.

NIÑO y SANZ denuncian los procedimientos favorecidos por la nueva disposición y resaltan la circunstancia de que la sanción legal a los excesos de publicidad por parte del funcionariado contrasta con la carencia de sanción a los defectos de publicidad por una aplicación demasiado rigorista de la norma<sup>37</sup>. La consecuencia inmediata será la tendencia inevitable de los funcionarios a reservar información, ante la duda. Justo lo contrario de la propuesta desantiánica: *in dubio pro communicatione*, lema manejado por los constitucionalistas que se ocupan del Derecho de la Información.

Otras dos disposiciones recientes, que resultan criticadas por NIÑO y SANZ, y con razón, según quien escribe, son las Orientaciones para la Instrucción de Seguridad del Personal, de 15 de diciembre de 2009, y la Norma NS/04 de Seguridad de la Información, de octubre de 2009<sup>38</sup>. A través de ellas, como antes se hizo mediante la Ley 11/2002, Reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y la Ley Orgánica 2/2002, Reguladora del Control Judicial Previo del Centro Nacional de Inteligencia, se realiza una modificación sustantiva de la Ley de Secretos Oficiales que, en cambio, permanece textualmente incólume, como resulta obvio, por falta de voluntad política para modificarla, que es como decir por la voluntad política de que permanezca en vigor. NIÑO y SANZ destacan la introducción de nuevas categorías en la calificación de los documentos clasificados (confidencial, reserva interna, difusión limitada, próximas a expresiones manejadas en otros países de nuestro entorno), así como el seguimiento de una especie de clasificación interna en diferentes ministerios, alejada de la de la Ley de Secretos Oficiales, y diferente en cada Ministerio (el de Defensa manejaría las tres expresiones arriba citadas y el Ministerio de Interior sólo una —confidencial—, aplicable a información no clasificada pero relevante para la seguridad del Estado).

<sup>36</sup> Vid. NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», ob. cit., p. 327, mencionando, además, a Blanca Desantes.

<sup>37</sup> NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», ob. cit., p. 324.

<sup>38</sup> Este último texto figura *online*, en una versión de 15 de diciembre de 2012, en la página del CNI: *vid.* <[http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/NS-04\\_Seguridad\\_de\\_la\\_Informacion.pdf](http://www.cni.es/comun/recursos/descargas/NS-04_Seguridad_de_la_Informacion.pdf)> (consultado el 8 de marzo de 2014).

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

Finalmente, NIÑO y SANZ añaden como disposición merecedora de crítica el Acuerdo sobre Política de Seguridad de la Información del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, de 15 de octubre de 2010, generado en el contexto de las filtraciones que han dado la vuelta al mundo, y tras otras, a nivel nacional, merecedoras de, al menos, su cita indirecta en estas líneas<sup>39</sup>. Los historiadores recuerdan que de dicho Acuerdo derivan casi una veintena más de materias que se incorporan al ámbito de lo clasificado en España, con la posibilidad de revisar la lista y ampliarla periódicamente, además del incremento de la discrecionalidad del Consejo de Ministros, al prescindir del hecho de que sólo la información clasificada en origen por los aliados debería ser protegida en España y dar cobertura como materia clasificable a cualquiera que, a juicio del Consejo, pueda suponer un riesgo para la seguridad de los aliados. Eso, en el marco de las relaciones con terceros. A estas dos consecuencias se añadiría también el hecho de que puedan resultar clasificados no documentos, sino bloques documentales enteros, lo que ha sido aplicado ya de forma retroactiva<sup>40</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

1.<sup>a</sup> El art. 14 de la Ley 19/2013 sigue refiriéndose a las excepciones del derecho a la información en términos de límites al derecho de acceso, recogiendo como tales un conjunto de doce bienes jurídicos de aplicación preferente para el legislador y que, en la práctica, supondrían una denegación como respuesta a una solicitud de acceso.

2.<sup>a</sup> Entre las referencias a leyes especiales, desde la Ley de Transparencia que, en este sentido, parece comportarse como Derecho común para el ejercicio, en general, del derecho de acceso, se encuentra la Ley de Secretos Oficiales, cuya constitucionalidad ha sido confirmada por jurisprudencia española (Sentencia de 14 diciembre de 1995, resolviendo el Recurso 726/1996), en un contexto normativo incoherente y contradictorio, a juicio de parte de la Doctrina, caracterizado por huir de la sustitución de la LSO a base de redactar disposiciones de rango menor, o mayor, que hagan frente a los problemas interpretativos o de ajuste que se presenten en cada momento.

