

Real Academia Asturiana de Jurisprudencia

***ARCANA IMPERII* Y JUECES EN UNA SOCIEDAD (POST)DEMOCRÁTICA** **El control judicial de los secretos de Estado**

Discurso de ingreso en la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia

de

David Ordóñez Solís

Magistrado, doctor en Derecho, miembro de la Red de Especialistas en Derecho de la Unión Europea del Consejo General del Poder Judicial y secretario ejecutivo de la Comisión Iberoamericana de Ética Judicial

Oviedo, 30 de septiembre de 2020

A Rosa, el secreto de mi felicidad

«Real power begins where secrecy begins»

«[En un Estado totalitario] el poder auténtico comienza donde empieza el secretismo»

Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, 1951:495

«Pude comprobar definitivamente que no hay en nuestra época secretos de Estado el día 27 de febrero de 1981, cuando me senté por primera vez a la mesa que había sido de Adolfo Suárez (y un siglo antes del General Narváez)»

Leopoldo Calvo-Sotelo Bustelo, *Memoria viva de la transición*, 1990:233

«El sistema constitucional solo funciona como un todo si sus tres ramas trabajan como se espera de ellas. Cuando las tres no solo fallan, sino que lo hacen deliberadamente y de forma coordinada, el resultado es una cultura de la impunidad. Me di cuenta de que había sido un insensato por pensar que el Tribunal Supremo, o el Congreso, o el presidente Obama [responsabilizarían legalmente al servicio de inteligencia]. Habían hackeado la Constitución»

Edward Snowden, *Vigilancia permanente*, 2019:312

ÍNDICE

Agradecimiento	6
1. INTRODUCCIÓN	7
2. LOS SECRETOS DE ESTADO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: LA EXPERIENCIA DE ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA.....	13
2.1 Los secretos oficiales en la legislación española: de la apertura de la dictadura a la transparencia democrática	14
2.1.1 La Ley de secretos oficiales, el control parlamentario pleno y el control judicial	15
2.1.2 La legislación española sobre fondos reservados y servicios secretos	17
2.1.3 Las cláusulas de confidencialidad de los tratados internacionales	18
2.1.4 Los efectos de la Ley de transparencia en los secretos oficiales	19
2.2 Los secretos oficiales en las instituciones de la Unión Europea y el contexto de la legislación europea	20
3. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS SECRETOS DE ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA	24
3.1 La jurisprudencia del TEDH sobre los secretos: la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo	25
3.1.1 La libertad de expresión frente a la prohibición de divulgar información confidencial	25
3.1.2 El derecho a un juicio justo y el acceso a los secretos de Estado	28
3.2 La jurisprudencia del TJUE sobre la información confidencial y el derecho a la tutela judicial	32
3.2.1 Los secretos militares y el impago del arancel aduanero europeo.....	33
3.2.2 Los secretos, el terrorismo y la tutela judicial efectiva.....	34
3.2.3 La información confidencial de los Bancos centrales sobre entidades de crédito	38
4. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS SECRETOS DE ESTADO EN ESPAÑA.....	41
4.1 El control judicial formal y material de los secretos oficiales.....	41
4.2 El control judicial de los secretos oficiales a prueba: las sentencias sobre 'los papeles del CESID'	44

4.2.1 La desclasificación de los documentos y el tribunal competente	45
4.2.2 Las tres sentencias contencioso-administrativas sobre los papeles del CESID de 1997: clasificar o desclasificar	46
4.3 La jurisprudencia actual sobre el control de los secretos de Estado en España.....	53
4.3.1 Los expedientes de nacionalización y expulsión de extranjeros.....	53
4.3.2 Los derechos de los empleados de los servicios de inteligencia.....	55
4.3.3 La transparencia y los secretos de Estado.....	56
5. CONCLUSIÓN.....	59
6. JURISPRUDENCIA.....	62
6.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos.....	62
6.2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea.....	62
6.3 Tribunal Constitucional español	63
6.4 Tribunal Supremo español.....	63
7. BIBLIOGRAFÍA	65
Contestación de Rafael Fonseca González	68

Agradecimiento

Desearía agradecer a la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia que me haya honrado acogiéndome en un grupo tan granado de la sociedad asturiana: a su Presidente Leopoldo Tolivar Alas que ha impulsado mi candidatura, al Sr. Secretario y colega, magistrado Fonseca González por haberme abierto las vías a la participación con esta institución y por constituir para mí un ejemplo en su vida académica y, de manera especial, en su vida profesional como magistrado; y a todos y cada uno de las Señoras y Señores académicos, por haberme cooptado tan generosamente. Mi única preocupación en estos momentos es responder con una mínima solvencia a tan amable consideración.

Déjenme personalizar mi integración en uno de Ustedes, una persona que me precede personal, profesional y judicialmente en esta institución: el magistrado don César Álvarez-Linera y Uría. Faro seguro en su profesión como magistrado, fecundo en la doctrina que ha generado y prolífico en la vida que ha dejado tantos y tan conspicuos juristas en todos los ámbitos profesionales y con todas las virtudes que un padre quisiera para sus hijos.

Asimismo, no puedo hacer otra cosa que sentirme orgulloso de mis compañeros en la Administración, donde aprendí mis rudimentos del ejercicio profesional como jurista; en la Universidad, en particular en ese reducto de paz y de armonía académica como es el Centro Asociado de la Uned en Gijón, donde desde hace más de 20 años disfruto con los alumnos y los politólogos, de una dimensión tan importante de las Ciencias Sociales para los que ejercemos profesionalmente el Derecho; y, en fin, de mi colegas, jueces, que me han abierto un horizonte profesional tan magnífico y tan propicio para ejercer el Derecho pensando en los ciudadanos y en la sociedad.

Por último, debo reconocer que la familia es esencial en mi vida. Mis padres, que ya no están, representan para mí e intentaron inculcarme lo mejor de nuestro país: nobleza, bondad, sabiduría; mi hermano, Manolo, que siempre me ha servido y que tanto me ha ayudado, mi hermana, que es la alegría de vivir, demás familiares, y, por supuesto, Rosa, que ha sido en los últimos 32 años el secreto de mi felicidad y es la que, en realidad, da sentido a mi vida.

1. INTRODUCCIÓN

Tácito utilizó la expresión *arcana imperii* para describir en el siglo I de nuestra era la reacción del emperador Tiberio a una propuesta que se le hacía de nombramientos y reparto del poder y que, según el historiador romano, tenía un profundo significado al penetrar en los *secretos de la política imperial*; el César, nos dice el clásico, utilizó su elocuencia y sus estratagemas para retener la fuerza y la autoridad del imperio¹. A partir de aquí y tal como ha subrayado Del Águila, «toda la literatura que da origen al saber político moderno está obsesionada por el secreto»².

De esta idea sobre los «secretos de la dominación», en terminología de Saavedra Fajardo, debía participar el príncipe cristiano por lo que el concepto arcanos del poder se generalizó en los siglos XVI y XVII contribuyendo, junto con Maquiavelo, cuyas ideas decían combatir los *tacitistas*, a la formación y a la legitimación del Estado absoluto³. De hecho y en esa misma época en España un censor de la obra de Tácito desaconsejaba vivamente su traducción del latín porque «divulgados los secretos del Imperio, se disminuye la fuerza del poder»⁴.

El advenimiento a finales del siglo XVIII del Estado liberal confirió una importancia esencial a la participación del pueblo en el ejercicio del poder, que se ejerce separadamente ya no solo por el Rey, o el Ejecutivo, sino también por el Parlamento, por lo que los secretos del poder deben ser compartidos, ciertamente, por unos pocos en el Ejecutivo y, en menor medida, en el Parlamento. Sin embargo, ya en esta etapa de la evolución del Estado será el Parlamento al que corresponderá determinar legalmente cómo debe hacer el Ejecutivo la clasificación de lo que debe considerarse secreto. En realidad y con el paso del tiempo también los Parlamentos establecerán medidas para vigilar mediante un control político las actuaciones secretas de los Gobiernos.

En la primera mitad del siglo XX los sistemas totalitarios, el fascismo, el nazismo y el comunismo, ilustraron suficientemente el efecto perverso que tiene el secreto generalizado en la vida pública. En este sentido, lo advertía Arendt en 1951 al señalar que en un Estado totalitario el poder auténtico comienza donde empieza el secretismo⁵.

¹ 'haud dubium erat eam sententiam altius penetrare et arcana imperii temptari', *Los Anales de Cayo Cornelio Tácito, traducidos al castellano por don Carlos Coloma. Segunda edición acompañada del texto latino*, Madrid, 1794, Tomo 1, 2.36.1, p. 133.

² Rafael del Águila Tejerina, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000, p. 307.

³ Diego Saavedra Fajardo, *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas*, edición de Enrique Suárez Figaredo, *Revista de Literatura Española Medieval y del Renacimiento Lemir* 20, 2016 [1640], p. 757.

⁴ Enrique Tierno Galván, "El tacitismo en las doctrinas políticas del siglo de oro español", *Anales de la Universidad de Murcia*, Murcia, 1948, p. 988.

⁵ Hannah Arendt, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, 1998 [1951], p. 495. A diferencia de la traducción del libro al español que hace equivalente secreto con *secrecy*, debe tenerse en cuenta que la palabra secretismo se define así en el *Diccionario de la lengua* de la Real Academia Española: «Modo de actuar en secreto con respecto a asuntos que debieran manifestarse».

En la segunda mitad del siglo XX, después de los ominosos paréntesis totalitarios de todo tipo, el poder judicial, con el fin de cumplir su tarea fundamental de proteger los derechos fundamentales, intenta participar en el conocimiento de los secretos del Estado. Con grandes limitaciones y frente a la apelación a teorías basadas fundamentalmente en la naturaleza política de la acción de los Gobiernos, apoyados por los Parlamentos, también los tribunales de justicia han logrado controlar y limitar en gran medida el ámbito de los secretos de Estado hasta el punto de que hoy en día ya no parece que los secretos de Estado se puedan resistir, salvo que sea estrictamente necesario, es decir, siempre que esté justificado y que sea proporcionado, a la acción de la justicia. Y ese juicio de proporcionalidad corresponde hacerlo, como se defiende aquí, a los propios tribunales

En esta evolución se puede comprobar que hoy en día los secretos de Estado responden, ciertamente, a unas necesidades claras de supervivencia y seguridad nacional, por lo que es necesario mantenerlos a resguardo de los ciudadanos, sin que puedan ser divulgados así como así.

Ahora bien, los secretos de la dominación ya no deberían serlo para ninguno de los tres poderes, Gobiernos, Parlamentos y Jueces. Tampoco, en el sentido que le daba Tácito, los arcanos del poder se pueden sustraer del conocimiento de los ciudadanos, porque en ellos reside el origen del poder y su legitimidad. Se produce, por tanto, un dilema de la responsabilidad política (*accountability*) o jurídica (*legal review*) en nuestras sociedades en la medida en que, tal como se ha subrayado, «la democracia requiere publicidad, pero algunas políticas democráticas requieren secreto»⁶.

La divulgación de los secretos oficiales resulta muy reveladora del artificio y, en ocasiones, de la trivialidad del ejercicio del poder que explican el intento de esquivar el control, sea político o judicial, desvelando las interioridades del poder. En efecto, la experiencia ha demostrado que la legítima razón de ser del secreto oficial, fundada en la supervivencia del Estado o la seguridad nacional, suele ser en ocasiones una espuria motivación individual e incluso delictiva de quienes en ese momento detentan el poder.

De la trivialidad de los secretos de Estado ha dado cuenta Calvo-Sotelo en una anécdota famosa del político gallego. El flamante presidente del Gobierno, ya en *La Moncloa* el 27 de febrero de 1981 después del innoble intento de golpe de Estado, descubre que hay una caja fuerte en su despacho oficial donde supuestamente se guardaban los secretos de Estado pero de la que nadie de sus ayudantes sabía la clave. Después de forzar la caja, gracias a un funcionario de la Policía, el presidente descubre que está vacía; bueno, dentro solo había un papel doblado con el número de la combinación⁷.

⁶ Denis F. Thompson, "Democratic Secrecy", *Political Science Quarterly*, Vol. 114, No. 2, 1999, pp. 182.

⁷ Leopoldo Calvo-Sotelo Bustelo, *Memoria viva de la transición*, Plaza & Janés, Barcelona, 1990, p. 235: «Ahí estaba el secreto de Estado. Al parecer, era uno solo: tal vez la causa de la dimisión de Suárez, o del último destino de Armada. Traje el papel a mi mesa y lo desdoblé cuidadosamente. El papel tenía una breve fórmula algebraica con números y letras. No me fue difícil encontrar el sentido. *El papel tenía la combinación de la caja fuerte*. A mi sucesor se la entregué vacía, porque toda la información se la di

Casi cuarenta años después sorprende constatar que en 2019 ante la investigación de una queja recibida por el Defensor del Pueblo sobre la sugerencia de implantar un sistema de medición del ruido para controlar la contaminación acústica de una base aérea militar y supervisar el cumplimiento de los objetivos de calidad acústica, la Secretaría de Estado de Defensa alegaba que la difusión de los datos sería incompatible con la Ley de Secretos Oficiales. El Defensor del Pueblo hubo de replicarle: «Parece pues obvio que la resolución no se refiere a la difusión de la información sino a la medición real del ruido que se produce»⁸.

Ya en el siglo XXI, los ataques terroristas del 11 de septiembre de 2001 han reforzado a aquellos que desde el poder invocan la necesidad de utilizar todos los medios y cueste lo que cueste, envueltos en el más absoluto secreto, con el fin de luchar contra quienes quieren acabar con nuestra sociedad⁹.

Sin embargo, los sucesivos escándalos por las revelaciones de secretos en los ámbitos políticos (*Wikileaks*), militares (*Snowden*) o financieros (*Falciani*) parecen confirmar que, efectivamente y por una parte, los secretos son necesarios en nuestra sociedad y esto puede suponer restringir su divulgación entre los ciudadanos bajo un adecuado control parlamentario y sometidos a un apropiado control judicial¹⁰.

Al examinar los distintos grados de secretismo, se ha señalado que, a pesar de la actitud deferente de los jueces estadounidenses en relación con el uso por el Ejecutivo de los secretos de Estado, no hay duda de que «la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la separación de poderes ha elaborado un atractivo y coherente *principio anti-ignorancia* del gobierno constitucional. En numerosas formas interpretativas y en una variedad de supuestos el Tribunal Supremo ha puesto en duda seriamente la noción de

abierta y sobre la mesa del despacho. Quién sabe si Felipe González ha guardado en la caja, celosamente, la explicación de su aprecio por Alfonso Guerra. Búsquenla allí los historiadores futuros».

⁸ Defensor del Pueblo, Recomendación de 20 de noviembre de 2019: Iniciar los trámites necesarios para la aprobación de una norma en materia de ruido aplicable a las actividades militares en la que se contemplen las especificidades necesarias para la salvaguarda de los intereses de la defensa nacional y en la que se determine la supletoriedad de la legislación general de ruido en todo lo no regulado en aquella, en lo que resulte compatible con la protección de dichos intereses, Queja número 17009435; Administración: Ministerio de Defensa. Secretaría de Estado de Defensa.

⁹ En los Estados Unidos de América se ha constatado que el terrorismo ha afectado al equilibrio de poderes y al fortalecimiento del Ejecutivo que invoca el privilegio de los secretos de Estado, en detrimento del Legislativo y del Judicial; véase, por ejemplo, el estudio de Amanda Frost, "The State Secrets Privilege and Separation of Powers", *Fordham Law Review* Volume 75 Issue 4, 2007, pp. 1931-1964; y el análisis de Laura K. Donohue, *(Dys)Functional Secrecy*, Georgetown University Law Center, disponible en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2195> y <https://ssrn.com/abstract=3450806> (última consulta 05/07/2020). Asimismo, los tribunales militares especiales creados por los Estados Unidos de América y el secreto en que se envuelve su actuación resultan desalentadores para quienes creemos en una sociedad democrática; véase uno de los últimos reportajes disponibles de Carol Rosenberg, "The Growing Culture of Secrecy at Guantánamo Bay", *The New York Times*, 5 de abril de 2020, donde señala: «el tribunal militar, ante el que se ha acusado a varios hombres que tramaron los ataques del 11 de septiembre de 2001 y que están siendo juzgados, actúa de acuerdo con normas clasificadas que son incoherentes, complejas y, en muchos casos, absurdas».

¹⁰ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations Report (Draft), Rapporteur: Dick Marty, París, Septiembre, 2011, apartado 3, p. 6, donde se dice: «Los principios de separación de poderes y de 'checks and balances' no solo pueden citarse en maravillosos discursos; ¡sobre todo, deben aplicarse!».

que una rama del gobierno pueda actuar en cuestiones de las que las otras ramas no sepan nada»¹¹.

No obstante y, por otra parte, hay valores en la sociedad que exigen acabar o, en la medida de lo posible, limitar estos secretos por razones muy variadas y no solo en el ámbito público sino también en el ámbito privado hasta el punto de que, por ejemplo, los tribunales en Europa han admitido la compra por los servicios secretos de información bancaria que, finalmente, ha servido a las Administraciones tributarias alemana¹² y española¹³ para perseguir el fraude fiscal.

¹¹ David E. Pozen, "Deep Secrecy", *Stanford Law Review*, vol. 62, 2010, p. 323.

¹² En la sentencia de 6 de octubre de 2016, *K.S. y M.J. c. Alemania*, recurso nº 33696/11, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronunció sobre un supuesto en el que los servicios secretos alemanes habían comprado en 2006 a un particular y por una importante suma de dinero un soporte digital sobre 800 contribuyentes donde se recogían los datos de estos en un banco de Liechtenstein, que fue remitido a las autoridades tributarias alemanas que lo utilizaron en la lucha contra la evasión de capitales. En 2008 un juez alemán autorizó la entrada y registro en el domicilio de los investigados y los tribunales alemanes confirmaron la legalidad de la actuación administrativa dado que la jurisprudencia nacional considera que solo está prohibido utilizar pruebas obtenidas como consecuencia de una violación grave, deliberada o arbitraria de las reglas de procedimiento en las que se hayan ignorado sistemáticamente las garantías constitucionales (§ 46). El Tribunal Europeo avaló las decisiones de los jueces alemanes en la medida en que los datos adquiridos por los Servicios secretos solo contenían información relativa a la situación financiera de los recurrentes que estos estaban obligados a facilitar a las autoridades tributarias nacionales pero ninguna información vinculada estrechamente a su identidad (§ 53). Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo descartó que hubiese habido violación de su vida privada.

¹³ El Pleno del Tribunal Constitucional se refiere en su sentencia 97/2019, de 17 de julio de 2019, ponente: Montoya Melgar, al uso de datos de la denominada *lista Falciani* y confirma las sentencias de instancia y de casación que habían condenado a un empresario domiciliado en Madrid por un delito contra la Hacienda pública en la declaraciones del impuesto de la renta de 2005 y 2006. La información utilizada por la Hacienda española provenía de la colaboración con las autoridades francesas que la habían obtenido en un registro domiciliario en Francia, aunque la documentación procedía de una sustracción ilícita en una entidad bancaria suiza hecha por Hervé Falciani, trabajador informático del banco HSBC que en un soporte informático había elaborado tres listas de las que resultaban datos identificativos de personas físicas, de empresas y de ambos, referidos al nombre, dirección, país y patrimonio constatado en diciembre de 2005 y en diciembre de 2006. Estos datos permitieron la condena por delito fiscal que fue confirmada por el Tribunal Supremo (Sala 2ª), sentencia de 23 de febrero de 2017, recurso nº 1281/2016, ES:TS:2017:471, ponente: Marchena Gómez. El recurrente en amparo invocaba la vulneración de su derecho a la protección de datos; sin embargo, el Tribunal Constitucional desestimó sus alegaciones al considerar, por una parte, que la intromisión en el derecho a la intimidad «carece de cualquier conexión instrumental, objetiva o subjetiva, con actuaciones investigadoras llevadas a cabo por las autoridades españolas o por alguna parte procesal no pública [en la medida en que un informático aprovechó el acceso que, por razones laborales, tenía a datos de clientes del banco HSBC para elaborar sus propios ficheros, cruzando los datos bancarios, hasta realizar perfiles específicos, que pretendía vender a terceros para lucrarse]». A juicio del Tribunal Constitucional, «la tutela de la intimidad de los clientes de la entidad bancaria frente a la violación cometida por un empleado de ésta queda plenamente colmada con los procedimientos penales o civiles que puedan desplegarse en el país en el que se ha consumado esa intromisión *inter privatos*, sin que se observe ninguna conexión instrumental con el proceso penal español que suponga, de acuerdo con el art. 24.2 CE, una necesidad adicional de tutela jurídica de la intimidad dentro de dicho proceso que deba llevar indefectiblemente a un pronunciamiento de inadmisión de la prueba». Y, por otra parte, el Tribunal Constitucional español deniega el amparo porque «los datos que son utilizados por la Hacienda Pública española se refieren a aspectos periféricos e inocuos de la llamada “intimidad económica”. No se han introducido dentro del proceso penal datos, como podrían ser los concretos movimientos de cuentas, que puedan revelar o que permitan deducir los comportamientos o hábitos de vida del interesado [...] Los datos controvertidos son, exclusivamente, la existencia de la cuenta bancaria y el importe ingresado en la misma. El resultado de la intromisión en la

Tal pareciera que, invocando la añeja figura de la *similitudo temporum*, sigue habiendo numerosas y sorprendentes semejanzas entre la Roma imperial y la vida contemporánea en el siglo XXI donde no deja de haber emperadores o césares (zares, se dice en época moderna, en terminología eslava) que quieren olvidar los valores republicanos y parecen deseosos de constatar una decadencia y caída de la democracia occidental o, sin ser tan catastróficos, procuran deslizarnos hacia una sociedad post-democrática.