---

<sup>39</sup> Así, las filtraciones del Informe de 11 de enero de 2002 autorizando a hacer escala en España a vuelos de la CIA rumbo a Guantánamo, con prisioneros de Al-Qaeda; del Informe reservado del Cónsul de España en Brasil y, finalmente, la del ex agente del CNI Roberto Flórez que, **aunque relevante por el conjunto de sus filtraciones a Rusia**, incluía el nombre de 7 espías asesinados en 2003 en Iraq, **lo que le ha dado particular importancia**.

<sup>40</sup> Vid. NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», ob. cit., p. 336.

María Pilar Cousido González

3.<sup>a</sup> La Ley 19/2013 recoge el concepto jurídico indeterminado del «*interés público*» para situarlo del lado del derecho a la información, o del lado del derecho de acceso, y dota a su presencia de una trascendencia tal que forzaría una aplicación proporcionada (restrictiva) y justificada (excluyente) del límite que, en otras circunstancias, impediría el acceso a la información, para facilitar la información solicitada.

4.<sup>a</sup> La Ley 19/2013 menciona como límites del derecho de acceso, vinculados estrechamente al secreto de Estado, la seguridad nacional y la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública y los intereses económicos y comerciales y la política económica y monetaria.

5.<sup>a</sup> La **seguridad nacional** ha incrementado sus dimensiones multifacéticas, como revela la Estrategia Nacional de Seguridad española (2013). Las filtraciones electrónicas que han afectado a las **relaciones exteriores** de países aliados han provocado en el sistema político español una reacción autodefensiva del aparato judicial (Recursos 24/2011, 631/2011, 926/2011 y 23/2012, Sala de lo Contencioso-administrativo, Audiencia Nacional, al esgrimir defectos de forma), lícita, pero que habrá de dar paso, forzosamente, a un análisis riguroso de los cambios sustantivos en el Derecho que la potencialidad de los *new media* ha de traer consigo. La **seguridad pública**, en la actualidad, desde la omnipotencia que las comunicaciones electrónicas proporcionan, pone al aparato del Estado democrático ante la tesitura de, por un lado, renunciar a intromisiones ilegítimas en la vida privada de las personas y, por otro, llevar la transparencia de lo público todo lo lejos que la ley permite y exige. Finalmente, **los intereses económicos y comerciales y la política económica y monetaria** se incorporan a la legislación española, como parte de los secretos de Estado, aunque reciban contestación doctrinal.

6.<sup>a</sup> Frente a las filtraciones, los regímenes democráticos continúan su autoprotección, añadiendo al manejo del argumento de los defectos de forma (ilicitud de pruebas) el mantenimiento de la opacidad de los procesos deliberativos en la toma de decisiones. En un planteamiento que podría calificarse de menos conservador que lo que el anterior revela, se contempla la renovación de los protocolos de protección de información clasificada, el cambio de los plazos de desclasificación para hacerse eco de la velocidad que Internet imprime a la vida política y el desplazamiento del objeto de clasificación; de hecho, en los Estados democráticos, parece aumentar la cantidad de información clasificada y el número de encargados de custodiarla.

7.<sup>a</sup> El calado del desajuste político-socio-tecnológico es de tal envergadura que puede observarse que las filtraciones, que están poniendo en jaque a los secretos de Estado como los hemos conocido, descubren que ni los periodistas, ni los ciudadanos, ni los representantes políticos están ya en su sitio, en el sitio en el que solían estar durante décadas o siglos; las filtraciones no son

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

fruto del periodismo de investigación, ya clásico, sino de la actuación de ciudadanos-periodistas (o piratas, o intrusos, como se prefiera). Los ciudadanos se interesan por el contenido de las filtraciones (cuando lo hacen) más por morbo que por un eventual valor compartido que haya podido quedar al descubierto o por la irregularidad del comportamiento político revelado. Los políticos se sitúan a la defensiva, en vez de a la vanguardia social, para encarar los problemas de fondo y de forma que las filtraciones descubren. Y esperan a conocer la reacción de la opinión pública, para secundarla, en vez de ofrecerle una visión de futuro comprometida.