Mi propósito es examinar de qué modo se ejerce en estos momentos en un país como España y en un entorno europeo el control judicial de los secretos oficiales. Hace unos años, alrededor del debate de las sentencias sobre los papeles del CESID, se produjo una extraordinaria literatura jurídica sobre la cuestión que ahora abordo¹⁴. Sin embargo, el paso del tiempo permite razonar con cierto desapasionamiento, *sine ira et studio*, como diría Tácito, y las experiencias del siglo XXI ofrecen nuevas perspectivas que intentaré recoger ahora y que apuntan ineluctablemente a un reforzamiento del control judicial de los secretos de Estado porque, tal como se ha dicho, «el tema más apasionante, polémico y complejo del régimen jurídico aplicable al secreto de Estado es el de su control»¹⁵.

Para ello es preciso que exponga, en primer lugar, cuál es el marco legislativo español de los secretos oficiales y su evolución en los últimos 40 años a partir de una ley adoptada durante el régimen franquista pero que se adaptó ya por unas Cortes democráticas para permitir el control parlamentario sin que, sin embargo, se haya resuelto la cuestión del control judicial más que jurisprudencialmente. En el siglo XXI el contexto legislativo es aún más propicio a la transparencia de la Administración hasta el punto de haberse establecido un mecanismo de control judicial de determinadas actuaciones de los servicios secretos españoles, pero sin que se acometa la aprobación de una nueva Ley española de los secretos oficiales. En este análisis no se hace un tratamiento de Derecho comparado¹⁶; sin embargo, resulta especialmente interesante referirse a los recientes desarrollos embrionarios del régimen de la Unión Europea tanto por lo que se refiere a los secretos de las instituciones europeas como en cuanto a

intimidad no es, por tanto, de tal intensidad que exija, por sí mismo, extender las necesidades de tutela del derecho sustantivo al ámbito del proceso penal, habida cuenta que, como ya se ha dicho, éste no tiene conexión instrumental alguna con el acto de injerencia verificado entre particulares». A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional utiliza en esta sentencia, que bendice las actuaciones tributarias basadas en la *lista Falciani*, un último razonamiento conforme al cual: «la intromisión en la intimidad se ha producido fuera del territorio donde rige la soberanía española, por lo que a la menor intensidad de la injerencia se une que “sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona [podría] alcanzar proyección universal”».

¹⁴ Aun cuando son numerosos los autores que contribuyeron a un debate extraordinariamente útil, tal como intento reflejar en la Bibliografía, me permito destacar dos autores especialmente influyentes en esta materia. Por una parte, Miguel Revenga Sánchez con su obra *El imperio de la política: seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995; y, por otra parte, Luis María Díez-Picazo Giménez, con su estudio *Sobre secretos oficiales*, Civitas, Madrid, 1998.

¹⁵ Susana Sánchez Ferro, *El secreto de estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006, p. 305.

¹⁶ Véase, por ejemplo, el análisis de Susana Sánchez Ferro, *El secreto de estado*, ob. cit., pp. 99-202, de las regulaciones comparadas del secreto de Estado en Italia, Alemania y Estados Unidos.

algunos ejemplos de regulaciones y armonizaciones legislativas en materia de protección de datos, contratación pública y denunciantes o *whistleblowers*.

En segundo lugar, es conveniente examinar la jurisprudencia europea, tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos como del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sobre el alcance del control judicial de todo tipo de secretos oficiales. La jurisprudencia de Estrasburgo cambió de paradigma en 1996 pero ha ido aquilatándose en los últimos años y ha ofrecido soluciones para mantener aquellos secretos de Estado ineludibles para la seguridad nacional sin vulnerar los derechos fundamentales de los ciudadanos. Asimismo, la jurisprudencia en la Unión Europea ha tenido ocasión desvelar las intenciones desviadas y las excusas basadas en la seguridad nacional cuando, en realidad, la invocación de la información confidencial encubría meros intereses financieros.

En tercer lugar, convendría centrar el análisis en los desarrollos de la jurisprudencia española y de qué modo ha tratado de resolver las deficiencias legislativas en ámbitos de especial interés como la concesión de la nacionalidad, el régimen de los empleados públicos o la contratación administrativa. En este caso será preciso recordar las sentencias sobre los papeles del CESID de 1997 pero, de manera especial, se examinarán los progresos en la protección de los derechos fundamentales con soluciones imaginativas para no poner en peligro la seguridad del Estado cuando están en juego verdaderos secretos de Estado.

2. LOS SECRETOS DE ESTADO EN UNA SOCIEDAD DEMOCRÁTICA: LA EXPERIENCIA DE ESPAÑA Y LA UNIÓN EUROPEA

En el arte de la política los secretos son una baza importante. Sin embargo, los avances de las sociedades democráticas han limitado en gran medida este ámbito de los secretos hasta el punto de someter al poder público a un control que obliga a quienes lo ejercen a dar cuentas ante los representantes, lo que seguiría siendo un control político, pero también intensificando el control de los jueces sobre el ejercicio de este poder con consecuencias para los derechos de los ciudadanos.

El contexto legislativo en el siglo XXI resulta muy particular porque está delimitado por principios de signo contradictorio: la privacidad de los ciudadanos y la transparencia del poder público. Por una parte, se ha consagrado un derecho de los ciudadanos a mantener su ámbito íntimo fuera del alcance de la curiosidad y del control de los demás, incluidos los poderes públicos que, no obstante, debe ceder en determinados supuestos por el interés público. Por otra parte, la transparencia del ejercicio del poder es un valor consagrado constitucional y legalmente, hasta el punto de incentivarse la denuncia de todo tipo de datos de que se disponga y que impliquen un abuso en el ejercicio de poder sea cual sea el ámbito en que se produzca, privado o público; ahora bien, el tratamiento de determinados asuntos requieren de la discreción o incluso del secreto por razones de interés público¹⁷. El alcance de esta transparencia de las instituciones públicas es tal que, por ejemplo en la Administración de Justicia hasta los tradicionales secretarios han logrado que el legislador les cambie en 2015 su denominación para pasar a llamarse letrados¹⁸.

La experiencia habida en España en los últimos 40 años de aplicación de un sistema democrático puede ser muy reveladora de la paulatina aplicación del control judicial por efecto de los cambios legislativos y de su desarrollo jurisprudencial.

¹⁷ Véase la queja amarga y bien fundada de los historiadores que ahora se ven entre Escila y Caribdis, entre el derecho a la protección de datos personales y la información clasificada, lo que les impide seriamente el desarrollo de su función, tal como explican Antonio Niño Rodríguez y Carlos Sanz Simón, "Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado", *Cuadernos de historia contemporánea* nº 34, 2012, pp. 309-342.

¹⁸ Sobre el significado político de secretario, véase el estudio de Germán Gómez Orfanel, "El secreto de Estado en Saavedra Fajardo", *Res publica*, 19, 2008, pp. 177-188, donde recuerda, p. 183: «La figura del secretario, es objeto de atención por Saavedra, en la Empresa 56 (*Qui a secretis ab omnibus*): «La parte más esencial en el secretario es el secreto. De quien se le dio por esto el nombre, para que en sus oídos le sonase a todas horas su obligación». Tomaba su nombre también del *secretum*, gabinete y archivo, lugar de las escrituras secretas y de su custodia. El secretario es como un cofre, un arca, maestro de discreción y paladín del silencio y la reserva». La Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (*BOE* núm. 174, de 22/07/2015) explica en su preámbulo: «El Cuerpo de Secretarios Judiciales pasa a denominarse Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia. Con ello se da respuesta a una demanda histórica del mismo, que considera que la denominación de secretarios judiciales conduce a equívocos sobre la función realmente desempeñada».

Asimismo, la ampliación de competencias en la Unión Europea, que ya no solo se ocupa del mercado común sino también, desde el Tratado de Maastricht en vigor en 1993, de la política exterior y de seguridad común, ofrece una referencia de gran interés.

Solo por cuanto pueda servir de ejemplo se examinan algunos aspectos de lo que significan los secretos en el ámbito institucional de la Unión Europea y de la armonización de las legislaciones nacionales que tienen incidencia, aun cuando sea indirecta, en la regulación de los secretos oficiales en España.

2.1 Los secretos oficiales en la legislación española: de la apertura de la dictadura a la transparencia democrática

Lo que diferencia una regulación sobre los secretos oficiales en una dictadura de una democracia radica no tanto en la clasificación que se lleve a cabo de los documentos sino en los controles políticos y judiciales que se establezcan.

Así lo ilustra en España la regulación de los secretos oficiales que se recoge en una ley preconstitucional, adaptada apresuradamente para amoldarse al menos en parte a las nuevas exigencias democráticas. Esta Ley se ha completado más recientemente con una regulación específica de los servicios secretos y se ve continuamente afectada por el establecimiento de relaciones convencionales internacionales entre España y otros Estados y organizaciones internacionales que incorporan cláusulas sobre la información confidencial.

La evolución del sistema totalitario franquista, que siguió a la Guerra Civil española, desembocó largos años después en un régimen autoritario que en 1968 lavaba su imagen y aprobaba una Ley de secretos oficiales¹⁹.

Detrás de la retórica propia del régimen que apela a la publicidad, «porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas de todos», se ocultaba una sustracción al conocimiento público de todo aquello que decidiesen el Consejo de Ministros, los ministros, los Jefes de Misiones diplomáticas en el extranjero y el Jefe del Alto Estado Mayor. Asimismo, se excluía expresamente la clasificación de los documentos confidenciales del control judicial contencioso-administrativo (artículo 10.2 de la Ley).

La Ley fue adaptada al régimen democrático en 1978, al mismo tiempo que se adoptaba la Constitución, y estos son los tres aspectos esenciales de la reforma²⁰.

En primer lugar, se restringían los órganos de clasificación, ya solo el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes de Estado Mayor. Al desaparecer este organismo, en

¹⁹ Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (*BOE* núm. 84, de 06/04/1968). Téngase en cuenta el Decreto 242/1969, de 20 de febrero, por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril sobre Secretos Oficiales (*BOE* núm. 47, de 24/02/1969).

²⁰ Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968, sobre Secretos Oficiales (*BOE* núm. 243, de 11 de octubre de 1978).

realidad y en estos momentos el único órgano competente en España para calificar las materias reservadas es el Consejo de Ministros.

En segundo lugar, se establece un pleno control de las materias clasificadas por el Congreso y el Senado «que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas».

En tercer lugar, se deroga expresamente el artículo 10.2 que impedía expresamente el control judicial de la clasificación. Al menos en una interpretación *a contrario* podría sostenerse que la intención de las modificaciones introducidas en 1978 en la Ley franquista de secretos oficiales era aplicar un control jurisdiccional a los secretos oficiales²¹.

2.1.1 La Ley de secretos oficiales, el control parlamentario pleno y el control judicial

La Ley franquista contiene una argumentación retórica sobre el control parlamentario en la aplicación de la regulación de secretos oficiales al señalar en su artículo 10.3: «Las calificaciones formuladas al amparo de la presente Ley no impiden el ejercicio de los medios normales de fiscalización que las Leyes reconozcan a las Cortes y al Consejo Nacional del Movimiento».

Ahora bien, en 1978 la modificación tiene un sentido claro y preciso en el nuevo artículo 10.2 conforme al cual: «La declaración de "materias clasificadas" no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas»²².

Esta previsión legal fue completada con la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados de 2 de junio de 1992 sobre acceso de la Cámara a secretos oficiales²³. Como señala Soto Lostal: «Llama poderosamente la atención que el Senado haya sido ignorado en este sistema de control»²⁴.

²¹ En la aprobación de la reforma democrática de la Ley franquista consta en las actas del Senado: «El señor [senador Lorenzo] Martín-Retortillo propone que se suprima el apartado 2 del artículo 10 de la Ley 9/1968, parecer que comparte la Ponencia, pues en un Estado de Derecho no caben zonas del actual administrativo exentas del control jurisdiccional» (*Boletín Oficial de las Cortes* Núm. 103, de 6 de junio de 1978, p. 2278). Véase el comentario que al respecto hace Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2000, p. 328, donde subraya las inequívocas y coincidentes *voluntas legislatoris* y *voluntas legis*.

²² Ernesto García-Trevijano Garnica, "Materias clasificadas y control parlamentario", *Revista española de derecho constitucional* nº 48, 1996, pp. 145-178.

²³ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, IV Legislatura, Serie E: Otros Textos, nº 208, 3 de junio de 1992, p. 2.

²⁴ Salvador Soto Lostal, *Secretos de Estado, Nación y Poder Judicial. Un supuesto sobre el control de los actos del Gobierno*, Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013, p. 279.

Con esta regulación, puede decirse que en España no hay secretos oficiales para el Congreso de los Diputados dado que siempre y en todo caso bien el Presidente de la Cámara, el Presidente de una Comisión Parlamentaria o los diputados así elegidos podrán conocer cualesquiera de los documentos clasificados como secretos o como reservados²⁵.

Los diputados que conozcan tales documentos quedan obligados, en virtud del artículo 16 del Reglamento del Congreso de los Diputados a «no divulgar las actuaciones que, según lo dispuesto en aquél, puedan tener excepcionalmente el carácter de secretas».

Durante su vigencia franquista, la Ley tenía una excepción a la exclusión del control judicial, a saber, la establecida por artículo 13.2 conforme al cual: «Contra las resoluciones sancionadoras que pongan fin a la vía administrativa podrá recurrirse ante la jurisdicción contencioso-administrativa». No debe olvidarse que la Ley establece que, sin perjuicio de la aplicación de las leyes penales, puede procederse por vía disciplinaria o por vía administrativa mediante la imposición de sanciones a una infracción que califica como «falta muy grave».

De manera prácticamente unánime se ha señalado desde hace más de 25 años la necesidad de adoptar una nueva Ley de secretos oficiales en España²⁶. De hecho, se han adoptado algunos anteproyectos y borradores del Gobierno e iniciativas parlamentarias²⁷ que, sin embargo y hasta el momento, han fracasado en la sustitución de la vigente legislación particularmente limitada²⁸.

²⁵ Véase la actividad de esta comisión parlamentaria en el estudio de Miguel Revenga Sánchez, "El control de los servicios de inteligencia: una perspectiva comparada", en Consejo General del Poder Judicial, *El Centro Nacional de Inteligencia: actividad y control judicial*, Cuadernos Digitales de Formación, volumen 47, 2018, pp. 1-25.

²⁶ Defensor del Pueblo, *Informe anual 1995*, Madrid, 1996, pp. 29-26, donde Fernando Álvarez de Miranda y Torres propone que «se estudie, valore y, en su caso, se apruebe una nueva regulación legal de los secretos oficiales, en la que se tengan en cuenta los derechos y principios proclamados en la Constitución de 1978».

²⁷ Proposición de Ley de reforma de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, presentada por el Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) en 2016 (*Diario Oficial del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados XII Legislatura Serie B: Proposiciones de Ley, 16 de septiembre de 2016 Núm. 32-1 p. 1). La modificación más importante que se propuso fue establecer un plazo máximo de los documentos clasificados como secretos de 25 años, prorrogable en supuestos excepcionales 10 años más. Esta misma proposición de Ley la presentó el mismo Grupo Parlamentario el 11 de diciembre de 2019 (*Diario Oficial del Congreso de los Diputados*, Congreso de los Diputados XIV Legislatura Serie B: Proposiciones de Ley, 17 de enero de 2020, Núm. 31-1 p. 1).

²⁸ Enrique Álvarez Conde, "La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997", en Consejo General del Poder Judicial, *Acceso judicial a la obtención de datos*, Cuadernos de Derecho Judicial, volumen 25, 1997, pp. 151 y 159, recoge dos textos: uno de 1996, el Anteproyecto de Ley Orgánica de Secretos Oficiales aprobado el 23 de agosto de 1996 por el Consejo de Ministros; y el otro de 1997, el Borrador de proyecto de Ley reguladora de los secretos de Estado, publicado por el diario *ABC* el 24 de marzo, p. 13; de 5 de abril, p. 24 y de 6 de abril de 1997, p. 35, que es sustancialmente diferente del anterior y que recoge buena parte de las observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial. Véase el análisis de Juan José Díez Sánchez, *Razones de estado y derecho: (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Universitat de València, 1999, pp. 299-309.

Reiteradamente se ha señalado la necesidad de adoptar y, en su caso, regular un control judicial de la clasificación de los secretos oficiales y de establecer los criterios de ponderación al contraponer el régimen de los secretos oficiales a determinados derechos fundamentales, en particular el derecho a la tutela judicial efectiva y la libertad de expresión²⁹.

Así describe Lucas Murillo de la Cueva el proceso de control judicial, tal como sería aplicable en estos momentos en España: «esa fiscalización comporta el control de las razones por las que deniega en todo o en parte la desclasificación solicitada. Y que, en el curso de la misma, la Sala puede [...] examinar los documentos de que se trate para comprobar si, efectivamente, su incorporación al proceso puede perjudicar intereses generales que deban prevalecer sobre los particulares o, si [...] era el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el que debía prevalecer»³⁰.

Las propuestas de modificación legislativa se inspiran en las soluciones prácticas alcanzadas hasta ahora.

Así, el Proyecto de borrador de Ley Orgánica de Secretos Oficiales de 1997 se refería en su artículo 7 a la 'Desclasificación de secretos a solicitud judicial' previendo en su apartado 1: «Los jueces y tribunales podrán solicitar del Consejo de Ministros la desclasificación de una determinada materia si, en el curso de un procedimiento judicial, entendieran que su conocimiento resulta esencial para la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el art. 24 de la Constitución».

La denegación total o parcial permitiría, según el Proyecto, al Juez o a cualquiera de las partes en el proceso acudir al Pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que resolverá al efecto.

En el procedimiento de control por la Sala del Tribunal Supremo el Proyecto preveía: «En caso de acordarse el examen en fase de prueba de documentos clasificados, éste sólo podrá efectuarse por los Magistrados de la Sala».

2.1.2 La legislación española sobre fondos reservados y servicios secretos

La actuación de los Gobiernos democráticos contra el terrorismo ha tenido tristes episodios que exigieron la adopción de una legislación especial en 1995 sobre los fondos reservados, es decir, «los que se consignen como tales en las Leyes de

²⁹ Véase el ilustrativo intento de categorización de los tres modelos interpretativos relativos a la seguridad del Estado y los derechos fundamentales en la exposición de Miguel Revenga Sánchez, "Razonamiento Judicial, Seguridad Nacional y Secreto de Estado", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 53, mayo-agosto, 1998, pp. 65-68. En el mismo sentido se pronunciaba Luis María Díez-Picazo Giménez, "Secretos oficiales: dos nuevas propuestas", *Diario El País*, 16 de octubre de 1996, que insistía en la conveniencia de que todo fuese «acompañado, por supuesto, de una adecuada regulación del control judicial»; recogido también en su publicación *Sobre secretos oficiales, ob. cit.*, pp. 43-49.

³⁰ Pablo María Lucas Murillo de la Cueva, "Secreto y transparencia en la actividad de los servicios de inteligencia a la luz de la experiencia española", *ob. cit.*, p. 12-13.

Presupuestos Generales del Estado y que se destinen a sufragar los gastos que se estimen necesarios para la defensa y seguridad del Estado»³¹.

La propia Ley califica de secreto «toda la información relativa a los créditos destinados a gastos reservados» y limita este tipo de fondos a la actuación de los ministerios de Exteriores, Interior y Defensa, así como al Centro Nacional de Inteligencia³².

Asimismo, la Ley encomienda, en su artículo 7.1, el control al «Congreso de los Diputados, a través de una Comisión parlamentaria compuesta por el Presidente de la Cámara, que la presidirá, y aquellos Diputados que, de conformidad con la normativa parlamentaria, tengan acceso a secretos oficiales».

En 2002 se llevó a cabo la última regulación relevante del servicio de inteligencia español adoptándose el vigente régimen aplicable al Centro Nacional de Inteligencia (CNI)³³.

La particularidad de esta regulación es que, además, se establece un control judicial *ad hoc* con el fin de autorizar la entrada en domicilio y la interceptación de las comunicaciones necesarias para la actividad del CNI³⁴. A tal efecto se ha nombrado un magistrado del Tribunal Supremo que se encarga de resolver, mediante un procedimiento específico, estas cuestiones³⁵.

2.1.3 Las cláusulas de confidencialidad de los tratados internacionales

Los tratados internacionales de los que España es parte son una fuente en la generación de secretos oficiales y de información confidencial.

El Consejo de Estado lo comprueba habitualmente cuando se le somete a consulta la mayoría de los Acuerdos en materia de defensa celebrados por España dado que incorporan una cláusula de confidencialidad. Esto determina que la autorización de estos tratados internacionales requiera el procedimiento de autorización de las Cortes Generales previsto en el artículo 94.1 de la Constitución.

³¹ La Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados (BOE núm. 113, de 12 de mayo de 1995).

³² Véase la última modificación hecha por el Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre: «Ministerios de Asuntos Exteriores y Cooperación, Defensa, Interior y en el Centro Nacional de Inteligencia dependiente del Ministerio de la Presidencia».

³³ Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 109, de 07/05/2002).

³⁴ Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia (BOE núm. 109, de 07/05/2002).

³⁵ El Consejo General del Poder Judicial propuso en diciembre de 2019 el nombramiento de Pablo María Lucas Murillo de la Cueva, magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, para este cargo por cinco años; también propuso como suplente a Andrés Martínez Arrieta, magistrado de la Sala Segunda. Real Decreto 758/2019, de 27 de diciembre, por el que se nombra Magistrado competente para conocer de las actividades del Centro Nacional de Inteligencia que afecten a los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 18.2 y 3 de la Constitución (BOE núm. 8, de 9 de enero de 2020). El magistrado Lucas Murillo de la Cueva ya había sido nombrado para ejercer las mismas funciones en 2009 y en 2014.