8.<sup>a</sup> En medio del cambio de paradigma socio-comunicativo, detectado por sociólogos y comunicadores, hacia una mayor transparencia, el poder ejecutivo y el poder legislativo españoles han impulsado varios documentos y normas de diferente rango cuya consecuencia inmediata ha sido restringir el acceso a la información pública, pese a la proclama de apertura que la norma sobre transparencia parece consagrar. Esas normas son: el Real Decreto 1708/2011, sobre Sistema Español de Archivos de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos y Régimen de Acceso; las Orientaciones para la Instrucción de Seguridad del Personal, de 15 de diciembre de 2009, la Norma NS/04 de Seguridad de la Información, de octubre de 2009, y el Acuerdo sobre Política de Seguridad de la Información, del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación de 15 de octubre de 2010.

En un giro de inequívoca opacidad, estas normas aumentan la discrecionalidad del funcionariado al tomar decisiones sobre acceso a información pública, imponen la autorización previa al acceso cuando los documentos ni siquiera afecten a derechos personales, sancionan a los funcionarios que permiten el acceso indebidamente, pero no a los que lo evitan innecesariamente, modifican la nomenclatura de la clasificación al margen de la LSO, introducen una delegación implícita de la competencia de clasificar, excluida expresamente por la LSO (art. 5.<sup>o</sup>), al crear la llamada «clasificación interna» en los Ministerios, y aumentan ostensiblemente el número no de documentos, sino de grupos o bloques documentales que pasan a ser clasificables.

## 7. BIBLIOGRAFÍA

ABRUZZESE, Alberto, «Wikileaks: Opacidad y transparencia», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 182-196.

BACON, Francis, «De la simulación y la disimulación», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 52-55.

BERTRAND, Denis, «Los regímenes semióticos del secreto», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 27-40.

María Pilar Cousido González

BOLTANSKI, Luc, «Y la historia copió a la literatura», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 261-270.

CANETTI, Elías, «Secreto y poder», en *Revista de Occidente* núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 67-75.

COUSIDO GONZÁLEZ, María Pilar, *Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995.

— *Derecho de la Comunicación Impresa*, Colex, Madrid, 2001.

— «Hidden cameras-serving society's information rights?», *CIR e-bulletin*, issue 3, October 2013. <<http://www.winchester.ac.uk/academicdepartments/Law/Centre%20for%20Information%20Rights/E-bulletins/Pages/E-Newsletter.aspx>> (consultado 9 de marzo de 2014).

DESANTES GUANTER, José María, *La función de informar*, EUNSA, Pamplona, 1976.

ECO, UMBERTO, «Reflexiones sobre WikiLeaks», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 173-180.

FRANCESCUTTI, Paolo, SERRA, Marcello, GÓMEZ PASCUAL, Óscar y MAGALLÓN, Raúl, «El fenómeno WikiLeaks. Entre la teoría de la información y la comunicación estratégica», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 197-211.

GALISON, Peter, «La eliminación de conocimiento», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 227-235.

MACCHIA, Giovanni, «La obsesión de Mazarino», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 76-81.

MARIN, Louis, «Lógicas del secreto», en *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 11-27.

NIÑO, Antonio y SANZ, Carlos, «Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado», en *Cuadernos de Historia Moderna y Contemporánea*, vol. 34 (2012), pp. 309-342.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, «Los secretos oficiales y su control», en *El País*, 25 de agosto de 1996, <[http://elpais.com/diario/1996/08/25/espana/840924010\\_850215.html](http://elpais.com/diario/1996/08/25/espana/840924010_850215.html)> (consultado el 5 de marzo de 2014).

SERRA, Marcello, «Entrevista con Paolo Fabbri», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 212-226.

SIMMEL, Georg, «La sociedad secreta», *Revista de Occidente*, núm. 374-375, julio-agosto de 2012, pp. 82-95.

Secretos de Estado: cambios reales, políticos y legales en la era de la transparencia

SORIA SAIZ, Carlos, *Derecho de la Información: análisis de su concepto*, José M.<sup>a</sup> Castro Madriz, Madrid, 1987.