Por una parte, el Consejo de Estado considera que son tratados de carácter militar porque, tal como señala, «ha venido reiterando en otros dictámenes sobre similar objeto al que ahora se considera (números 1.038/2013, 486/2014, 109/2015 y 472/2015, entre otros), que los Acuerdos en materia de información clasificada, sin perjuicio de su carácter instrumental, quedan comprendidos en el artículo 94.1.b) de la Constitución por recaer en materia relacionada con la Defensa, ya que la información clasificada se refiere, entre otros aspectos, a información y tecnología militar»³⁶.

Por otra parte, también el Consejo de Estado dictamina que tales convenios internacionales son de los previstos en la letra e) del artículo 94.1 en la medida en que supongan modificación o derogación de alguna ley o exijan medidas legislativas para su ejecución, porque «son muchos los dictámenes números -80/2007, 1.311/2013 y 24/2014, entre otros- que concluyen que este tipo de acuerdos inciden en materia regulada por ley en nuestro ordenamiento jurídico (Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre), pues las materias clasificadas con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, pueden ser transmitidas a autoridades de otro Estado y ser objeto de reproducción, traducción y destrucción en los términos previstos en el Acuerdo, de forma que los efectos que la Ley asocia a la clasificación resultan alterados en su ámbito de aplicación por lo dispuesto en el Acuerdo».

2.1.4 Los efectos de la Ley de transparencia en los secretos oficiales

Los secretos oficiales también tienen sentido en las sociedades democráticas, incluso en aquellas que fomentan al máximo la transparencia. De hecho, aparecen referidos tácitamente en el artículo 105.b) de la Constitución española que exige que una ley regule «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»³⁷.

En 2013 se adoptó la Ley española de transparencia y buen gobierno en la que se procura tanto la publicidad activa como el derecho de acceso a la información pública³⁸.

Sin embargo, la única referencia de la Ley estatal de transparencia al régimen de secretos oficiales consiste en tipificar en su artículo 29.1.e) como infracción disciplinaria muy grave, aplicable a los miembros del Gobierno de la Nación y a los altos cargos de la Administración del Estado: «La negligencia en la custodia de secretos oficiales, declarados así por Ley o clasificados como tales, que sea causa de su

³⁶ Consejo de Estado, Dictamen de 9 de mayo de 2019 sobre el Acuerdo entre el Reino de España y la República del Perú, para el intercambio y protección recíproca de información clasificada en el ámbito de la defensa, Número de expediente: 246/2019 (Asuntos Exteriores, Unión Europea y Cooperación).

³⁷ Juan Francisco Mestre Delgado, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

³⁸ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno (BOE núm. 295, de 10/12/2013).

publicación o que provoque su difusión o conocimiento indebido». La sanción prevista es la destitución y la inelegibilidad para un alto cargo o asimilado de cinco a diez años.

La actuación del órgano administrativo encargado de aplicar esta Ley, el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, ha fomentado una cultura de la transparencia que, inevitablemente, ha tenido que enfrentarse a la cuestión de los secretos oficiales.

En la Ley se establecen en su artículo 14 los límites al derecho de acceso entre los que se encuentra, en particular, la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores y la seguridad pública.

Para la interpretación de tales límites, la Ley da indicaciones claras en su artículo 14.2: «La aplicación de los límites será justificada y proporcionada a su objeto y finalidad de protección y atenderá a las circunstancias del caso concreto, especialmente a la concurrencia de un interés público o privado superior que justifique el acceso».

Ahora bien, en su labor el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno está sometido al control de la jurisdicción contencioso-administrativa: en instancia, los Juzgados Centrales; en apelación, la Sala de la Audiencia Nacional y en casación la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

2.2 Los secretos oficiales en las instituciones de la Unión Europea y el contexto de la legislación europea

Hoy en día la legislación de prácticamente todos los países democráticos admite que existe un ámbito propio para los secretos oficiales que no pueden ser divulgados. Sin embargo, estas regulaciones deben respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Así lo ha recordado con firmeza el Tribunal Federal Constitucional alemán en una modélica sentencia de 19 de mayo de 2020 que anula la legislación alemana relativa al Servicio Federal de Inteligencia porque vulnera los derechos fundamentales al aplicar medidas de vigilancia contra extranjeros fuera de Alemania y al no contar con una estructura institucional de control independiente³⁹.

Y lo mismo ocurre en las organizaciones internacionales y supranacionales, especialmente cuando estas asumen competencias en materias que afectan a la seguridad.

Tal ha sido el caso de la Unión Europea y la progresiva asunción de competencias en materia de política exterior y de seguridad común lo que ha propiciado la aparición de

³⁹ Tribunal Federal Constitucional Alemán, sentencia de 19 de mayo de 2020, 1 BvR 2835/17, DE:BVVerfG:2020:rs20200519.1bvr283517 (inconstitucionalidad de la Ley que no somete adecuadamente a control al *Bundesnachrichtendienst* – BND, Servicio de Inteligencia, cuando actúa fuera de Alemania contra los derechos fundamentales).

un régimen aplicable a las instituciones de la Unión sobre información sensible⁴⁰. Asimismo, la Unión Europea ha adoptado medidas de armonización legislativa que directa o indirectamente afectan a los secretos oficiales en relación con la protección de datos personales, la contratación pública y la protección de los denunciantes de la infracción del derecho de la Unión.

En el ámbito institucional de la propia Unión Europea se ha adoptado en virtud del Reglamento (CE) n° 1049/2001 un régimen de transparencia que, inevitablemente, se refiere a lo que denomina 'documento sensible'. De este modo se define: «todo documento que tenga su origen en las instituciones o en sus agencias, en los Estados miembros, en los terceros países o en organizaciones internacionales, clasificado como "TRÈS SECRET/TOP SECRET", "SECRET" o "CONFIDENTIEL", en virtud de las normas vigentes en la institución en cuestión que protegen intereses esenciales de la Unión Europea o de uno o varios Estados miembros en los ámbitos a que se refiere la letra a) del apartado 1 del artículo 4, en particular la seguridad pública, la defensa y los asuntos militares»⁴¹.

Este régimen excepcional que limita la divulgación de esta documentación no impide que se haga una referencia expresa en el artículo 9.7 del Reglamento (CE) n° 1049/2001 a la obligación de la Comisión y del Consejo de informar al Parlamento Europeo sobre los documentos sensibles de conformidad con los acuerdos celebrados entre las instituciones.

Tanto el Consejo como la Comisión, cuentan con sus propias normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la Unión⁴².

Ahora bien, en ningún caso la clasificación ni los 'documentos sensibles' se sustraen del conocimiento de la tribunales europeos ni nacionales.

La regulación europea afecta a las legislaciones nacionales de los secretos oficiales en la medida en que tiene previsiones sobre la protección de datos personales, contratación pública y protección de los denunciantes o *whistleblowers*.

En primer lugar, la protección europea de los datos personales no se aplica en lo que se refiere a la seguridad nacional ni en el ámbito de la política exterior y de seguridad común.

⁴⁰ Mai'a K. Davis Cross, *Europe's Foreign Policy and the Nature of Secrecy*, ARENA Working Paper 11/2017, University of Oslo, 2017; y Deirdre Curtin, "Overseeing Secrets in the EU: A Democratic Perspective", *Journal of Common Market Studies*, 2014, pp. 1–17.

⁴¹ Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión (DOUE n° L 145, 31.5.2001, p. 43).

⁴² Decisión 2013/488/UE del Consejo, de 23 de septiembre de 2013, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE (DOUE n° L 274 de 15.10.2013, p. 1) y Decisión (UE, Euratom) 2015/444 de la Comisión, de 13 de marzo de 2015, sobre las normas de seguridad para la protección de la información clasificada de la UE (DOUE n° L 72 de 17.3.2015, p. 53).

Por una parte, el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) contiene una excepción expresa a su aplicación en lo que se refiere a «cuestiones de protección de los derechos y las libertades fundamentales o la libre circulación de datos personales relacionadas con actividades excluidas del ámbito de del Derecho de la Unión, como las actividades relativas a la seguridad nacional»⁴³.

Por otra parte, la Directiva (UE) 2016/680 se aplica a la protección de los datos personales en el ámbito penal y también excluye, como señala en su preámbulo, «las actividades relacionadas con la seguridad nacional, las actividades de los servicios o unidades que traten cuestiones de seguridad nacional y las actividades de tratamiento de datos personales que lleven a cabo los Estados miembros en el ejercicio de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación [de la política exterior y de seguridad común]»⁴⁴.

En segundo lugar, la contratación pública en los ámbitos de la defensa y la seguridad requiere especiales consideraciones en la armonización legislativa. Así resulta de la Directiva 2009/81/CE sobre contratos públicos en los ámbitos de la defensa y la seguridad donde plantea siempre la posibilidad de excluir la aplicación de normas de los procedimientos de licitación tradicionales⁴⁵.

Así, el apartado 16.2 se refiere a la exención de la aplicación de la Directiva «si ello se justifica por razones de seguridad pública o que sean necesarias para la protección de los intereses esenciales de seguridad de un Estado miembro. Ese puede ser el caso de los contratos en los ámbitos de la defensa y la seguridad que requieran unos requisitos en materia de seguridad del abastecimiento de un grado de exigencia tal o que sean tan confidenciales y/o importantes para la soberanía nacional que incluso las disposiciones específicas de la presente Directiva no sean suficientes para salvaguardar los intereses esenciales de seguridad de los Estados miembros, cuya definición es responsabilidad exclusiva de los Estados miembros».

Ahora bien, estas excepciones se matizan con invocación de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el apartado 17 del preámbulo de la Directiva 2009/81/CE donde se señala: «conviene interpretar la posibilidad de recurrir a dichas excepciones de forma que sus efectos no vayan más allá de lo estrictamente necesario para la protección de los

⁴³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos) (*DOUE* n° L 119, 4.5.2016, p. 1).

⁴⁴ Apartado 14 y artículos 2.3 y 13.3 de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo (*DOUE* n° L 119, 4.5.2016, p. 89).

⁴⁵ Directiva 2009/81/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009 , sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de determinados contratos de obras, de suministro y de servicios por las entidades o poderes adjudicadores en los ámbitos de la defensa y la seguridad, y por la que se modifican las Directivas 2004/17/CE y 2004/18/CE (*DOUE* n° L 216, 20.8.2009, p. 76).

intereses legítimos que los referidos artículos del Tratado permiten salvaguardar. Por ello la inaplicación de la presente Directiva debe, a un tiempo, ser proporcional a los objetivos perseguidos y constituir el medio que menos obstaculice la libre circulación de mercancías y la de prestación de servicios».

También el artículo 56.10.3 de la Directiva 2009/81/CE contiene una regla bien clara del alcance del control judicial en estos casos: «Los Estados miembros determinarán la forma en que los órganos responsables de los procedimientos de recurso deban conciliar la confidencialidad de la información clasificada con el respeto de los derechos de defensa y, en el caso de un recurso examinado por una instancia judicial o por una instancia que sea una corte o un tribunal en el sentido del artículo 234 del Tratado, lo harán de forma tal, que el procedimiento respete, en su conjunto, el derecho a un juicio justo».

En tercer lugar, la legislación europea más reciente e innovadora se ha ocupado, a través de la Directiva (UE) 2019/1937, de la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión, es decir, los *whistleblowers*⁴⁶.

En el preámbulo de esta Directiva se recuerda que debe interpretarse «sin perjuicio de la protección de la información clasificada que el Derecho de la Unión o las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas en vigor en el Estado miembro en cuestión requieran proteger, por motivos de seguridad, contra todo acceso no autorizado» (apartado 25).

Ya en la parte dispositiva, el artículo 3.2 de la Directiva (UE) 2019/1937 consagra la excepción en estos términos: «no afectará a la responsabilidad de los Estados miembros de velar por la seguridad nacional ni a su facultad de proteger sus intereses esenciales en materia de seguridad. En particular, no afectará a las denuncias de infracciones de las normas de contratación pública que estén relacionadas con cuestiones de defensa o seguridad, salvo que se rijan por los actos pertinentes de la Unión».

En fin, de manera más específica señala el artículo 3.3 de la Directiva que «no afectará a la aplicación del Derecho de la Unión o nacional relativo a la protección de información clasificada».

Se trata de una clara separación de los ámbitos, en particular, del tradicionalmente reservado a la seguridad nacional y de los secretos oficiales. Sin embargo, resultará muy interesante seguir la delimitación que lleve a cabo el Tribunal de Justicia en colaboración prejudicial con los jueces nacionales.

⁴⁶ Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2019 relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión (*DOUE* n° L 305, 26.11.2019, p. 17).

3. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS SECRETOS DE ESTADO EN LA JURISPRUDENCIA EUROPEA

La protección de los derechos fundamentales y la integración económica han requerido de los tribunales supranacionales europeos, con sede en Estrasburgo y en Luxemburgo, una interpretación del alcance del control judicial de los secretos de Estado.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha enfrentado al problema de los secretos de Estado desde la perspectiva de dos derechos fundamentales: la libertad de expresión que ampara de manera especial a los periodistas que divulgan información confidencial; y el derecho a un juicio justo o tutela judicial efectiva en aquellos casos en los que se limita la práctica de pruebas esenciales en determinados procesos judiciales donde se ha clasificado determinada información sensible.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha abordado la cuestión de la revelación de información confidencial cuando las autoridades nacionales han pretendido justificar excepciones a las libertades económicas fundamentales, por ejemplo el pago de derechos arancelarios de productos militares, o cuando está en juego el derecho a la tutela judicial efectiva.

Estos dos tribunales han aportado distintas soluciones que examino a continuación pero están repitiendo recientemente una doctrina convergente para la interpretación de estas cuestiones: la separación de poderes entre el ejecutivo y el judicial, tal como resulta de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo⁴⁷ y del Tribunal de Luxemburgo⁴⁸, tiene consecuencias en la legitimidad del control judicial de los secretos oficiales⁴⁹.

⁴⁷ TEDH (Gran Sala), sentencia de 6 de noviembre de 2018, *Ramos Nunes de Carvalho e sá c. Portugal*, recurso n° 55391/13, 57728/13 y 74041/13, § 196; y sentencia de 3 de marzo de 2020, *Baş c. Turquía*, recurso n° 66448/17, § 144.

⁴⁸ TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de noviembre de 2019, C-585/18, A.K. (Indépendance de la chambre disciplinaire de la Cour suprême), EU:C:2019:982, apartado 130, donde dice: «el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado en repetidas ocasiones que, si bien el principio de separación entre el Poder Ejecutivo y la autoridad judicial ha venido adquiriendo una importancia creciente en su jurisprudencia, ni el artículo 6 ni ninguna otra disposición del CEDH impone a los Estados un modelo constitucional determinado que rija de una manera u otra las relaciones y la interacción entre los diferentes poderes del Estado, ni tampoco los obliga a conformarse a una u otra noción constitucional teórica relativa a los límites admisibles de tal interacción. La cuestión sigue siendo si, en un asunto determinado, se han respetado las exigencias del CEDH».

⁴⁹ En los Estados Unidos de América, aun partiendo de un principio de separación de poderes más acrisolado que en Europa, la deferencia del Tribunal Supremo hacia el Ejecutivo en materia de secretos de Estados es muy amplia como revela su jurisprudencia, especialmente a partir de US SC *United States v. Reynolds*, 345 U.S. 1 (1953) (reclamación de responsabilidad patrimonial por tres viudas como consecuencia del choque de un avión militar). Véase el examen del caso y sus desarrollos posteriores en el estudio Miguel Revenga Sánchez, *El imperio de la política, ob. cit.*, pp. 126-130. No obstante, el protagonismo de los Estados Unidos como superpotencia y gendarme internacional también puede explicar, desde luego durante la Guerra Fría y después de los atentados del 11 de septiembre de 2001, un mayor protagonismo del Ejecutivo en detrimento del control judicial. Véase un interesante enfoque

De hecho, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa no cree que, por lo que se refiere a la protección de los legítimos secretos, haya razón alguna para tener menos confianza en el poder judicial y el poder legislativo que en los organismos del ejecutivo y sus agentes⁵⁰.

3.1 La jurisprudencia del TEDH sobre los secretos: la libertad de expresión y el derecho a un juicio justo

De la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo se deduce que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no reconoce un derecho a acceder a los secretos de Estado. No obstante, la legislación en esta materia no puede conculcar el derecho a la libertad de expresión ni el derecho a un juicio justo.

3.1.1 La libertad de expresión frente a la prohibición de divulgar información confidencial

En Europa desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 se recoge una potente cláusula de la libertad de expresión, lo que incluye la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas, que tiene un límite vinculado a la divulgación de los secretos oficiales. Así, el artículo 10.2 del Convenio establece los límites a la libertad de expresión en estos términos:

El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, **para impedir la divulgación de informaciones confidenciales** o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial.

Como lo ha notado el Tribunal Europeo, las dos versiones auténticas, francesa e inglesa, del artículo 10.2 del Convenio se refieren de manera contradictoria al límite de la

exclusivamente judicial elaborado por Anthony John Trenga, *What Judges Say and Do in Deciding National Security Cases: The Example of the State Secrets Privilege*, LL.M. thesis, Duke University School of Law, 2016, disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/mjs/19> (último acceso: 30/06/2020).

⁵⁰ Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, Resolución nº 1838/2011, de 6 de octubre de 2011, sobre abuso del secreto de Estado y la seguridad nacional: obstáculos al control parlamentario y judicial de la violación de los derechos humanos (relator: Marty) en cuyo apartado 5 señala: «The Assembly believes that there is no reason why judicial and parliamentary institutions should be less trusted than state executive bodies and their agents where the protection of legitimate secrets is concerned. As Canada demonstrated in the *Maher Arar case*, it is possible to put in place special procedures for the supervision of the activities of the special services guaranteeing both the adequate protection of legitimate state secrets and the protection of fundamental rights and freedoms». En el informe elaborado por el parlamentario suizo Dick Marty se señalaba: «The three powers of the state – the executive, the judiciary and parliament – are, as has also been pointed out by the German Constitutional Court, jointly and equally responsible for safeguarding the state's interests and security. There is no reason why parliamentary and judicial institutions and the people working there should be trusted any less than executive bodies and their staff. All three powers can and must make the necessary arrangements for secrets threatening state security not to be disclosed» (apartado 51).

divulgación de las informaciones confidenciales. En la francesa los límites se relacionan con este fin: «pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles», que se ha calcado en la versión española no oficial; en cambio, en la versión inglesa la finalidad de las limitaciones es esta: «for preventing the disclosure of information received in confidence».

En efecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre esta divergencia entre las versiones auténticas del texto convencional, inclinándose por la francesa, y llega a la conclusión de que se aplica tanto a las personas vinculadas por un deber de confidencialidad como a los periodistas⁵¹.

Ahora bien, en su jurisprudencia el Tribunal de Estrasburgo es muy restrictivo en la interpretación de la referida excepción.

En la *sentencia Vereniging Weekblad Bluf! c. Países Bajos* (1995) el Tribunal Europeo declaró que el secuestro y el cierre de una publicación por haber publicado en Holanda un informe clasificado como información confidencial, aun cuando se trataba de medidas previstas legalmente y perseguían un objetivo legítimo, eran contrarios a la libertad de expresión dado que no eran necesarias en una sociedad democrática⁵².

El objetivo legítimo de tales medidas era, en teoría, proteger la seguridad nacional, porque revelaba el funcionamiento de los servicios secretos holandeses que, a juicio del Tribunal Europeo, son dignos de protección dado que «un Estado puede protegerse contra las actividades de los individuos y grupos que pretendan socavar los valores básicos de una sociedad democrática» (§ 35).

Ahora bien, el Tribunal Europeo considera que el informe en cuestión tenía un grado de confidencialidad menor y había sido elaborado hacía seis años y había sido divulgado en parte y, con posterioridad al secuestro de la publicación, se divulgó aún más (§ 43).

Por tanto, la protección de la información como un secreto de Estado ya no estaba justificada y el secuestro del número de la revista no resultaba necesario para conseguir el fin legítimo propuesto (§ 45).

La *sentencia Stoll c. Suiza* (2007) se refería a la publicación en 1997 en un diario de Zúrich de un artículo sobre una pretendida ofensa del embajador suizo en los Estados Unidos a los judíos. El artículo se basaba en la filtración de un documento público. Los tribunales suizos condenaron al periodista a una multa de 800 francos suizos por revelación de secretos oficiales y el Tribunal de Estrasburgo consideró que no había habido violación del derecho a la libertad de expresión.

⁵¹ TEDH (Gran Sala), sentencia de 10 de diciembre de 2007, *Stoll c. Suiza*, recurso nº 69698/01 (libertad de expresión de un periodista que divulga documentos clasificados).

⁵² TEDH, sentencia de 9 de febrero de 1995, *Vereniging Weekblad Bluf! c. Países Bajos*, recurso nº 16616/90 (secuestro y cierre de un semanario por la publicación de información confidencial).

El Tribunal Europeo se refirió a su jurisprudencia conforme a la cual: «la garantía que el artículo 10 ofrece a los periodistas en lo que se refiere a la rendición de cuentas sobre las cuestiones de interés general está subordinada a la condición de que los interesados actúen de buena fe, en base a hechos exactos y que proporcionen informaciones ‘fiables y precisas’ respetando la deontología del periodista» (§ 103).

Asimismo, el Tribunal de Estrasburgo subraya la importancia de los medios de comunicación en la sociedad contemporánea dado que «no sólo informan sino que pueden también sugerir a propósito del modo en que presenten la información [...] En un mundo en el que el particular se enfrenta a vastas cantidades de información que circulan por la vía tradicional y por los medios electrónicos y que implica un creciente número de interlocutores, el control de la aplicación de la ética periodística cobra una importancia añadida» (§ 104).

En este caso se justificaban el secreto y la protección de la confidencialidad de las relaciones diplomáticas pero, como dice el Tribunal Europeo, «no podrían protegerse a cualquier precio».

El Tribunal Europeo constata que los Estados gozan de un cierto margen de apreciación «dado que con toda probabilidad todos los Estados del Consejo de Europa han adoptado regulaciones destinadas a preservar el carácter confidencial o secreto de determinados datos sensibles y a perseguir las actuaciones contrarias a este fin, tales reglamentaciones son muy diferentes no solo en relación con la definición de secreto y al modo de gestionar los ámbitos sensibles que corresponde a su competencia, sino también en cuanto a las modalidades y condiciones al perseguir al autor de una divulgación ilícita» (§ 107).

En este caso, el Tribunal Europeo enjuicia el comportamiento del periodista y justifica, en cierta medida, la divulgación que hace de las informaciones confidenciales. Sin embargo, finalmente, el Tribunal Europeo llega a la conclusión de que, después de una ponderación, a la luz de todos los elementos pertinentes, de los intereses en juego en el caso particular, las autoridades suizas no han desbordado el margen de apreciación que se les reconoce de modo que la condena del periodista con una multa de 800 francos constituye una medida proporcionada para el objetivo legítimo perseguido por lo que no ha habido violación de la libertad de expresión.

Es significativo que en este ámbito la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa haya requerido de los jueces y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que busquen un equilibrio apropiado entre el interés de los poderes públicos en proteger el secreto de Estado y la libertad de expresión y la libre circulación de informaciones en el ámbito científico y en el interés que representa para la sociedad la denuncia de los abusos de poder⁵³.

⁵³ Resolución 1551 (2007), de 19 de abril de 2007, de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa sobre la equidad de los procedimientos judiciales en los asuntos de espionaje y de divulgación de los

3.1.2 El derecho a un juicio justo y el acceso a los secretos de Estado

La garantía del derecho a un juicio justo se puede ver afectada por el hecho de que las partes no puedan valerse de una prueba que se funda, precisamente, en una información confidencial, en un documento que se haya clasificado.

La experiencia en la lucha antiterrorista en el Reino Unido antes y después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 resulta ilustrativa.

La *sentencia Chahal c. Reino Unido* (1996) se refería a las razones de seguridad para la expulsión de los extranjeros sijs residentes en Inglaterra⁵⁴. Supone, a juicio de Revenga Sánchez, un cambio de paradigma no solo en la jurisprudencia británica sino en la del propio Tribunal Europeo en la medida en que «el TEDH ha atravesado la frontera de la seguridad *nacional* (con todas las irracionalidades de ésta), para ingresar en el terreno de la seguridad *constitucional* (con todo lo que ella tiene de laboriosa construcción racional)»⁵⁵.

Sobre el particular, el Tribunal Europeo «reconoce que la utilización de informaciones confidenciales puede resultar indispensable cuando está en juego la seguridad nacional. Sin embargo, esto no significa que las autoridades nacionales escapen del control de los tribunales internos cuando afirman que el asunto se refiere a la seguridad nacional y al terrorismo». Y para ello se refiere a los mecanismos especiales establecidos en Canadá donde, a su juicio, cuentan «con técnicas eficaces de control que permiten conciliar, de un lado, las necesidades legítimas de seguridad en lo que se refiere a la naturaleza y las fuentes de información y, por otro lado, la necesidad de asegurar convenientemente al justiciable el beneficio de las reglas de procedimiento» (apartado 131).

Estas técnicas consisten en que un juez del Tribunal Federal del Canadá celebra una audiencia a puerta cerrada con el fin de examinar todos los elementos y el recurrente recibe un resumen del expediente, tiene derecho a estar representado y a solicitar testigos. El carácter confidencial relativo a la seguridad se mantiene por la obligación de proceder a un examen sin la presencia del recurrente ni de su representante. No obstante, en su lugar el recurrente estaría representado por un abogado que gozase de una habilitación de seguridad y que es nombrado por el tribunal, que repregunta a los testigos y ayuda de una manera general al juez a determinar la solidez de los argumentos presentados por el Estado. El recurrente recibe un resumen de los elementos obtenidos conforme a este procedimiento, con las omisiones que sean necesarias por razón de la confidencialidad.

secretos de Estado (relator: M. Pourgourides); véase la Recomendación 1792 (2007) del mismo órgano y fecha.

⁵⁴ TEDH (Gran Sala), sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, recurso nº 22414/93 (expulsión de indios sijs por razones de seguridad).

⁵⁵ Miguel Revenga Sánchez, "Razonamiento Judicial, Seguridad Nacional y Secreto de Estado", *ob. cit.*, p. 72.

A juicio del Tribunal Europeo: «los tribunales tienen acceso ilimitado a todos los documentos clasificados en los que la Autoridad se ha basado ella misma para justificar su decisión. Los tribunales tienen el poder de llevar a cabo un examen detallado de las razones en las que la Autoridad se ha basado para no mostrar los documentos clasificados. Los tribunales pueden valorar las razones dadas para no desvelar los documentos clasificados y pueden ordenar que se muestren aquellos que consideren que no son susceptibles de merecer la clasificación. Además, están facultados para evaluar los fundamentos de la decisión que revoca la desclasificación y de anular, cuando sea aplicable, una decisión arbitraria de la Autoridad».

En 1997 el Reino Unido, en respuesta a la *sentencia Chahal* aprobó una Ley por la que se establecía la Comisión Especial de Apelación en Materia de Inmigración (*Special Immigration Appeals Commission*, SIAC). Se trata de una instancia integrada por jueces independientes que cuenta con un procedimiento especial que le permite examinar no solo las pruebas («no confidenciales») que pueden hacerse públicas, sino también otros elementos («confidenciales») que, por motivos de seguridad nacional, no pueden serlo y a los que los justiciables y sus abogados tienen prohibido el acceso. A tal efecto se nombra el Fiscal General nombra a uno o varios «abogados especiales» con habilitación de seguridad para actuar en nombre de las personas que apelan a la SIAC.

Después del 11 de septiembre de 2001, la legislación antiterrorista británica se endureció y el Tribunal de Estrasburgo tuvo que conocer en la *sentencia A. y otros c. Reino Unido* de la expulsión de once nacionales de Argelia, Marruecos, Túnez y Jordania, residentes en el Reino Unido y se pronunció sobre la SIAC⁵⁶.

En lo que se refiere únicamente al derecho a un juicio justo, el Tribunal de Estrasburgo comprobó: «los jueces que constituían la SIAC pudieron examinar los documentos tanto «no confidenciales» como los «secretos», pero los demandantes y sus abogados no tuvieron acceso a estos últimos. Por el contrario, estos fueron comunicados a uno o varios abogados especiales designados por el *Solicitor general* para actuar en nombre de cada uno de los interesados. En el marco de la fase confidencial del procedimiento seguido ante la SIAC, los abogados especiales podían plantear, en nombre de los demandantes, motivos procesales –para obtener, por ejemplo, informaciones complementarias– y de fondo. Sin embargo, a partir del momento en el que habían conocido los documentos secretos, ya no estaban autorizados a comunicarse con los interesados y sus letrados sin el acuerdo de la SIAC. Esta dictó una decisión «no confidencial» y una decisión «confidencial» en cada uno de los recursos presentados» (§ 215).

Pues bien, del enjuiciamiento del Tribunal Europeo resulta que el procedimiento seguido por la SIAC es conforme con el derecho a un juicio justo porque, en primer lugar, no se invocó el secreto de forma excesiva e injustificada y la denegación de

⁵⁶ TEDH (Gran Sala), sentencia de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, recurso nº 3455/05 (encarcelamiento de once personas de países terceros relacionadas con los atentados del 11 de septiembre), § 92.

comunicación recibida por los demandantes estaba motivada por razones imperiosas; en segundo lugar, «la posibilidad ofrecida a los abogados especiales de verificar las pruebas aportadas y defender la causa de los demandantes a puerta cerrada, podía conferirles un papel importante susceptible de compensar la divulgación solamente parcial de los elementos probatorios y la ausencia de un verdadero juicio, público y contradictorio»; por último, el Tribunal Europeo examinó cada uno de los once casos y comprobó si los interesados habían recibido la suficiente información sobre los cargos que se les imputaban para poder darles instrucciones útiles para su defensa y llega a la conclusión de que en cuatro casos los interesados no pudieron contestar útilmente a las acusaciones formuladas contra ellos (§§ 221-224).

En la *sentencia Nashif c. Bulgaria* (2002) el Tribunal Europeo recuerda que «incluso cuando está en juego la seguridad nacional, los conceptos de legalidad y de Estado de Derecho en una sociedad democrática requieren que las medidas que afectan a los derechos fundamentales estén sujetas a alguna forma de procedimiento contradictorio ante un órgano independiente que sea competente para revisar las razones de la decisión y la prueba pertinente, incluso si es necesario establecer límites procedimentales apropiados sobre el uso de información clasificada» (§ 123)⁵⁷.

Del mismo modo, continúa el Tribunal de Estrasburgo, «el particular debe poder impugnar la afirmación del Gobierno de que la seguridad nacional está en peligro. Aun cuando la consideración del Gobierno de lo que plantea una amenaza a la seguridad nacional será como es obvio de un peso significativo, la autoridad independiente debe poder reaccionar en los casos en los que se invoque tal concepto de manera que no sea razonable a la vista de los hechos o que revele una interpretación de la 'seguridad nacional' que sea ilegal o contraria al sentido común o arbitraria» (§ 123).

En otro ámbito particularmente penoso como son los procesos de depuración de antiguos funcionarios de los regímenes comunistas en los países de Europa central y oriental se ha planteado la cuestión de los secretos respecto de las pruebas utilizadas para proceder a la depuración.

La *sentencia Bobek c. Polonia* (2007) consideró que no se había respetado el derecho a un juicio justo y el derecho a la igualdad de armas en un procedimiento de depuración de una abogada que había colaborado con el régimen comunista polaco⁵⁸. Las autoridades polacas le achacaban a Wanda Bobek que, a la vista de las pruebas que tenían del antiguo servicio secreto, había mentido en su declaración sobre la colaboración con el régimen comunista. La abogada solicitó la práctica de determinadas pruebas pero solo se le comunicó la parte dispositiva de la sentencia permitiéndole consultar los antecedentes y fundamentos en la oficina del tribunal.

⁵⁷ TEDH, sentencia de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, recurso n° 50963/99 (expulsión de apátrida a Siria por razones de seguridad nacional).

⁵⁸ TEDH, sentencia de 17 de julio de 2007, *Bobek c. Polonia*, recurso n° 68761/01 (igualdad de armas en los procesos de depuración de colaboradores con el régimen comunista).

Esta sentencia le permite al Tribunal Europeo hacer unas consideraciones sobre los procesos de depuración abiertos en los Países de Europa Central y Oriental como consecuencia del desmoronamiento de los regímenes comunistas y que siguen envueltos en el secretismo.

A tal efecto, el Tribunal de Estrasburgo señala: «un sistema en el que el resultado de los juicios de depuración depende en una medida considerable de la reconstrucción de las actuaciones de los anteriores servicios secretos, mientras que la mayoría de los documentos relevantes siguen clasificados como secreto y la decisión de mantener su confidencialidad corresponde a la facultad de los actuales servicios secretos, crea una situación en la que la persona depurada queda en una posición de clara desventaja» (§ 69).

En la sentencia *Ternovskis c. Letonia* (2014), referida a la denegación de una autorización de seguridad por sospecha de colaboración con el KGB soviético, el Tribunal Europeo amparó a un funcionario de fronteras y señaló que el litigio no se refería a un derecho de acceder a los secretos de Estado, derecho que, como tal no está garantizado por el Convenio, sino más bien a los derechos del recurrente que se vieron afectados como consecuencia de la denegación de concederle la referida autorización administrativa⁵⁹.

La sentencia *Miryana Petrova c. Bulgaria* (2016) declara la violación del derecho a un juicio justo dado que, aun cuando lo que se discute no sea tanto el derecho de acceder a los secretos de Estado, que, como tal no está garantizado por el Convenio, sino más bien el derecho a un juicio justo de quien había sido despedida, después de haber trabajado 20 años para el Servicio de Seguridad búlgaro, por no haber conseguido el certificado de seguridad para el acceso a los secretos oficiales⁶⁰.

En la sentencia *Regner c. República Checa* (2017), una Gran Sala del Tribunal Europeo, muy dividida, llega a la conclusión, con el apoyo de 10 de los 17 magistrados, de que no hubo violación en la denegación de pruebas en el contencioso-administrativo que trataba del régimen aplicable a un empleado del Ministerio de Defensa al que, por informaciones confidenciales, se le había retirado el certificado de seguridad que le daba acceso a información clasificada⁶¹.

⁵⁹ TEDH, sentencia de 29 de abril de 2014, *Ternovskis c. Letonia*, recurso nº 33637/02, § 44 (denegación de una autorización de seguridad y despido por sospecha de colaboración con el KGB).

⁶⁰ TEDH, sentencia de 21 de julio de 2016, *Miryana Petrova c. Bulgaria*, recurso nº 57148/08, § 31 (despido del Servicio de Seguridad Nacional al denegarle la autorización de seguridad).

⁶¹ TEDH (Gran Sala), sentencia de 19 de septiembre de 2017, *Regner c. República Checa*, recurso nº 35289/11 (limitaciones al derecho a la prueba basada de informes confidenciales) que confirma sustancialmente la sentencia de 26 de noviembre de 2015, dictada por la Sección Quinta donde se había comprobado: «el hecho de que la necesidad de mantener el documento confidencial como secreto estuviese en todo momento bajo la consideración del tribunal [...] le aportó una importante salvaguardia suplementaria. También se deduce de los autos que el tribunal municipal intentó determinar si la prueba podía o no ser desvelada, aportando de este modo un nivel de protección adicional de los derechos del recurrente» (§ 76).

En esta sentencia el Tribunal de Estrasburgo, refiriéndose a su jurisprudencia anterior, asume que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no garantiza el derecho de acceder a los secretos de Estado (§§ 109 y 112).

Por una parte, el Tribunal Europeo observa con satisfacción que se han producido nuevos y positivos desarrollos en la jurisprudencia checa pero manifiesta que habría sido conveniente que las instancias nacionales, al menos el Tribunal Administrativo Supremo, en la medida en que hubiese sido compatible con la preservación de la confidencialidad y el buen desarrollo de las investigaciones sobre el recurrente, hubiese explicado, aunque solo sumariamente, la intensidad del control que habían aplicado y los reproches que merecía (§ 160).

En suma, el Tribunal Europeo concluye que las limitaciones a las que se sometió al recurrente en los principios de contradicción y de igualdad de armas se vieron compensadas sin que se hubiese comprometido el justo equilibrio entre las partes hasta el punto de afectar a la sustancia misma del derecho a un juicio justo (§ 131).

3.2 La jurisprudencia del TJUE sobre la información confidencial y el derecho a la tutela judicial

En 1957 el Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea preveía que «ningún Estado miembro estará obligado a facilitar información cuya divulgación considere contraria a los intereses esenciales de su seguridad» (artículo 223 Tratado CEE). En estos momentos es el artículo 346.1.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea el que recoge la misma previsión.

En plena Guerra Fría y como es obvio por la materia regulada, el Tratado Euratom, de 1957 por el que se estableció la Comunidad Europea de la Energía Atómica, vigente hoy en día, contiene una amplia regulación hasta el punto de titular una de sus secciones: *Disposiciones relativas al secreto* (artículos 24 a 27) y el artículo 194 regula ampliamente el marco legislativo del régimen de los secretos que reposa en las legislaciones nacional sin perjuicio de que «cada Estado miembro adoptará todas las medidas adecuadas con objeto de facilitar el progresivo establecimiento de un sistema de protección de los secretos lo más uniforme y amplio posible».

De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deduce, en sustancia, que la información confidencial de los Estados de la Unión Europea no puede afectar a la aplicación del Derecho de la Unión, por ejemplo al cobro de aranceles aduaneros sobre material militar importado de países terceros, ni puede suponer una limitación de la tutela judicial efectiva en el control de las instituciones europeas o de las autoridades nacionales tratándose, por ejemplo, de actuaciones contra el terrorismo. Aun cuando la cuestión esté más cerca del secreto profesional que de los secretos de Estado me permito recordar la jurisprudencia que empieza a desarrollar el Tribunal de Justicia en relación con la información confidencial en manos de los bancos centrales nacionales.

3.2.1 Los secretos militares y el impago del arancel aduanero europeo

Los privilegios siempre se han invocado para exonerarse de todo tipo de obligaciones. No podía ser distinto en la invocación de la seguridad nacional con el fin de no abonar el arancel aduanero de la Unión Europea.

De hecho, la Comisión Europea hubo de formular sendos recursos por incumplimiento, donde les reprochaba a Finlandia, Suecia, Alemania, Dinamarca, Grecia e Italia que no abonasen el arancel aduanero de equipos militares importados de países terceros⁶².

El Abogado General Ruiz-Jarabo, al pronunciar sus Conclusiones comunes sobre los referidos asuntos, le explica al Tribunal de Justicia:

En una Comunidad de ciudadanos y de principios, sin trabas monetarias, sin fronteras interiores y sin obstáculos al reconocimiento mutuo, extraña escuchar los murmullos de lo arcano, proclamando que, en la importación de armamento, el procedimiento aduanero menoscaba los cimientos de la seguridad nacional de un Estado miembro y, al socaire del secreto oficial, negar la información pertinente, a expensas de situar el futuro de la Unión Europea en el filo de lo impredecible⁶³.

En el mismo sentido se encarga el Tribunal de Justicia de subrayar que, «si bien corresponde a los Estados miembros establecer las medidas adecuadas para garantizar su seguridad interior y exterior, no por ello cabe deducir que tales medidas se sustraen totalmente a la aplicación del Derecho comunitario» (apartado 46 de la *sentencia Comisión / Finlandia*).

El propio Tribunal de Justicia explica que, frente a la alegación de cada uno de los Estados encartados por incumplir el Derecho de la Unión de que los procedimientos aduaneros comunitarios no pueden garantizar su seguridad nacional, habida cuenta de las exigencias de confidencialidad contenidas en los acuerdos suscritos con los Estados exportadores, «la aplicación del régimen aduanero comunitario requiere la intervención de funcionarios, comunitarios y nacionales, eventualmente sometidos a un deber de confidencialidad en caso de tratamiento de datos delicados, que permite proteger los intereses esenciales de la seguridad de los Estados miembros» (apartado 51).

Por tanto y sin dar mucha credibilidad a la justificación de quedar eximidos del abono del arancel aduanero, el Tribunal de Justicia termina condenando a todos y cada uno de los Estados denunciados por incumplir el Derecho aduanero europeo.

⁶² TJUE (Gran Sala), sentencias de 15 de diciembre de 2009, Comisión / Finlandia, C-284/05, EU:C:2009:778; Comisión / Suecia, C-294/05, EU:C:2009:779; Comisión / Alemania, C-372/05, EU:C:2009:780; Comisión / Italia, C-387/05, EU:C:2009:781; Comisión / Grecia, C-409/05, EU:C:2009:782; Comisión / Dinamarca C-461/05, EU:C:2009:783; Comisión / Italia, C-239/06, EU:C:2009:784 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).

⁶³ TJCE, Conclusiones del abogado general, Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer, de 10 de febrero de 2009, Comisión / Finlandia (C-284/05), Comisión / Suecia (C-294/05), Comisión / Alemania (C-372/05), Comisión / Italia (C-387/05 y C-239/06), Comisión / Grecia (C-409/05) y Comisión / Dinamarca (C-461/05) EU:C:2009:67, apartado 2 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).

3.2.2 Los secretos, el terrorismo y la tutela judicial efectiva

La tutela judicial efectiva no es absoluta y puede verse limitada por razones de seguridad del Estado, en particular cuando la Unión Europea, las instituciones europeas o sus Estados miembros, adoptan medidas contra el terrorismo.

Ante el Tribunal de Justicia se han planteado dos tipos: los controles directos cuando la aplicación de las medidas contra el terrorismo se encomienda a las instituciones europeas, al Consejo y a la Comisión, de lo que resulta un ejemplo el *asunto Al Kadi*; y los controles indirectos, cuando las medidas las adoptan las autoridades nacionales en cuyo caso la *sentencia ZZ / Home Office* será ilustrativa.

Los tribunales europeos, el Tribunal de Primera Instancia y el Tribunal de Justicia, tuvieron que resolver especialmente a partir de los atentados de 11 de septiembre de 2001 el espinoso problema de la legalidad de las medidas adoptadas contra Bin Laden, Al-Qaeda y los talibanes.

El Tribunal de Primera Instancia examinó, a instancias del ciudadano saudí, Yassin Abdullah Kadi, la legalidad de varios Reglamentos del Consejo de 2001 y 2002 que imponían determinadas medidas restrictivas de congelación de fondos dirigidas contra Kadi y otras personas y entidades asociadas con bin Laden, a la red Al-Qaeda y a los talibanes.

En su sentencia de 2005 el Tribunal de Primera Instancia rechazó el recurso a pesar de comprobar «que parece categóricamente excluida la posibilidad de que el demandante se pronuncie oportunamente sobre la realidad y la pertinencia de los hechos que se tomaron en consideración para congelar sus fondos y, más aún, sobre las pruebas utilizadas en su contra».

Para ello el Tribunal de Instancia de la Unión argumenta: «Obviamente, estos hechos y pruebas no son comunicados al demandante –ni tampoco, por lo demás, a los Estados miembros de la ONU destinatarios de las resoluciones del Consejo de Seguridad controvertidas– desde el momento en que el Estado que ha informado de los mismos al Comité de Sanciones los ha calificado de confidenciales o secretos».

Esto conduce al Tribunal de Primera Instancia de la Unión Europea a concluir del siguiente modo: «el respeto de los derechos fundamentales del interesado no exige que se le comuniquen los hechos o pruebas utilizados en su contra, desde el momento en que el Consejo de Seguridad o su Comité de Sanciones estiman que existen razones relacionadas con la seguridad de la comunidad internacional que se oponen a ello»⁶⁴.

⁶⁴ TPICE, sentencia de 21 de septiembre de 2005, Kadi / Consejo y Comisión, T-315/01, EU:T:2005:332, apartados 273 y 274.

Ahora bien, en casación el Tribunal de Justicia en la *sentencia Kadi / Consejo y Comisión*, de 2008, revoca la decisión de instancia por vulneración de los derechos fundamentales del ciudadano saudí⁶⁵.

A tal efecto, el Tribunal de Justicia argumenta que «los tribunales comunitarios deben garantizar un control, en principio completo, de la legalidad de todos los actos comunitarios desde el punto de vista de los derechos fundamentales que forman parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario, control que también se extiende a los actos comunitarios destinados a aplicar resoluciones aprobadas por el Consejo de Seguridad en virtud del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, como el Reglamento controvertido» (apartado 326).

Esto supone que el Tribunal de Justicia examine el respeto de la tutela judicial efectiva y del derecho de propiedad.

Sobre el primero, el Tribunal de Justicia precisa que, ciertamente, se trata el Reglamento de un acto comunitario destinado a aplicar una resolución aprobada por el Consejo de Seguridad en relación con la lucha contra el terrorismo por lo que existen razones imperiosas relacionadas con la seguridad o con la gestión de las relaciones internacionales de la Comunidad y de sus Estados miembros que pueden oponerse a que se dé traslado de ciertos datos a los interesados y, por tanto, a que se oigan sus alegaciones al respecto.

Sin embargo, concluye el Tribunal de Justicia: «Esto no significa, no obstante, en relación con el respeto del principio de tutela judicial efectiva, que unas medidas restrictivas como las que impone el Reglamento controvertido puedan eludir todo control del juez comunitario desde el momento en que se afirme que el acto que las establece está relacionado con la seguridad nacional y con el terrorismo» (apartado 343).

Y, a continuación, recoge la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que explica así: «En este tipo de casos, sin embargo, incumbe al juez comunitario aplicar técnicas que, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las preocupaciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de permitir que el justiciable disfrute en grado suficiente de la protección que ofrecen las normas de procedimiento (véase en este sentido TEDH, sentencia *Chahal c. Reino Unido* de 15 de noviembre de 1996, *Recueil des arrêts et décisions 1996-V*, § 131)» (apartado 344).

En recursos directos posteriores del mismo asunto, el Tribunal de Justicia señala, por ejemplo en su *sentencia Kadi* (2013), que pueden «existir consideraciones imperiosas relacionadas con la seguridad de la Unión o de sus Estados miembros o con la gestión

⁶⁵ TJCE (Gran Sala), sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation / Consejo y Comisión*, C-402/05 P, EU:C:2008:461.

de sus relaciones internacionales que se opongan a que se comuniquen ciertos datos o pruebas a la persona afectada. En tal caso, incumbe sin embargo al juez de la Unión, a quien no cabe oponer el secreto o la confidencialidad de tales datos o pruebas, aplicar técnicas que, en el contexto del control jurisdiccional ejercido por él, permitan conciliar, por una parte, las consideraciones legítimas de seguridad en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar el acto de que se trate y, por otra, la necesidad de garantizar en grado suficiente al justiciable el respeto de sus derechos procedimentales, tales como el derecho a ser oído y el principio de contradicción» (apartado 129).

Esto supone, en el caso concreto, unas pautas de control de la legalidad de los actos de las instituciones de la Unión: si el juez de la Unión considera que al menos uno de los motivos mencionados en el resumen de motivos facilitado por el Comité de Sanciones es lo bastante preciso y concreto, que está respaldado por hechos y que constituye, por sí solo, una base suficiente para fundamentar la decisión, la circunstancia de que otros de esos motivos no presenten tales características no puede justificar la anulación de dicha decisión; pero también señala: «En caso contrario, el juez de la Unión anulará la decisión impugnada» (apartado 130).

A esto añade el Tribunal de Justicia la justificación de la limitación de un derecho fundamental: «Un control jurisdiccional de esta índole resulta indispensable para garantizar un justo equilibrio entre la preservación de la paz y de la seguridad internacionales y la protección de las libertades y derechos fundamentales de la persona afectada [...] las cuales constituyen valores comunes a la ONU y a la Unión (apartado 131).

En definitiva, a los jueces europeos, y por extensión a los jueces nacionales que apliquen el Derecho de la Unión, **no se le puede oponer el secreto de las pruebas** y estos jueces **deben aplicar técnicas procesales apropiadas para garantizar los derechos fundamentales de los justiciables.**

Desde otra perspectiva complementaria, la de los controles indirectos, en este caso la garantía de la tutela judicial efectiva en la aplicación de la Directiva 2004/38 relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, la *sentencia ZZ* (2013) responde una cuestión prejudicial de un tribunal británico que examinaba la legalidad de la prohibición de entrar en el Reino Unido a un ciudadano de la Unión, de nacionalidad franco-argelina, por razones de seguridad pública⁶⁶.

⁶⁶ TJUE (Gran Sala), sentencia de 4 de junio de 2013, ZZ / Secretary of State for the Home Department, C-300/11, EU:C:2013:363 (prohibición a un franco-argelino de entrar en el Reino Unido por razones de seguridad pública).

Este ciudadano llevaba residiendo los últimos 15 años en el Reino Unido, estaba casado con una británica, tenía ocho hijos y se le había reconocido el derecho a la residencia permanente. A la vuelta de un viaje a Argelia, se le prohibió la entrada en el Reino Unido basándose en que su presencia era perjudicial para el interés general. Ante el tribunal inglés se planteaba el problema de si se le había informado suficientemente sobre las razones de la prohibición de entrada.

En sus conclusiones el Abogado General Yves Bot establece con claridad: «En una sociedad democrática, reconocer las garantías del Estado de Derecho a aquellos que precisamente la combaten es estrictamente indispensable para garantizar la primacía absoluta de los valores de la democracia, pero, no obstante, ello no puede conducir a una especie de suicidio de la propia democracia» (apartado 43). Por eso, es partidario de una regla conforme a la cual: «el nivel de comunicación de las razones de seguridad pública puede variar en función del contexto procesal en el que se adopte la decisión controvertida y según la naturaleza de las medidas de que se trate» (apartado 114). Por eso propone al Tribunal de Justicia que conteste: «Corresponderá al órgano jurisdiccional hacer uso de todos los instrumentos procesales a su alcance para adaptar, en virtud del principio de proporcionalidad, el nivel de comunicación de las razones de seguridad pública a las exigencias derivadas de la seguridad del Estado».

En esa tarea se emplea el Tribunal de Justicia en la *sentencia ZZ / Home Office* que pretende proteger el derecho a la tutela judicial efectiva, consagrado por el artículo 47 de la Carta. A juicio del Tribunal de Justicia no hay duda de que se vulneraría el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva si una resolución judicial se basase «en hechos y documentos de los cuales las propias partes, o una de ellas, no han podido tener conocimiento, y sobre los cuales, por tanto, no han podido presentar sus observaciones» (apartado 56).

Por eso, la solución que da el Tribunal de Justicia es la misma que en la *sentencia Kadi*: «en los casos excepcionales en que una autoridad nacional se oponga a que se comuniquen al interesado, con precisión y por extenso, las razones que constituyan el fundamento de una resolución adoptada en virtud del artículo 27 de la Directiva 2004/38, invocando para ello motivos relacionados con la seguridad del Estado, el juez competente del Estado miembro de que se trate habrá de tener a su disposición y deberá aplicar técnicas y normas de Derecho procesal que le permitan conciliar, por un lado, las legítimas consideraciones de seguridad del Estado en cuanto a la naturaleza y a las fuentes de la información tenida en cuenta para adoptar una resolución de ese tipo y, por otro, la necesidad de garantizar en grado suficiente al justiciable el respeto de sus derechos procesales, tales como el derecho a ser oído y el principio de contradicción» (apartado 57).

A continuación, el Tribunal de Justicia explica las obligaciones de las autoridades nacionales: «por una parte, deberán garantizar un control judicial efectivo tanto de la existencia y fundamento de las razones invocadas por la autoridad nacional en relación con la seguridad del Estado como de la conformidad a Derecho de la resolución

adoptada en virtud del artículo 27 de la Directiva 2004/38 y, por otra parte, habrán de disponer de las técnicas y normas relativas a dicho control judicial» (apartado 58). Esto exige que «los Estados miembros estable[zc]an normas que permitan que el juez que ejerce el control de la legalidad de una resolución de ese tipo conozca la totalidad de los motivos que justificaron su adopción y las correspondientes pruebas en las que la misma se basó» (apartado 65).

El Tribunal de Justicia advierte de que «la comunicación de tales pruebas puede comprometer de un modo directo y particular la seguridad del Estado, en la medida en que puede poner en peligro la vida, la salud o la libertad de las personas o revelar los métodos de investigación específicamente utilizados por los organismos nacionales de seguridad, obstaculizando gravemente de este modo, o incluso impidiendo por completo, el futuro cumplimiento por dichos organismos de las tareas que les corresponden» (apartado 66).

Por esa razón, la seguridad nacional puede justificar una comunicación limitada de las razones que justifican una determinada decisión administrativa, en este caso la prohibición de residencia de un ciudadano de la Unión, y también puede afectar a «la eficacia probatoria de los elementos de prueba confidenciales».

Resumidamente, el Tribunal de Justicia considera que el derecho a la tutela judicial efectiva en la aplicación de una excepción justificada por la confidencialidad de determinados documentos o actuaciones exige que «el juez nacional competente vele por que se limite a lo estrictamente necesario la facultad de la autoridad nacional competente de no comunicar al interesado, con precisión y por extenso, las razones en las que se fundamenta una resolución adoptada en virtud del artículo 27 de la misma Directiva, así como los correspondientes elementos de prueba, garantizando en todo caso que se comunique al interesado el contenido esencial de tales razones de una manera en que se tenga debidamente en cuenta la necesaria confidencialidad de las pruebas» (apartado 68).

3.2.3 La información confidencial de los Bancos centrales sobre entidades de crédito

Aun cuando esté a medio camino entre el secreto oficial y el secreto profesional, me permito recordar que el Tribunal de Justicia ha tenido que pronunciarse sobre el manejo de información confidencial de los Bancos centrales nacionales en relación con la gestión de entidades financieras.

En la *sentencia Buccioni* (2018) se plantea una cuestión sobre el derecho a que se desvele por parte del Banco central italiano información confidencial a una persona que la solicita para poder iniciar un procedimiento civil o mercantil destinado a proteger intereses patrimoniales lesionados, según el interesado, como consecuencia de la liquidación forzosa de una entidad de crédito.

El Sr. Buccioni estudia la posibilidad de presentar una reclamación por daños y perjuicios contra el Banco central italiano para resarcirse de las pérdidas económicas que alega haber sufrido como consecuencia de una deficiente supervisión prudencial que dio lugar a la liquidación de un banco donde tenía sus ahorros por lo que pretende que se le dé acceso a los documentos necesarios para presentar la correspondiente demanda.

En primer lugar, el Tribunal de Justicia señala que no es relevante el procedimiento que se haya planteado, en este caso administrativo, con el fin de utilizar la información en un procedimiento civil o mercantil. A tal efecto, señala: «En este contexto, sería contrario a las exigencias de la recta administración de la justicia que el solicitante se viese obligado a iniciar un procedimiento civil o mercantil para tener acceso a la información confidencial en poder de las autoridades competentes» (apartado 35).

Y a continuación admite que se levante la obligación de secreto profesional cuando la solicitud de comunicación se refiera a una información respecto de la cual el solicitante aporte indicios precisos y concordantes que permitan suponer plausiblemente que resulta pertinente para un procedimiento civil o mercantil en curso o que se va a iniciar, cuyo objeto debe identificar concretamente el solicitante y fuera del cual no podrá utilizarse la información (apartado 36).

Ahora bien, tanto las autoridades como los jueces nacionales deben «poner en la balanza, por un lado, el interés del solicitante en disponer de la información de que se trate y, por otro, los intereses favorables al mantenimiento de la confidencialidad de esa información, amparada por la obligación de secreto profesional» (apartado 39).

La *sentencia Baumeister* (2018) contesta una cuestión prejudicial del Tribunal Supremo Administrativo alemán en relación con la información confidencial y la supervisión financiera respecto de una investigación realizada contra Phoenix, una entidad que había puesto en marcha un sistema fraudulento de tipo piramidal. El Sr. Baumeister, uno de los perjudicados por el negocio fraudulento y en el marco de un procedimiento concursal, planteó ante los tribunales administrativos alemanes el derecho de acceder a determinada información en manos de las autoridades de control que, inicialmente, le fue reconocido.

En su sentencia el Tribunal de Justicia considera que debe limitarse la confidencialidad de la información remitida por las entidades supervisadas a las autoridades de control siempre que cumplan estos requisitos: que la información en poder de las autoridades competentes no tenga carácter público; que su divulgación no pueda perjudicar los intereses de la persona física o jurídica que haya proporcionado la información o de terceros, y que no se vea afectado el correcto funcionamiento del sistema de control de las actividades de las empresas de inversión que el legislador de la Unión estableció al adoptar la Directiva 2004/39 relativa a los mercados de instrumentos financieros, (apartado 35).

Es precisamente esta Directiva la que prevé limitadamente la divulgación de aquella información confidencial en la medida en que no atañe a terceros en el curso de procedimientos civiles o mercantiles si fuera necesario para su desarrollo.

4. EL CONTROL JUDICIAL DE LOS SECRETOS DE ESTADO EN ESPAÑA

En España las escasas previsiones normativas sobre el control judicial de los secretos oficiales se deben al pecado original autoritario de la legislación. Ha sido la jurisprudencia la que ha tenido que establecer algunos criterios que hacen la legislación sobre secretos de Estado más acordes con la Constitución democrática de 1978.

Son tres las cuestiones que pretendo abordar: por una parte, el alcance formal o material del control judicial y sus implicaciones procesales; por otra parte, la interpretación ortodoxa del tratamiento judicial de los secretos oficiales a partir de las sentencias de 1995 y 1997 del Tribunal Supremo en relación con los papeles del CESID; y, por último, algunos criterios jurisprudenciales más recientes en ámbitos como la concesión de la nacionalidad, el personal de los servicios secretos y los efectos de la legislación sobre transparencia en el régimen tradicional de los secretos de Estado.

4.1 El control judicial formal y material de los secretos oficiales

Simplificadamente podría decirse que los dos aspectos del control judicial de los secretos de Estado se refieren, por una parte, al control formal, es decir, a la clasificación de la información como secreta, sensible o confidencial; y, por otra parte, al conocimiento del secreto por el juez y, eventualmente, por las partes.

El control judicial de los secretos de Estado se ha cuestionado porque, en esencia, no puede encomendarse a los jueces al tratarse de una tarea más bien política o dado que los jueces solo pueden llevar a cabo un control limitado, más formal que sustantivo.

Por una parte y después de describir brillantemente la evolución del concepto de secreto de Estado, Rafael del Águila, al calor de la experiencia de la desclasificación de los papeles del CESID en España que había ordenado el Tribunal Supremo en 1997, señalaba la primacía del control parlamentario y llegaba a afirmar: «el control del secreto de Estado, desde la perspectiva de la lógica de la prudencia y la pluralidad [que ejercen los parlamentos], es el que debe apreciar la necesidad de las excepciones al principio de publicidad de las decisiones gubernamentales y de transparencia del poder, así como las posibles excepciones al principio de control jurisdiccional del gobierno [dado que los jueces solo aplican la lógica de la legalidad]»⁶⁷.

La anterior restricción del control judicial de los secretos de Estado se ve superada por la práctica judicial en Europa y, como veremos a continuación, en España, no solo porque la protección de los derechos fundamentales, cuya garantía corresponde en un Estado de Derecho a los jueces, sino también porque existen técnicas que permiten

⁶⁷ Rafael del Águila Tejerina, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, ob. cit., p. 330.

conciliar la necesidad de que siga habiendo secretos de Estado y que los ciudadanos no vean conculcados sus derechos⁶⁸.

Por otra parte, aun admitiendo el control judicial de los secretos de Estado, Javier de Lucas subraya que su alcance es más formal que material: «si la función y la legitimidad de la jurisdicción es cognitiva, decir el Derecho (más que decir la ley, desde luego) difícilmente los tribunales pueden constituirse en algo más que controladores de las reglas del secreto, esto es, no en controladores del contenido de los secretos»⁶⁹.

Esta opinión resulta controvertida en la medida en que para determinar si algo es secreto no basta solo con el enfoque formal, es decir, si se ha clasificado como tal secreto, sino que ha de conocerse el contenido que se ha clasificado como secreto y debe saberse si tal contenido tiene o no trascendencia en el litigio que se pretenda resolver.

El punto de partida más correcto sería distinguir entre el secreto para el juez y el secreto para las partes. Ciertamente, las consecuencias de que el secreto sea tanto para el juez como para las partes son distintas dependiendo de que el proceso sea civil o penal, entendida esta clasificación al modo tradicional, de que afecte a cuestiones privadas o cuestiones públicas. Asimismo, la colaboración con las investigaciones judiciales de funcionarios públicos vinculados por el deber de secreto plantea problemas que las leyes procesales españolas han tratado de resolver.

En España, las leyes procesales establecen el procedimiento específico que debe seguirse tanto en el supuesto de investigaciones penales, de procedimientos civiles y de procedimientos contencioso-administrativos.

El artículo 417.2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que «no podrán ser obligados a declarar como testigos: Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquiera clase que sean, cuando no pudiesen declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar».

Esta disposición ha sido interpretada por González Cussac en el sentido de que, en primer lugar, el hecho de que haya documentos clasificados como secretos no impide una investigación judicial; en segundo lugar, no puede obligarse a declarar ante el juez a

⁶⁸ Compárese la distinta actitud y resultado de los jueces estadounidenses y alemanes en relación al uso de drones para asesinar terroristas de Al Qaeda en cuyas acciones se ven implicados civiles, en este caso en Yemen; el ataque fue ordenado por los Estados Unidos y se materializó a través de la Base Aérea Americana en Ramstein (Alemania); en un caso el juez americano denegó el examen basándose en la teoría de los actos políticos del Gobierno; mientras que los jueces alemanes, el Tribunal Administrativo de Colonia y el Tribunal Superior Administrativo de Renania del Norte-Westfalia en Münster enjuiciaron el asunto, si bien con resultados distintos; Leander Beinlich, "Drones, Discretion, and the Duty to Protect the Right to Life: Germany and its Role in the US Drone Programme before the Higher Administrative Court of Münster", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) *Research Paper* No. 2019-22, 19 de diciembre de 2019), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506602> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3506602> (última consulta: 5/07/2020).

⁶⁹ Javier de Lucas Martín, "Secretos de Estado", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* IV (7), 1999, pp. 56-57.

los funcionarios vinculados por el deber de secreto, pues si lo hacen podrían incurrir en el delito de revelación de secretos salvo que justifiquen su conducta para salvar un bien superior al que vulneran⁷⁰.

En cuanto a los procesos de naturaleza civil, el artículo 371.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se refiere a los testigos que tengan el deber de guardar secreto y a tal efecto dispone: «Si se alegare por el testigo que los hechos por los que se le pregunta pertenecen a materia legalmente declarada o clasificada como de carácter reservado o secreto, el tribunal, en los casos en que lo considere necesario para la satisfacción de los intereses de la administración de justicia, pedirá de oficio, mediante providencia, al órgano competente el documento oficial que acredite dicho carácter».

En el ámbito de la jurisdicción administrativa es muy significativo que se prevea expresamente la exclusión de los secretos del expediente administrativo. Así, el artículo 48.6 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativo dispone: «Se excluirán del expediente, mediante resolución motivada, los documentos clasificados como secreto oficial, haciéndolo constar así en el índice de documentos y en el lugar del expediente donde se encontraran los documentos excluidos».

Esta regulación meramente procesal puede darnos, sin embargo, alguna luz sobre la necesidad formal de hacer constar la existencia de documentos excluidos del expediente administrativo, lo cual será de conocimiento del tribunal y de las partes.

Esta previsión podría también cumplirse mediante una resolución motivada, en la que se informe sobre la clasificación del documento en cuestión y también podría contener algunos datos de la extensión e incluso del contenido del documento clasificado.

En la práctica administrativa y en el control judicial de los documentos confidenciales, al margen de la cuestión de los documentos clasificados, el Tribunal Supremo ha considerado: «El hecho de que el artículo 48 únicamente prevea, como excepción a la entrega completa del expediente, la documentación clasificada con arreglo a la Ley de Secretos Oficiales, no supone que los órganos judiciales no puedan aplicar o tomar en consideración otras excepciones que resultan con claridad de lo dispuesto en normas diferentes»⁷¹. En estos términos lo explica el Tribunal Supremo:

el examen de la confidencialidad se despliega a través de tres momentos o fases sucesivas. Un primer momento que corresponde a los órganos técnicos de naturaleza administrativa a quienes se les encomienda la inicial decisión sobre la declaración de confidencialidad. Un segundo momento, ya en el curso del proceso, en que la confidencialidad aún vigente y operativa se pone a disposición del órgano jurisdiccional ante la eventualidad de que deba ceder por mor de la preponderancia del derecho de

⁷⁰ José Luis González Cussac, "El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación", en *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, p. 619.

⁷¹ TS (Sala 3ª, Sección 1ª), auto de 5 de octubre de 2006, recurso nº 47/2006, ES:TS:2006:13134A, ponente: Trillo Torres.

defensa; y una tercera fase en que corresponde a la parte interesada en el conocimiento de esa documentación justificar ante el Tribunal la procedencia de su entrega a fin de que la Sala adopte la decisión procedente⁷².

Estos mismos criterios han sido asumidos más recientemente por el Tribunal Supremo⁷³.

Por tanto, procesalmente existe un respeto especial hacia la existencia de secretos de Estado y de obligaciones a las que quedan sometidos los eventuales colaboradores de los tribunales como es el caso de los funcionarios y los testigos así como la remisión de toda la información que constituye un expediente administrativo.

Con la aplicación de esta regulación procesal no queda resuelto el problema y, como es obvio, los jueces no pueden quedarse *extra muros* del secreto, no pueden conformarse con un control formal. Es precisamente a este control sustantivo al que se refieren las sentencias sobre los papeles del CESID.

Debo adelantar que la solución finalmente adoptada no es totalmente satisfactoria porque, en realidad, la disputa entre el poder ejecutivo, el Gobierno, y el poder judicial tiene su origen en una investigación criminal llevada a cabo por jueces de instrucción. Finalmente y por paradójico que parezca, será el máximo órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo quien permita que la jurisdicción penal cumpla sus funciones.

4.2 El control judicial de los secretos oficiales a prueba: las sentencias sobre 'los papeles del CESID'

En 1995 y 1997 se precisó el alcance del control judicial en España de los secretos oficiales. En una primera decisión se señaló el procedimiento judicial que debía seguirse, es decir, solo la Sala Tercera del Tribunal Supremo era competente para desclasificar determinados documentos considerados secretos. En las sentencias de 1997 se explicó el alcance del enjuiciamiento del Tribunal Supremo que, a la vista del

⁷² Ana Isabel Martín Valero, "Documentos confidenciales y procedimiento contencioso-administrativo", *Actualidad Administrativa* nº 11, noviembre 2018, comenta: «la valoración de esos documentos confidenciales —que quedan a disposición del Tribunal en su versión íntegra—, y sobre todo, cómo se plasma esa valoración en las sentencias, especialmente si los datos o documentos confidenciales fueran determinantes para el fallo. El órgano judicial tiene obligación de preservar la confidencialidad, no sólo en el traslado de la documentación a las partes, sino también en las resoluciones que dicte en el curso del procedimiento, incluida la sentencia, en la cual deberá valorar los documentos incorporados a los autos; y si estos han sido declarados confidenciales, y son esenciales para el fallo, entiendo que se debería hacer un nuevo juicio de ponderación para determinar si ha de mantenerse esa confidencialidad, o si es ineludible plasmar esos datos confidenciales en la sentencia, en aras a garantizar el derecho de defensa de la parte contraria, pues mal podría rebatir sus razonamientos en un ulterior recurso si desconoce los datos o documentos en que se basa».

⁷³ TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 17 de octubre de 2017, recurso nº 1334/2015, ES:TS:2017:3641, ponente: Perelló Doménech (impugnación por Telefónica de la nueva metodología para el cálculo del coste neto del servicio universal, tras la incorporación de la conexión de banda ancha elaborada por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

contenido de los documentos controvertidos y clasificados, enjuició si estaba justificado que fuesen secretos.

La solución consistió en someter al Gobierno de la Nación al control judicial, en particular, en virtud del control de la Sala de lo Contencioso-administrativo que debía determinar la legalidad de la clasificación de los documentos como secretos.

Como diría, poco después, García de Enterría con la nueva legislación y esta precisa jurisprudencia «los actos políticos o de Gobierno, como un supuesto límite de la jurisdicción contencioso-administrativa, han quedado erradicados de nuestro Derecho y con ello dicha jurisdicción ha ganado definitivamente su universalidad»⁷⁴.

De todos modos lo que no se discutió propiamente es que los documentos serían examinados por los magistrados de la Sala del Tribunal Supremo para determinar la legalidad de su clasificación.

4.2.1 La desclasificación de los documentos y el tribunal competente

En primer lugar, la batalla hubo de librarse para determinar la jurisdicción competente y el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción explicó, en su sentencia de 14 de diciembre de 1995:

El Juez de Instrucción que considere necesarios, a los fines de la investigación sumarial, determinados documentos clasificados como materia comprendida en el ámbito de la reserva de secreto oficial, no puede imponer, sin más, al Ministro responsable su entrega y aportación. Puede dirigirse a él, por medio de exposición razonada -artículo 187 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal- al objeto de que la traslade al órgano competente - Consejo de Ministros- y este pueda valorar, dentro de sus funciones directivas de gobierno, los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y decidir en consecuencia⁷⁵.

Esta sentencia resulta claramente insatisfactoria lo que deriva de la propia configuración de este Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, a modo de árbitro, en las disputas entre el poder ejecutivo y el poder judicial, que se resuelve por un órgano de composición mixta (el Presidente del Tribunal Supremo, dos magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo y tres consejeros de Estado).

En realidad, no se entiende que una investigación penal en la que estén implicados secretos de Estado no pueda resolverla el juez de instrucción sin la colaboración del

⁷⁴ Eduardo García de Enterría, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2000, p. 10. En el ámbito del control judicial administrativo se produjeron numerosas y agrias discusiones entre lo más granado de la doctrina administrativista dividida en dos bandos, que contaron con brillantes intervenciones y apoyos de filósofos del Derecho. Véase un espléndido resumen y una toma de partido en Susana Sánchez Ferro, , *El secreto de estado*, ob. cit., pp. 305-405. Desde un punto de vista práctico la discusión tiene menos interés como revela el magistrado Xiol Ríos en su voto particular a las sentencias de los papeles del CESID.

⁷⁵ Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sentencia de 14 de diciembre de 1995, conflicto de jurisdicción 10/1995-T, ponente: Esteban Álamo (*BOE* nº 306, de 23 de diciembre de 1995).

Gobierno de la Nación debiendo confiar el juez penal en que, si no hay tal colaboración, las partes, y no el juez de instrucción, obtengan los documentos acudiendo a la impugnación de su clasificación, es decir, una la Sala del Tribunal Supremo, de distinta naturaleza que el juez o el tribunal inferior afectado.

La otra intervención del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción relevante en este caso fue más afortunada en la medida en que en 2011 desestimó el conflicto de jurisdicción planteado por el Gobierno andaluz respecto del requerimiento del Juzgado de Instrucción nº 6 de Sevilla para que le entregase las actas del Consejo de Gobierno sobre el caso de los ERE de Andalucía⁷⁶. Por si hubiese alguna duda el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción se encarga de señalar que no es relevante en este caso la regulación de la Ley de Secretos Oficiales⁷⁷.

Pero, nuevamente, puede apreciarse la intervención de un órgano jurisdiccional extraño para un sistema en el que cada día con más fuerza se impone el principio de separación de poderes. Así lo pone de manifiesto, con total solvencia, el magistrado Peces Morate en su voto particular a las sentencias de los papeles del CESID que comento a continuación.

4.2.2 Las tres sentencias contencioso-administrativas sobre los papeles del CESID de 1997: clasificar o desclasificar

Los antecedentes de la decisión de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo no eran muy halagüeños porque se había manifestado en contra de tal control el mismo Consejo de Estado.

En efecto, antes de decidir sobre la desclasificación que le habían solicitado tres jueces de instrucción, el Gobierno de la Nación solicitó un dictamen del Consejo de Estado. En su dictamen considera que no procede comunicar a las autoridades judiciales requirentes el contenido de todos o de algunos de los documentos de que se trata, sin alterar la calificación de los mismos dando la siguiente explicación: «No cabe pues, en este caso, el acceso al conocimiento de los documentos clasificados, mientras lo son, ya que su utilización como medio de prueba sería incompatible con su carácter secreto, sin que pueda considerarse razonable la previsión de que tal carácter podrá mantenerse porque la reserva obliga a todos los que tengan conocimiento de los documentos (incluso bajo sanción penal) ni la de que el juicio pudiera, hipotéticamente, celebrarse a puerta cerrada»⁷⁸.

Ciertamente, el Consejo de Estado propone la adopción de una nueva Ley de secretos oficiales y, en particular, apunta la posibilidad del «examen reservado por el Juez (*in*

⁷⁶ Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sentencia de 20 de septiembre de 2011, conflicto de jurisdicción nº 3/2011, ponente: Herrero Pina (ERE de Andalucía) (*BOE* núm. 244, de 10 de octubre de 2011).

⁷⁷ Salvador Soto Lostal, *Secretos de Estado, Nación y Poder Judicial*, ob. cit., pp. 95-101.

⁷⁸ Consejo de Estado, Dictamen nº 2716/1996 de 18 de julio de 1996, relativo a manifestaciones elevadas al Gobierno por el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián y los Juzgados Centrales de Instrucción nº 1 y nº 5, nº expediente: 2716/1996.

camera inspection") para decidir sobre su carácter confidencial o de posible aportación al proceso».

Finalmente, el Consejo de Ministros denegó la desclasificación de los documentos solicitados por los tres jueces de instrucción y contra esa decisión del Consejo de Ministros los interesados pudieron recurrir directamente a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que se pronunció en tres conocidas sentencias de 4 de abril de 1997.

Las tres sentencias fueron dictadas por el pleno de la Sala Tercera, integrado por 33 magistrados, que ordenaron la desclasificación de la mayoría de los documentos controvertidos. Sin embargo, hubo numerosos votos particulares de gran calidad y las sentencias suscitaron un interés doctrinal extraordinario⁷⁹.

La primera sentencia, en el *caso GAL*, se refiere a la denegación de desclasificación solicitada por el Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional de 18 documentos denegados por el Gobierno de la Nación en relación con un sumario instruido por varios delitos de asesinato en la denominada 'guerra sucia' contra el terrorismo en el País Vasco⁸⁰. Finalmente, el Tribunal Supremo ordenó la desclasificación de once de los dieciocho documentos controvertidos.

La segunda sentencia, sobre el *caso Lasa y Zabala*, se pronuncia en relación con la denegación de desclasificación solicitada por el Juzgado Central de Instrucción número 1 de la Audiencia Nacional en relación con un sumario instruido por delitos de detención ilegal, tortura y asesinato en la lucha contra el terrorismo⁸¹. Los argumentos son los mismos que los de la primera sentencia. El Tribunal Supremo se pronuncia únicamente sobre la desclasificación de la Nota de Despacho de 1983, relativa a la prevista realización de acciones violentas en el Sur de Francia contra ETA y finalmente reconoce el derecho a su desclasificación.

⁷⁹ Blanca Lozano Cutanda, "En los confines del Estado de derecho: el control judicial de los secretos de Estado", *Jueces para la democracia* n° 29, 1997, pp. 20-28; Nuria Garrido Cuenca, "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID. Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de Administración Pública* n° 143, mayo-agosto, 1997, pp. 229-263; Luis M^a Díez-Picazo Giménez, *Sobre secretos oficiales, ob. cit.*, pp. 51-76; Mariano Bacigalupo Saggese, "El control judicial de los actos del gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales: a propósito de las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* n° 13, 1998, pp. 203-247; y Juan José Díez Sánchez, "El control judicial de los secretos oficiales", en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Vol. 2, 2000, pp. 2313-2338.

⁸⁰ Tribunal Supremo (Sala C-A, Pleno), sentencia de 4 de abril de 1997, recurso n° 726/1996, ES:TS:1997:2391, ponente: Trillo Torres (investigaciones por asesinato en la lucha contra el terrorismo y 18 documentos clasificados relevantes en un sumario del Juzgado Central de instrucción n° 5 de la Audiencia Nacional). Se trata del *caso Oñederra* y el juez instructor era Baltasar Garzón Real.

⁸¹ Tribunal Supremo (Sala C-A, Pleno), sentencia de 4 de abril de 1997, recurso n° 602/1996, ES:TS:1997:2389, ponente: Lescure Martín (acciones violentas en el Sur de Francia contra ETA relevantes en un sumario del Juzgado Central de instrucción n° 1 de la Audiencia Nacional). Es el *caso Lasa y Zabala*, instruido por el juez Javier Gómez de Liaño.

La tercera sentencia, en el *caso Origoitia*, enjuicia la desclasificación de una Nota Interior de 1987 de la Guardia Civil en la lucha contra el terrorismo que solicitaba el Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián en un sumario incoado para esclarecer la muerte de una persona durante una intervención de la Guardia Civil que pretendía detener varios miembros de un comando de ETA⁸².

Es muy importante subrayar, como se explica en la primera sentencia en sus antecedentes de hecho, que los magistrados de la Sala de lo Contencioso-administrativo conocieron el contenido de los documentos clasificados porque «se practica la documental admitida y la consistente en el examen reservado por todos los Magistrados que componen la Sala de los documentos [c]uya desclasificación se reclama»⁸³.

Asimismo, en las tres sentencias el Tribunal Supremo rechazó la inconstitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales por basarse en la necesidad de preservar la seguridad del Estado, sin perjuicio de su incidencia en la tutela judicial efectiva.

En cuanto a la legitimidad de los secretos oficiales, el Tribunal Supremo no tiene dudas de la conformidad con la Constitución y de que su clasificación puede ser enjuiciada. En extenso estos son los argumentos que utiliza el propio Tribunal Supremo:

las propias exigencias de eficacia de la acción administrativa, aludidas en el artículo 103.1 de la Constitución o la necesidad de preservar la existencia misma del Estado, en cuanto presupuesto lógico de su configuración como Estado de Derecho, pueden justificar que se impongan límites a la publicidad de la acción estatal y más concretamente, y por lo que hace al caso a resolver, que se encomiende al Gobierno, a quien compete la dirección de la defensa del Estado -artículo 97 de la Constitución-, una competencia primaria, en los términos que fije el legislador -artículo 105.b) de la Constitución-, para decidir sobre la imposición de restricción a la publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, con mayor razón cuando en el Convenio

⁸² Tribunal Supremo (Sala C-A, Pleno), sentencia de 4 de abril de 1997, recurso nº 634/1996, ES:TS:1997:2359, ponente: Canciller Llanusa (documentación sobre intervención de la Guardia Civil, para la detención de varios miembros de un comando de la organización terrorista ETA en un sumario del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián). Se trata del *caso Origoitia* y del juez instructor Justo Rodríguez Castro.

⁸³ Así se había acordado por el auto del Pleno de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, de 3 de febrero de 1997, recurso nº 726/1996, ES:TS:1997:6909A, ponente: Trillo Torres, donde se razona: «la Sala hará el examen [*in camera*] de los documentos reservadamente, sin intervención de las partes, si bien para preservar al máximo la inmediación en el conocimiento de las mismas, lo hará con la participación de todos los Magistrados». Esta decisión fue confirmada en súplica presentada por no permitir la intervención de los recurrentes, por el auto, de 3 de marzo de 1997, ES:TS:1997:1609A) conforme al cual: «las restricciones que se cuestionan se hicieron derivar de las particularidades del objeto de este proceso, en que se aplica la Ley de Secretos Oficiales, lo que produce el efecto de que en tanto la sentencia no se dicte, permanezcan clasificados y, por tanto, secretos los documentos originales que debían ser contrastados al llevarse a efecto la prueba de examen y cotejo documental. Por otro lado, la práctica de la prueba, en el modo en que se decretó -a puerta cerrada, en presencia de todos los Magistrados y sin la presencia de las partes-, es la que mejor se ajusta al contenido del art. 27 del Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales, que admite el conocimiento de los documentos declarados secretos, antes de perder esa condición, "a las personas cuyos deberes oficiales requieran el acceso", siendo así que, como resaltó el Ministerio Fiscal, al evacuar su informe en esta incidencia, este deber oficial concierne en exclusiva a los Magistrados que han de resolver sobre la pretendida desclasificación». Prácticamente en los mismos términos se hace en los otros dos recursos contencioso-administrativos.

Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 1950, se prevé la posibilidad de que el ejercicio de ciertos derechos pueda ser sometido a restricciones que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional -artículos 10.2 y 11.2-, por lo que debe reconocerse validez, desde la perspectiva constitucional a la Ley de Secretos Oficiales de 1968, al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros, para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que en esa Ley se establece, pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros sobre clasificación o desclasificación no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal -Sala de lo Contencioso-Administrativo- a la que conforme al artículo 58.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial compete la fiscalización jurisdiccional de los actos de esa Autoridad, con el fin de controlar su conformidad a Derecho».

En cuanto a los derechos en juego, el Tribunal Supremo reconoce que tiene el deber de alcanzar «el equilibrio constitucional entre la obligación de garantizar la seguridad del Estado y el derecho a la tutela judicial efectiva de los demandantes».

En la primera sentencia se analizan las razones para mantener la clasificación y la única que considera sólida y se acoge es la basada en que «la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física de quienes son, o fueron, agentes operativos del mismo, o de sus familiares y allegados». Esto determina que se rechace la desclasificación de tres documentos. Otros tres no consta que hayan estado en poder del CESID ni, por tanto, que han sido clasificados.

A continuación, el Tribunal Supremo lleva a cabo un examen individual, pero poco expresivo de los documentos restantes, para, finalmente, proceder a su desclasificación considerando, básicamente, que prevalece el derecho a la tutela judicial efectiva sobre la seguridad del Estado, o dicho por el Tribunal Supremo respecto de uno de esos documentos clasificados: «Su contenido, propio de un estudio o análisis, lo integra con naturalidad en el ámbito de lo más interno de la inteligencia, pero el tiempo transcurrido desde su confección y el carácter básico que le atribuye el Juez de Instrucción aconsejan que también respecto a él demos prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva».

La segunda sentencia se refería a la desclasificación de una Nota de despacho de 1983, documento relevante en el sumario seguido por el Juzgado Central de Instrucción nº 1, que ya había sido desclasificada por la primera sentencia. La sentencia acuerda la desclasificación solicitada.

En fin, en la tercera sentencia el Tribunal Supremo considera que procede desclasificar el documento controvertido porque en el sumario judicial instruido por el Juzgado de San Sebastián se investigaban delitos de gran relevancia para el derecho a la vida de las personas, la inviolabilidad del domicilio y la libre actuación de la Justicia y en la denegación de la desclasificación «no realizó adecuadamente el juicio de ponderación,

pues debió dar prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, que también aparece concernido, con mayor razón cuando la causa penal de la que deriva el acuerdo, trata de proteger bienes jurídicos tan relevantes en un Estado de Derecho como el derecho a la vida, la libre actuación de la Justicia y la inviolabilidad del domicilio, y dado que la Seguridad del Estado, en este caso, quedaba mínimamente afectada».

Pues bien, dejando al Juez Instructor de San Sebastián la competencia para determinar la trascendencia del documento en cuestión, respecto a la causa criminal, la Sala Tercera considera que «es patente la trascendencia que la no desclasificación de la nota interior que nos ocupa, tenía para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la Constitución».

Seis magistrados formularon a las tres sentencias sus votos particulares que resultan muy significativos.

En primer lugar, el magistrado Peces Morate pone de manifiesto que la solución elegida, en realidad por el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, de que habiendo sido solicitada la desclasificación por los tribunales de lo penal sea un tribunal de lo contencioso-administrativo quien deba determinar la procedencia de tal clasificación, no deja de ser 'una digresión o divagación procesal' «contraria a los derechos al juez natural y a la tutela judicial efectiva y muy poco respetuosa con el interés de la seguridad del Estado, que se trata de proteger».

En el decir de Peces Morate: «por un Tribunal de este orden jurisdiccional contencioso-administrativo, que no está legalmente llamado a conocer del proceso para el que se requiere, como medio de prueba, dicha documentación y, en cualquier caso, las consecuencias de la decisión desclasificatoria son menos respetuosas con la reserva a que tales documentos deben estar sujetos que las que supondría su conocimiento por los jueces y tribunales del orden jurisdiccional penal a efectos de incorporar a la causa exclusivamente aquel material que realmente resulte imprescindible como medio de prueba con las consiguientes cautelas para evitar su difusión o divulgación».

Por eso, a juicio de este magistrado, «la negativa de la Administración a entregar documentos clasificados al juez que los requiere como imprescindible medio de prueba sólo cabe sostenerla por la vía de los recursos ordinarios o extraordinarios posibles para excusarse de la obligación impuesta por los artículos 118 de la Constitución y 17.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial».

En segundo lugar, en el voto discrepante del magistrado Sieira Míguez se llega a la conclusión de que no procede la desclasificación. Antes de llevar a cabo un análisis detallado de cada uno de los documentos controvertidos, el magistrado discrepante expone una concepción estrictamente contencioso-administrativa del enjuiciamiento que, en realidad y a su juicio, revela la inconsistencia de que un tribunal contencioso-

administrativo esté valorando la trascendencia probatoria de 19 documentos secretos para resolver muy serias cuestiones que se están ventilando en la jurisdicción penal.

En tercer lugar, el voto discrepante del magistrado Ledesma Bartret también propugna la no desclasificación de los documentos en la medida en que «la función jurisdiccional atribuida por la C.E., la L.J. y la Ley 62/78 al juez contencioso-administrativo se traduce en un juicio de legalidad de la actuación objeto del proceso, para comprobar, además, en caso de que la legalidad haya sido violada, si se ha producido lesión de un derecho fundamental, sin que tal juicio de legalidad pueda ser sustituido por un juicio de ponderación de los intereses en conflicto».

A juicio de este magistrado y anterior ministro del Gobierno cuestionado en vía penal, «el Consejo de Ministros ha justificado motivadamente la procedencia de la no desclasificación invocando para ello una razón, la seguridad y defensa del Estado, que es lícita con arreglo a la Constitución y la Ley de Secretos Oficiales, así como jurídicamente relevante en el ámbito de una sociedad democrática, como es la española».

En cuarto lugar, el magistrado Sala Sánchez refuerza la argumentación en su voto particular de que la Ley de secretos oficiales es plenamente conforme con la Constitución. Ahora bien, el magistrado discrepante propone desestimar la desclasificación pretendida, debiendo separarse el enjuiciamiento del tribunal contencioso-administrativo del que corresponda al juez penal y señalando: «La desclasificación no ha podido ayudar, pues, en el caso aquí examinado, al derecho de defensa. Lógicamente, su no desclasificación tampoco lo hubiera coartado o disminuido ni, mucho menos, hubiera supuesto el cierre del proceso».

En quinto lugar, en su voto particular el magistrado Xiol Ríos, que solo lo formula en cuanto a la sentencia que resuelve la documentación relevante para el sumario del Juzgado Central de Instrucción nº 5, exhibe una argumentación erudita y ponderada que tiene este punto de partida:

No existe, pues, una inmunidad *a priori* de ciertos actos ante las potestades de fiscalización de los tribunales, sino más bien una gradación en el alcance del control judicial en función de un examen contextual de cada decisión, cuya intensidad viene determinada por la natural aplicación de diversas técnicas, siempre perfeccionables, que el Estado de derecho ha ido convirtiendo en propias y características del ejercicio de la función jurisdiccional.

Y a partir de aquí presenta las técnicas judiciales de control empleadas: los conceptos jurídicos indeterminados, la discrecionalidad de los actos administrativos o los principios y valores constitucionales (interpretación principal)⁸⁴.

⁸⁴ Para conocer las acerbadas discusiones entre administrativistas defendiendo las distintas posturas, a veces abstrusas e incomprensibles para los más sensatos jueces, remito al documentado estudio de Susana Sánchez Ferro, *El secreto de Estado, ob. cit.*, pp. 305-405.

Es importante destacar que el magistrado Xiol Ríos explica, en relación con esta última técnica de control aplicada a los secretos, que hay dos polos que resultan sumamente útiles: «el reconocimiento del carácter capital de los derechos fundamentales, a los que deben sacrificarse, siempre que se den las condiciones de proporcionalidad exigibles, otros derechos y valores constitucionales, dado el valor informante que aquellos tienen sobre todo el sistema, y la incorporación para ponderar la justificación de las limitaciones impuestas a los derechos fundamentales (y el secreto es básicamente una técnica de limitación de otros derechos) de los criterios operantes en el derecho comparado, especialmente en el marco de los tratados suscritos por España, y muy especialmente el Convenio Europeo de Derecho Humanos (al que la sentencia alude, aun cuando luego no obtiene consecuencias en el examen concreto de los documentos). Además del valor que como tratado internacional ratificado por España tiene este convenio, debe notarse su especial incidencia en materia de interpretación de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución, en virtud de lo expresamente previsto en su artículo 10».

En realidad, el magistrado Xiol Ríos se alinea con la mayoría en el sentido de que «la plenitud de jurisdicción no sólo autoriza, sino exige, que en el juicio de ponderación, partiendo de la motivación invocada en cada caso por el Juez, revisemos la corrección del juicio de relevancia, que ponderemos su peso, que contrastemos los elementos tenidos en cuenta por el juez con los que nos ha sido dado conocer mediante la prueba practicada en sesión secreta, y finalmente que realicemos el juicio de contraste con el riesgo para la seguridad del Estado, cuyo sacrificio puede ser exigible en casos en los que no se nos ofrezca una situación de certeza de afectación negativa que lo convierta en inexistente».

Y a partir de los criterios y de los estándares desarrollados previamente, Xiol Ríos examina, uno por uno, los distintos documentos controvertidos determinando en qué casos procede su desclasificación.

En sexto lugar, el presidente de la Sala, el magistrado Rodríguez García, insiste en que procede hacer un control jurídico y no de oportunidad del acuerdo del Consejo de Ministros de clasificación de los documentos. Al mismo tiempo puntualiza que «la calificación como secreto de una materia clasificada no puede servir de coartada delictiva», es decir, que se trata de documentación que, en sí misma, sea prueba directa o material de la posible comisión de un delito, pues entonces difícilmente puede encontrarse concernida la seguridad del Estado; pero esto no incluye la documentación relacionada con las misiones informativas de los servicios de inteligencia que contuviera noticias sobre posibles actos ilegales o delictivos con el fin de cubrir los procedimientos operativos específicos de los servicios de información.

En este mismo contexto de la lucha contra el terrorismo mediante acciones de miembros del Gobierno de la Nación, *caso Vera*, que fueron castigadas penalmente, el Tribunal Constitucional desestimó en vía de amparo la impugnación de los condenados por haberse utilizado documentos secretos que no habían sido previamente desclasificados.

A juicio del Tribunal Constitucional, no se infringieron los derechos fundamentales o, en particular, el artículo 24.2 de la Constitución de los condenados y, en caso de haber vulneración, se trataría de «una hipotética infracción de ciertos artículos de la Ley de secretos oficiales», sin relevancia constitucional⁸⁵.

4.3 La jurisprudencia actual sobre el control de los secretos de Estado en España

Existen otros ámbitos, más cotidianos y menos trágicos, en los que los tribunales se plantean con cierta asiduidad la cuestión de los secretos oficiales, consistiendo, por lo general, en invocaciones por las Administraciones del interés público o la seguridad pública o los propios secretos oficiales para adoptar determinadas decisiones administrativas.

Así ocurre, por ejemplo y con gran frecuencia, en los expedientes de concesión de nacionalidad, en materia de empleo en el servicio de inteligencia, y, en fin, cuando se deniega, de acuerdo con la legislación de transparencia, el acceso a la información de la Administración.

4.3.1 Los expedientes de nacionalización y expulsión de extranjeros

El Tribunal Supremo ha desarrollado una jurisprudencia en materia de adquisición de la nacionalidad española conforme a la cual la Administración no puede escudarse en la legislación de los secretos oficiales para no ofrecer razones ni pruebas que la hayan conducido a denegar la solicitud de nacionalidad española.

En 2004 el Tribunal Supremo confirmó en casación varias sentencias de la Audiencia Nacional que, en contra del criterio de la Administración, que se apoyaba en un informe del Centro Superior de Investigación y Defensa declarado secreto, otorgaban la nacionalidad al solicitante por la falta de transparencia y de pruebas en el expediente o en vía judicial⁸⁶.

En primer lugar, el Tribunal Supremo señala la trascendencia del principio de transparencia: «el llamado principio -que hoy es más bien regla- de la transparencia implica, cuando se le examina por su haz, el deber de informar, y visto por su envés, implica un doble deber: un deber genérico de callar, que es lo que se llama sigilo (o discreción), y un deber específico de secreto».

⁸⁵ TC (Sección 2ª), sentencia 111/2011, de 4 de julio, ES:TC:2011:111, ponente: Rodríguez Arribas (uso de fondos reservados por José María Rodríguez Colorado); y en el mismo sentido TC (Sección 2ª), sentencia 126/2011, de 18 de julio, ES:TC:2011:126, ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (uso de fondos reservados por Rafael Vera).

⁸⁶ TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 29 de noviembre de 2004, recurso nº 893/2001, ES:TS:2004:7746, ponente: González Navarro (concesión de nacionalidad a un iraquí). En el mismo sentido, véase la sentencia de 16 de febrero de 2004, recurso nº 341/2000, ES:TS:2004:966, ponente: González Navarro (concesión de nacionalidad).

Asimismo, la Sala Tercera se refiere expresamente al Tratado de Maastricht (sic) conforme al cual «la transparencia del proceso de decisión refuerza el carácter democrático de las decisiones, así como la confianza del pueblo en la Administración».

En segundo lugar, el Tribunal Supremo argumenta que el secreto tiene límites dado que el deber de callar, que es también potestad, no es absoluto:

Porque la Administración se encuentra constitucionalmente sujeta (art. 106) al control por el Poder judicial de todas las manifestaciones de su actuación, y mal podría ejercerse ese control judicial si la mera negativa o la simple conducta omisiva de la Administración pudiera impedir a un Tribunal de Justicia conocer de las razones que han determinado la desestimación en vía administrativa de la solicitud de otorgamiento de la nacionalidad.

Hay medios para que, sin menoscabo del deber genérico de sigilo y del específico del secreto, que obligarían en este caso no sólo a la Administración sino también a los magistrados actuantes, se hubiera cumplido por parte de aquélla con el deber, que también tiene, de explicar, razonada y razonablemente, las razones de su decisión desestimatoria.

En 2011 el Tribunal Supremo sigue la anterior jurisprudencia y explica los pasos que tiene la Administración para garantizar la legalidad de sus decisiones en las que sea relevante un documento clasificado⁸⁷.

En primer lugar, la Administración debe suministrar «un mínimo de datos sobre las razones de su decisión» basada en informes clasificados con arreglo a la normativa de secretos oficiales de modo «que permitan al recurrente articular su defensa frente a las mismas, y a los Tribunales de Justicia conocer dichas razones y verificar que se ajustan a la legalidad y a la racionalidad que ha de guiar el ejercicio de las potestades administrativas».

En segundo lugar, cabría recurrir a la prueba limitada al tribunal para conocer las razones de la decisión administrativa, o dicho por el Tribunal Supremo: «si la información dada inicialmente por la Administración sobre la causa de la denegación de la nacionalidad es tan parca que prácticamente no suministra datos concretos sobre la conducta desfavorable que se imputa al solicitante, puede ser plenamente legítimo e incluso obligado desarrollar una actividad probatoria en el proceso que permita aprehender esas razones, siquiera sea con las salvaguardias adecuadas para no comprometer la operatividad de los Servicios de Inteligencia de la nación española».

⁸⁷ TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 22 de diciembre de 2011, recurso nº 775/2010, ES:TS:2011:8736, ponente: Herrero Pina. En este caso, sin embargo, «la información resultante del expediente, y la que dimana de la prueba practicada en el proceso, suministra datos más que suficientes para comprender cuáles han sido las razones concretas que han dado lugar a la denegación de la nacionalidad española al aquí recurrente». Véase, también, TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 8 de junio de 2011, recurso nº 2385/2007, ES:TS:2011:3857, ponente: Martínez-Vares García.

En 2012 el Tribunal Supremo confirma también la sentencia de instancia que reconocía el derecho a la nacionalización porque la cuestión no radica en que «la Administración revele información cubierta por la legislación de secretos oficiales» sino que «la Administración debió haber concretado mínimamente (aunque fuera con las oportunas reservas para no perjudicar otros intereses) en qué consistían esas actividades del solicitante que se revelaban incompatibles con el requisito de la integración en la sociedad española, y eso podía hacerse razonablemente dando datos suficientes para sostener esa afirmación, sin necesidad de mostrar documentos protegidos por la legislación de secretos oficiales, y sin que por ello se pusieran en riesgo los operativos de los Servicios secretos o la seguridad de la Nación»⁸⁸.

En 2014 se observa que la Administración ha aprendido y en un litigio aporta un informe de CNI al expediente administrativo que permite que el Tribunal Supremo rechace el recurso contra la denegación de la nacionalización en vía administrativa y en la primera instancia judicial por «la suficiencia de detalle de los datos obrantes en un informe del CNI como el que consta en las actuaciones»⁸⁹.

En 2015 el Tribunal Supremo sigue manteniendo el mismo criterio en relación con el expediente sancionador de expulsión de extranjeros y confirma la sentencia de la Audiencia Nacional que pertinentemente había fundado la legalidad de la expulsión del extranjero en los informes del Director del CNI y de la Policía Nacional en Barcelona⁹⁰. Tal como la reproduce el Tribunal Supremo, la Audiencia Nacional había apelado a la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, a la *sentencia Chahal c. Reino Unido*⁹¹.

4.3.2 Los derechos de los empleados de los servicios de inteligencia

La política de personal de determinados organismos públicos no puede escapar al control jurisdiccional pero se plantea la relevancia y los efectos que puedan tener los documentos clasificados.

En un recurso de amparo de una trabajadora del CNI por discriminación basada en el sexo el Tribunal Constitucional señaló los límites a la invocación de la información confidencial por la Administración. Por lo que, invoca la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, nuevamente la *sentencia Chahal c. Reino Unido*, y explica: «Esta inactividad probatoria de la Administración no resulta justificada por la aducida clasificación como secretos de los informes de valoración del desempeño de la

⁸⁸ TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 31 de octubre de 2012, recurso nº 6297/2009, ES:TS:2012:7185, ponente Lesmes Serrano.

⁸⁹ TS (Sala 3ª, Sección 1ª), auto de 9 de enero de 2014, recurso nº 3402/2012, ES:TS:2014:468A, ponente: Herrero Pina.

⁹⁰ TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 26 de octubre de 2015, recurso nº 1631/2015, ES:TS:2015:4376, ponente: del Riego Valledor (expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España por periodo de 10 años).

⁹¹ Este razonamiento sigue repitiéndose en este tipo de asuntos, expulsión de extranjeros, en las más recientes sentencias de la Audiencia Nacional; véase, por ejemplo, AN (Sala C-A, Sección 5ª), sentencia de 19 de febrero de 2020, recurso nº 502/2019, ES:AN:2020:644, ponente: de la Cruz Mera.

recurrente, puesto que ello no puede suponer un espacio de inmunidad al control jurisdiccional»⁹².

Así pues y en este caso el Tribunal Constitucional, frente a la confirmación del despido de la empleada del servicio de inteligencia, por parte del Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo y en apelación por Sala de la Audiencia Nacional, amparó a la empleada del CNI en la medida en que «la demandante aportó indicios que razonablemente apuntan a la existencia de un móvil discriminatorio contrario al art. 14 CE en la decisión administrativa que ordenó su cese, dada la correlación temporal entre la manifestación de su embarazo y la resolución administrativa que acordó su cese, sin que se produjeran acontecimientos que permitieran presagiar ese desenlace, lo que genera una apariencia o sospecha que determina el desplazamiento de la carga de la prueba a la Administración».

En su descargo la Administración invocó dos informes que se declararon secretos y que no fueron aportados en instancia ni en apelación.

Por ello el Tribunal Constitucional otorga el amparo al considerar: «la Administración, preservando la información material cubierta por la legislación de secretos oficiales, podía haber concretado motivadamente una suficiente explicación que permitiera conocer aquellos hechos o aspectos negativos del desempeño de sus funciones que fueran relevantes para que no se integrara a la demandante como personal estatutario permanente y en todo caso, fueran susceptibles del necesario control judicial, todo ello con las debidas cautelas para no infringir el carácter secreto de los documentos y la necesaria preservación de la seguridad nacional».

En suma, el Tribunal Constitucional exige, como lo hacía el Tribunal Supremo, un esfuerzo de transparencia y salir del parapeto que supone la invocación pura y simple del privilegio de las materias clasificadas como secreto.

4.3.3 La transparencia y los secretos de Estado

A la vista de los amplios límites que establece el artículo 14 de la Ley de transparencia y buen gobierno al derecho de acceso, cuando suponga un perjuicio a la seguridad nacional, la defensa, etc., poco se puede hacer invocando esta Ley para acceder a documentos clasificados.

Sin embargo, la cultura de la transparencia se basa en la impugnabilidad de las resoluciones administrativas del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno que son objeto de revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa: primero, por los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo; en apelación, por la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional y, en casación, ante la Sala

⁹² TC (Sala 2ª), sentencia 31/2014, de 24 de febrero, ES:TC:2014:31, ponente: González Rivas (discriminación por razón de sexo de una trabajadora del Centro Nacional de Inteligencia), FJ 6.

Tercera del Tribunal Supremo, lo que permitirá abrir brechas en el blindaje del poder respecto cualquier tipo de información por trivial que sea, o precisamente por eso.

El Tribunal Supremo ha tenido que insistir en que, por ejemplo, los gastos de Televisión Española en el concurso de Eurovisión de 2015 puede ser objeto del derecho de acceso a la información sin que tal acceso pueda suponer un perjuicio para los intereses económicos y comerciales⁹³. En estos momentos el Tribunal Supremo examina si se aplica el régimen de transparencia a la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁹⁴.

En cambio, el Tribunal Supremo considera que el principio de transparencia no permite obtener datos que forman parte de las deliberaciones de la Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia⁹⁵.

Asimismo, la práctica judicial permite ensayar fórmulas con el fin de garantizar la tutela judicial efectiva sin perjudicar la confidencialidad de determinados documentos.

En 2006 fue muy reveladora una sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco referida al acceso a un fichero de la policía autonómica⁹⁶. Se planteaba un importante problema de prueba en la medida en que el tribunal, para saber si era procedente o no la denegación de acceso, debía conocer los datos; pero, como resulta obvio, para el caso de desvelar tales ficheros al recurrente el procedimiento judicial dejaría de tener sentido.

En este caso determinados órganos autonómicos de protección de datos personales tenían acceso a los datos controvertidos por lo que la Sala Contencioso-administrativa de Bilbao, argumentó: «forzosamente se habrá de concluir que los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa encargados de controlar la conformidad a derecho de las decisiones de los encargados del registro, e incluso de la Autoridad de control, habrán de tener conocimiento de los datos pues ello constituye un presupuesto necesario del cumplimiento de su función jurisdiccional respecto de la actividad administrativa».

No obstante y en segundo lugar, el Tribunal vasco impone un conocimiento reservado de la prueba a los miembros del tribunal. Como la conclusión a la que llega es estimatoria y revoca la denegación del acceso, antes de que sea firme y pueda ser recurrida en casación la sentencia, el Tribunal vasco justifica que en la sentencia no se recojan «referencias a los concretos datos, dado que contra la misma puede interponerse

⁹³ TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 16 de octubre de 2017, recurso nº 75/2017, ES:TS:2017:3530, ponente: Calvo Rojas (gastos de TVE en el Concurso de Eurovisión 2015).

⁹⁴ TS (Sala 3ª, Sección 1ª), auto de 5 de diciembre de 2019, recurso nº 4614/2019, ES:TS:2019:12854A, ponente: Román García (excepción de la normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la legislación sobre transparencia).

⁹⁵ TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 17 de enero de 2020, recurso nº 7487/2018, ES:TS:2020:140, ponente: Perelló Doménech (acceso a la información de la deliberación de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia).

⁹⁶ Tribunal Superior de Justicia del País Vasco (Sala C-A), sentencia nº 737/2006, de 9 de octubre de 2006, recurso nº 1241/2004, ES:TSJPV:2006:3047, ponente: Ruiz Ruiz (denegación de acceso a datos policiales).

recurso de casación, por lo que de trasladarlos se alcanzaría la finalidad material pretendida en la demanda con carácter previo a la firmeza de la sentencia, debiéndose tener en cuenta la singularidad de la motivación en supuestos como el presente».

Por último, la doctrina no ha dejado de plantear hipotéticos casos sobre la operatividad de la confidencialidad o el secreto de Estado. Así, por ejemplo, se ha cuestionado la facultad del Gobierno de la Nación de clasificar determinadas informaciones sobre las exportaciones de armamento como secretas. Y el autor llega a una conclusión muy habitual en esta materia: «el secreto de Estado en materia de comercio de armamento no se utiliza para proteger la seguridad y defensa del Estado, sino para impedir que los ciudadanos conozcan cómo está actuando la Administración en un ámbito que se considera de importancia para la defensa nacional»⁹⁷.

⁹⁷ Eduardo Melero Alonso, "El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento", *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 7, nº. 14, 2008, p. 30.

5. CONCLUSIÓN

En una sociedad como la actual, en la que tanta importancia se ha dado a la protección de la privacidad de los ciudadanos y a la transparencia de los poderes públicos, el ejercicio del poder también requiere, en determinados supuestos, quedar a resguardo.

Es preciso impedir la divulgación de los secretos oficiales pero este régimen excepcional ha de someterse a mecanismos de control político y judicial. El control parlamentario y el control judicial de los secretos terminan fortaleciendo el sistema democrático⁹⁸.

Por razones operativas, cabe aplicar en ambos casos un control elitista del poder, reducido por razones prácticas a pocos, tanto desde el punto de vista político (solo algunos parlamentarios) como desde el punto de vista judicial (solo algunos jueces), pero en modo alguno puede haber ámbitos de inmunidad.

Hace más de 25 años que se viene abogando en España por el cambio de la legislación en materia de secretos oficiales. Prácticamente todos los autores que se han ocupado de esta cuestión han hecho sus propias propuestas. Con la ventaja que da el tiempo transcurrido se pueden constatar varios consensos y se pueden apuntar algunas soluciones.

En primer lugar, la ley debe restringir el régimen de los secretos de Estado a aquellos casos en que la información confidencial sea necesaria por razones de seguridad nacional. Parece obvio que en un sistema parlamentario como el español la clasificación de los secretos corresponda únicamente al Consejo de Ministros. Los demás casos de información confidencial seguirán el régimen general aplicable al régimen de transparencia de los poderes públicos.

En segundo lugar, la evolución histórica del Estado impone la implicación de todos los poderes del Estado en el control de los secretos de Estado. Corresponde al Ejecutivo, en su más alta representación, la decisión sobre la clasificación, pero su conocimiento, que no su divulgación, debe ser compartido, cuando sea preciso, con los otros dos poderes del Estado, el Parlamento y los Jueces. El control podría reducirse a un número limitado de personas, porque cuantos más sean quienes conozcan el secreto, más debilitado quedará. Tal como Santaolaya Macchetti proponía: «Cualquier sistema que ideemos, por teóricamente perfecto que sea, sólo funcionará si está basado en el sentido común, en la autolimitación y en la mutua confianza en el ejercicio legítimo de los poderes

⁹⁸ Edward Snowden, *Vigilancia permanente*, *ob. cit.*, p. 322, constata: «la tecnología digital nos ha llevado a una era en la que, por primera vez en la historia desde que se tienen registros, los denunciantes más efectivos llegarán de abajo arriba, de las filas tradicionalmente menos incentivadas para mantener el *statu quo*». Y, recordando su posición en el Servicio de Inteligencia de los Estados Unidos, explica: «la mayoría de los tecnólogos que trabaja en sistemas tienen acceso a todo».

constitucionales del Poder Judicial, el Parlamento y el Ejecutivo en nuestro Estado democrático»⁹⁹.

En tercer lugar, el control parlamentario, que en estos momentos es pleno, puede restringirse en su conocimiento a determinados parlamentarios. La única cuestión que debería corregirse es la implicación en estas tareas de control de los secretos de Estado de la otra cámara de las Cortes Generales, del Senado, que ha sido preterido absolutamente en favor del Congreso de los Diputados¹⁰⁰.

En cuarto lugar, es necesario establecer un control judicial de los secretos de Estado pudiendo reconducir su enjuiciamiento a los más altos tribunales ordinarios, es decir, al Tribunal Supremo y, en todo caso, al Tribunal Constitucional. Las propuestas legislativas intentan codificar la práctica seguida hasta el momento pero podría mejorarse el esquema institucional y el procedimiento aplicable de modo que se respete, al menos, el ámbito jurisdiccional penal, sin perjuicio de que corresponda a las Salas ordinarias del Tribunal Supremo o, mejor, a una Sala especializada, reducida en su composición a tres o cinco miembros, la desclasificación de los documentos para no vulnerar los derechos fundamentales.

En quinto lugar, el control por los tribunales de los secretos oficiales debe aplicar técnicas procesales que impidan su divulgación de modo que puedan consultar los documentos clasificados únicamente los miembros del tribunal que deben decidir sobre la desclasificación o no del documento en cuestión y, con el fin de no vulnerar el derecho de defensa deberá facilitarse una información sumaria del contenido del documento o de las razones que determinan su confidencialidad. Aun cuando ha habido voces en contra de este modo de practicar la prueba, ha de considerarse que resulta, como han confirmado tanto el Tribunal de Justicia como el Tribunal Europeo, conforme con el derecho a la tutela judicial efectiva¹⁰¹.

En sexto lugar, la legislación de secretos de Estado no puede limitar injustificada ni desproporcionadamente el derecho a la tutela judicial efectiva. Del mismo modo, el delito de revelación de secretos tiene como límite la libertad de expresión, especialmente en el ejercicio de la profesión de periodista, y deben establecerse canales internos de denuncia de abusos en este ámbito.

Los *arcana imperii* a los que se refería Tácito ya no son conocimientos reservados a unos pocos privilegiados dado que no conviene que se compartan con el pueblo, con el vulgo, acabándose el ejercicio mágico del poder. La democracia ha superado esa concepción del poder y ha tenido un efecto desmitificador hasta el punto de sostener que

⁹⁹ Pablo Santolaya Machetti, "El control de los secretos de Estado: la experiencia en Derecho comparado", *Revista del Poder Judicial* nº 40, 1995, p. 83.

¹⁰⁰ Enrique Álvarez Conde, "El temor del príncipe o el temor al príncipe (secretos de Estado y Constitución)", *Revista del poder judicial* nº 45, 1997, pp. 11-30.

¹⁰¹ Enrique Álvarez Conde, "Secretos de Estado y Constitución", *Revista Galega de Administración Pública* nº 25, 2000, p. 50, señalaba: «hay que desechar el modelo de control *in camera* norteamericano por no resultar aplicable a nuestro ordenamiento jurídico, pues supondría una vulneración del principio de contradicción».

todo ciudadano puede, en principio, actuar en nombre del pueblo. Solo en interés de quien ostenta el poder soberano, del pueblo, y por razones operativas, de supervivencia del propio Estado, el Ejecutivo puede excepcionalmente reclamar el secreto en algunas de sus actuaciones. Sin embargo, esa actuación está bajo el pleno control del Parlamento y sometida a la estricta vigilancia de los Jueces.

Antes los predicadores¹⁰² y ahora los politólogos¹⁰³ lo proclaman sin reserva: ¡el precio de la libertad es la vigilancia eterna!

¹⁰² Richard Price, "A Fast Sermon, A Discourse addressed to a Congregation at Hackney, on February 21, 1781 being the day appointed for a Public Fast", en D. O. Thomas (ed.), *Political writings*, Cambridge University Press, 1991 [1781], p. 101: «The safety of a free people depends entirely on their maintaining a constant and suspicious vigilance».

¹⁰³ Philip Pettit, *Republicanism. Una teoría sobre la libertad y el gobierno*, trad. Toni Domènech, Barcelona, 1999, p. 324.

6. JURISPRUDENCIA

6.1 Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- TEDH, sentencia de 9 de febrero de 1995, *Verening Weekblad Bluf! c. Países Bajos*, recurso nº 16616/90 (secuestro y cierre de un semanario por la publicación de información confidencial).
- TEDH (Gran Sala), sentencia de 15 de noviembre de 1996, *Chahal c. Reino Unido*, recurso nº 22414/93 (expulsión de indios sijs por razones de seguridad).
- TEDH, sentencia de 17 de julio de 2007, *Bobek c. Polonia*, recurso nº 68761/01 (igualdad de armas en los procesos de depuración de colaboradores con el régimen comunista).
- TEDH (Gran Sala), sentencia de 10 de diciembre de 2007, *Stoll c. Suiza*, recurso nº 69698/01 (libertad de expresión de un periodista que divulga documentos clasificados).
- TEDH, sentencia de 20 de junio de 2002, *Al-Nashif c. Bulgaria*, recurso nº 50963/99 (expulsión de apátrida a Siria por razones de seguridad nacional).
- TEDH (Gran Sala), sentencia de 19 de febrero de 2009, *A. y otros c. Reino Unido*, recurso nº 3455/05 (encarcelamiento de once personas de países no comunitarios relacionadas con los atentados del 11 de septiembre).
- TEDH, sentencia de 29 de abril de 2014, *Ternovskis c. Letonia*, recurso nº 33637/02 (denegación de una autorización de seguridad y despido por sospecha de colaboración con el KGB).
- TEDH, sentencia de 21 de julio de 2016, *Miryana Petrova c. Bulgaria*, recurso nº 57148/08, § 31 (despido del Servicio de Seguridad Nacional al denegarle la autorización de seguridad).
- TEDH, sentencia de 6 de octubre de 2016, *K.S. y M.J. c. Alemania*, recurso nº 33696/11 (compra de información fiscal por los servicios secretos alemanes, registro de domicilio y licitud de la prueba).
- TEDH (Gran Sala), sentencia de 19 de septiembre de 2017, *Regner c. República Checa*, recurso nº 35289/11 (retirada de un certificado de seguridad para acceder a información confidencial y limitaciones al derecho a la prueba).

6.2 Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- TJCE (Gran Sala), sentencia de 3 de septiembre de 2008, *Kadi y Al Barakaat International Foundation / Consejo y Comisión*, C-402/05 P, EU:C:2008:461 (legalidad de las medidas restrictivas contra personas y entidades asociadas con Bin Laden, Al Qaeda y los talibanes).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, *Comisión / Finlandia*, C-284/05, EU:C:2009:778 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, *Comisión / Suecia*, C-294/05, EU:C:2009:779 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, *Comisión / Alemania*, C-372/05, EU:C:2009:780 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, *Comisión / Italia*, C-387/05, EU:C:2009:781 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).

- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, Comisión / Grecia, C-409/05, EU:C:2009:782 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, Comisión / Dinamarca C-461/05, EU:C:2009:783 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 15 de diciembre de 2009, Comisión / Italia, C-239/06, EU:C:2009:784 (importación con franquicia aduanera de equipos militares).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 4 de junio de 2013, ZZ / Secretary of State for the Home Department, C-300/11, EU:C:2013:363 (prohibición de entrar al Reino Unido de un franco-argelino por razones de seguridad pública).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 18 de julio de 2013, Comisión y otros / Kadi, C-584/10 P, EU:C:2013:518 (desestima casación contra sentencia de instancia que anula las medidas restrictivas contra personas y entidades asociadas con Bin Laden, Al Qaeda y los talibanes).
- TJUE, sentencia de 12 de noviembre de 2014, Altmann y otros, C-140/13, EU:C:2014:2362 (secreto profesional fue del ámbito penal e información sobre una empresa de inversión fraudulenta).
- TJUE, sentencia de 13 de septiembre de 2018, Enzo Buccioni / Banca d'Italia, C-594/16, EU:C:2018:717 (información confidencial sobre una entidad bancaria en liquidación).
- TJUE (Gran Sala), sentencia de 19 de junio de 2018, Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht / Baumeister, C-15/16, EU:C:2018:464 (información confidencial y supervisión financiera).

6.3 Tribunal Constitucional español

- TC (Sección 1ª), sentencia 118/1988, de 20 de junio, ES:TC:1988:118, ponente: Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (no cabe el recurso de amparo contra la Resolución del Congreso sobre acceso a materias clasificadas).
- TC (Sección 2ª), sentencia 111/2011, de 4 de julio, ES:TC:2011:111, ponente: Rodríguez Arribas (uso de fondos reservados por José María Rodríguez Colorado).
- TC (Sección 2ª), sentencia 126/2011, de 18 de julio, ES:TC:2011:126, ponente: Pérez de los Cobos Orihuel (uso de fondos reservados por Rafael Vera).
- TC (Sala 2ª), sentencia 31/2014, de 24 de febrero, ES:TC:2014:31, ponente: González Rivas (discriminación por razón de sexo de una trabajadora del Centro Nacional de Inteligencia).
- TC (Pleno), sentencia 97/2019, de 17 de julio de 2019, ES:TC:2019:97, ponente: Montoya Melgar (uso de datos de la *lista Falciani* para la persecución de delitos de defraudación tributaria).

6.4 Tribunal Supremo español

- Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sentencia de 14 de diciembre de 1995, conflicto de jurisdicción nº 10/1995-T, ponente: Esteban Álamo (*BOE* nº 306, de 23 de diciembre de 1995).
- TS (Sala C-A, Pleno), sentencia de 4 de abril de 1997, recurso nº 634/1996, ES:TS:1997:2359, ponente: Cancor Lalanne (documentación sobre intervención de la Guardia Civil, para la detención de varios miembros de un comando de la organización terrorista ETA en un sumario del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián).
- TS (Sala C-A, Pleno), sentencia de 4 de abril de 1997, recurso nº 602/1996, ES:TS:1997:2389, ponente: Lescure Martín (acciones violentas en el Sur de Francia contra

ETA relevantes en un sumario del Juzgado Central de instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional).

- TS (Sala C-A, Pleno), sentencia de 4 de abril de 1997, recurso nº 726/1996, ES:TS:1997:2391, ponente: Trillo Torres (investigaciones por asesinato en la lucha contra el terrorismo y 18 documentos clasificados relevantes en un sumario del Juzgado Central de instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional).
- TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 16 de febrero de 2004, recurso nº 341/2000, ES:TS:2004:966, ponente: González Navarro (concesión de nacionalidad).
- TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 29 de noviembre de 2004, recurso nº 893/2001, ES:TS:2004:7746, ponente: González Navarro (concesión de nacionalidad a un iraquí).
- TS (Sala 3ª, Sección 4ª), sentencia de 8 de junio de 2011, recurso nº 2385/2007, ES:TS:2011:3857, ponente: Martínez-Vares García (concesión de nacionalidad).
- Tribunal de Conflictos de Jurisdicción, sentencia de 20 de septiembre de 2011, conflicto de jurisdicción nº 3/2011, ponente: Herrero Pina (ERE de Andalucía) (*BOE* núm. 244, de 10 de octubre de 2011).
- TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 22 de diciembre de 2011, recurso nº 775/2010, ES:TS:2011:8736, ponente: Herrero Pina (concesión de nacionalidad).
- TS (Sala 3ª, Sección 6ª), sentencia de 31 de octubre de 2012, recurso nº 6297/2009, ES:TS:2012:7185, ponente Lesmes Serrano (concesión de nacionalidad).
- TS (Sala 3ª, Sección 1ª), auto de 9 de enero de 2014, recurso nº 3402/2012, ES:TS:2014:468A, ponente: Herrero Pina (concesión de nacionalidad).
- TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 26 de octubre de 2015, recurso nº 1631/2015, ES:TS:2015:4376, ponente: del Riego Valledor (expulsión del territorio nacional y prohibición de entrada en España por periodo de 10 años).
- TS (Sala Penal), sentencia de 23 de febrero de 2017, recurso nº 1281/2016, ES:TS:2017:471, ponente: Marchena Gómez (delito fiscal y *lista Falciani*).
- TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 16 de octubre de 2017, recurso nº 75/2017, ES:TS:2017:3530, ponente: Calvo Rojas (gastos de TVE en el Concurso de Eurovisión 2015).
- TS (Sala 3ª, Sección 1ª), auto de 5 de diciembre de 2019, recurso nº 4614/2019, ES:TS:2019:12854A, ponente: Román García (excepción de la normativa de la Comisión Nacional del Mercado de Valores de la legislación sobre transparencia).
- TS (Sala 3ª, Sección 3ª), sentencia de 17 de enero de 2020, recurso nº 7487/2018, ES:TS:2020:140, ponente: Perelló Doménech (acceso a la información de la deliberación de la Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia).

7. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, "El temor del príncipe o el temor al príncipe (secretos de Estado y Constitución)", *Revista del poder judicial* nº 45, 1997, pp. 11-30.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, "La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997", en Consejo General del Poder Judicial, *Acceso judicial a la obtención de datos*, Cuadernos de Derecho Judicial N° volumen: 25, 1997, pp. 139-166.
- ÁLVAREZ CONDE, Enrique, "Secretos de Estado y Constitución", *Revista Galega de Administración Pública* nº 25, 2000, pp. 27-52.
- ALONSO DE ANTONIO, Ángel Luis, "La ley de secretos oficiales", *Foro, Nueva época*, vol. 18, núm. 1, 2015, pp. 219-243.
- ARENDT, Hannah, *Los orígenes del totalitarismo*, Taurus, Madrid, [1951] 1998.
- BACIGALUPO SAGGESE, Mariano, "El control judicial de los actos del gobierno por los que se acuerda clasificar o no descalificar secretos oficiales: a propósito de las Sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997", *BFD: Boletín de la Facultad de Derecho de la UNED* N° 13, 1998, pp. 203-247.
- BEINLICH, Leander, "Drones, Discretion, and the Duty to Protect the Right to Life: Germany and its Role in the US Drone Programme before the Higher Administrative Court of Münster", Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2019-22, 19 de diciembre de 2019), disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3506602> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3506602> (última consulta: 05/07/2020).
- CALVO-SOTELO BUSTELO, Leopoldo, *Memoria viva de la transición*, Plaza & Janés, Barcelona, 1990.
- CROSS, Mai'a K. Davis, *Europe's Foreign Policy and the Nature of Secrecy*, ARENA Working Paper 11/2017, University of Oslo, 2017.
- CURTIN, Deirdre, "Overseeing Secrets in the EU: A Democratic Perspective", *Journal of Common Market Studies*, 2014, pp. 1-17.
- DEL ÁGUILA TEJERINA, Rafael, *La senda del mal. Política y razón de Estado*, Taurus, Madrid, 2000.
- DE LUCAS MARTÍN, Javier, "Secretos de Estado", *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas* IV (7), 1999, pp. 35-62.
- DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María, *Sobre secretos oficiales*. Civitas, Madrid, 1998.
- DíEZ SÁNCHEZ, Juan José, *Razones de estado y derecho: (Del control judicial de los secretos oficiales)*, Universitat de València, 1999.
- DíEZ SÁNCHEZ, Juan José, "El control judicial de los secretos oficiales", en *El derecho administrativo en el umbral del siglo XXI: homenaje al profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Vol. 2, 2000, pp. 2313-2338.
- DONOHUE, Laura K., *(Dys)Functional Secrecy*, Georgetown University Law Center, disponible en <https://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/2195> y <https://ssrn.com/abstract=3450806> (última consulta 05/07/2020).
- FERNÁNDEZ-LOMANA GARCÍA, Manuel, "El principio de confidencialidad en la contratación del sector público y su proyección en el proceso contencioso-administrativo", *Actualidad Administrativa* nº 11, noviembre 2016.

- FROST, Amanda, "The State Secrets Privilege and Separation of Powers", *Fordham Law Review* Volume 75 Issue 4, 2007, pp. 1931-1964.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Democracia, jueces y control de la administración*, 5ª ed. ampliada, Civitas, Madrid, 2000.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, "Materias clasificadas y control parlamentario", *Revista española de derecho constitucional* nº 48, 1996, pp. 145-178.
- GARRIDO CUENCA, Nuria, "El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID. Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogramas de un conflicto entre la función de gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva", *Revista de Administración Pública* nº 143, mayo-agosto, 1997, pp. 229-263.
- GÓMEZ ORFANEL, Germán, "El secreto de Estado en Saavedra Fajardo", *Res publica*, 19, 2008, pp. 177-188.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, "El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación", en *Libro homenaje al prof. Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo blanch, Valencia, 2013, pp. 603-620.
- GUEVARA BERMÚDEZ, José Antonio, Los secretos de Estado (Un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho), Tesis doctoral dirigida por Eusebio Fernández García, Universidad Carlos III, Madrid, 2003.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, "En los confines del Estado de derecho: el control judicial de los secretos de Estado", *Jueces para la democracia* nº 29, 1997, pp. 20-28.
- LUCAS MURILLO DE LA CUEVA, Pablo María, "Secreto y transparencia en la actividad de los servicios de inteligencia a la luz de la experiencia española", en *El Centro Nacional de Inteligencia: actividad y control judicial*, Cuadernos Digitales de Formación volumen: 47, 2018, pp. 1-14.
- MARTY, Dick, *Abuse of state secrecy and national security: obstacles to parliamentary and judicial scrutiny of human rights violations Report (Draft)*, Rapporteur: Dick Marty, Switzerland, Alliance of Democrats and Liberals for Europe, Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, París, Septiembre, 2011.
- MELERO ALONSO, Eduardo, "El control judicial de los secretos de Estado en España. A propósito de las exportaciones de armamento", *Opinión Jurídica: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad de Medellín*, vol. 7, nº. 14, 2008, pp. 15-31.
- MESTRE DELGADO, Juan Francisco, *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos. Análisis del artículo 105.b) de la Constitución*, 2ª ed., Civitas, Madrid, 1998.
- MOVILLA ÁLVAREZ, Claudio, "El secreto de Estado entre el control y el privilegio", *Jueces para la democracia* Nº 25, 1996, págs. 11-19.
- MART, Susan Nevelow, y Tom GINSBURG, *[Dis-]Informing the People's Discretion: Judicial Deference Under The National Security Exemption of the Freedom of Information Act*, University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper No. 516, 2014.
- MARTÍN VALERO, Ana Isabel, "Documentos confidenciales y procedimiento contencioso-administrativo", *Actualidad Administrativa* nº 11, noviembre 2018.
- NIÑO RODRÍGUEZ, Antonio, y Carlos Sanz Simón, "Los archivos, la intimidad de las personas y los secretos de Estado", *Cuadernos de historia contemporánea* Nº 34, 2012, pp. 309-342.
- POZEN, David E., "Deep Secrecy", *Stanford Law Review*, vol. 62, 2010, pp. 257-339.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, *El imperio de la política: seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995.

- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, "Razonamiento Judicial, Seguridad Nacional y Secreto de Estado", *Revista española de Derecho Constitucional*, año 18, nº 53, mayo-agosto, 1998, pp. 57-74.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel, "El control de los servicios de inteligencia: una perspectiva comparada", en Consejo General del Poder Judicial, *El Centro Nacional de Inteligencia: actividad y control judicial*, Cuadernos Digitales de Formación, volumen 47, 2018, pp. 1-25.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, "Derecho de acceso a la información y secretos oficiales en el Ordenamiento Español", *Cuadernos Manuel Giménez Abad* nº. 5, 2013, pp. 192-201.
- SAAVEDRA FAJARDO, Diego, *Idea de un príncipe político cristiano representada en cien empresas*, edición de Enrique Suárez Figaredo, *Revista de Literatura Española Medieval y del Renacimiento Lemir* 20, 2016, Textos, pp. 519-968.
- SÁNCHEZ FERRO, Susana, *El secreto de estado*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2006.
- SÁNCHEZ FERRO, Susana, "La última jurisprudencia de la *Corte Costituzionale* Italiana en materia de secretos de estado", *Teoría y realidad constitucional* nº 31, 2013, pp. 503-525.
- SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, "El control de los Secretos de Estado: La experiencia en Derecho comparado", *Revista del Poder Judicial* nº 40, 1995, pp. 57-84.
- SNOWDEN, Edward, *Vigilancia permanente*, trad. E. Cruz Santaella, Planeta, 2019.
- SOTO LOSTAL, Salvador, *Secretos de Estado, Nación y Poder Judicial. Un supuesto sobre el control de los actos del Gobierno*, Tesis doctoral, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, 2013.
- SOTO LOSTAL, Salvador A., "Comentarios a la legislación española sobre secretos oficiales a la vista de la sentencia de la Corte de Apelaciones del Distrito de Columbia (EE. UU.) de 21 de mayo de 2013". *Revista Española de Derecho Constitucional*, 111, 2017, pp. 379-412.
- THOMPSON, Denis F., "Democratic Secrecy", *Political Science Quarterly*, Vol. 114, No. 2, 1999, pp. 181-93.
- THURY CORNEJO, Valentín, "La legitimidad de los tribunales supremos y sus estrategias comunicativas. El caso de la Corte Suprema de EE.UU.", *Estudios Constitucionales*, Año 7, Nº 1, 2009, pp. 243-275; <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002009000100008>.
- TIerno GALVÁN, Enrique, "El tacitismo en las doctrinas políticas del siglo de oro español", en *Anales de la Universidad de Murcia*, Murcia, 1948, pp. 895-988.
- TRENGA, Anthony John, *What Judges Say and Do in Deciding National Security Cases: The Example of the State Secrets Privilege*, LL.M. thesis, Duke University School of Law, 2016, disponible en <https://scholarship.law.duke.edu/mjs/19> (último acceso: 30/06/2020).
- WILKINSON MORERA DE LA VALL, Helen, *Secretos de Estado y Estado de derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2007.