

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) ¹

MARIANO BACIGALUPO SAGGESE *

SUMARIO: A) *La problemática del control jurisdiccional de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales. Los límites intrínsecos del control del ejercicio de la potestad gubernamental y el control de su atribución.*—B) *Un primer intento fallido de respuesta legislativa: el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales de agosto de 1996.*—C) *La doctrina del Tribunal Supremo relativa al alcance y límites del control jurisdiccional de los acuerdos de clasificación y no desclasificación de secretos oficiales. En particular, las Sentencias del Pleno de su Sala Tercera de 4 de abril de 1997, recaídas en los recursos de amparo ordinario interpuestos, por presunta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por tres Jueces de Instrucción: a) Antecedentes.*—b) *Una cuestión previa: la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por la de 7 de octu-*

¹ El presente trabajo constituye una versión revisada y ampliada de un apartado de la tesis doctoral defendida por el autor en la Facultad de Derecho de la U.N.E.D. el día 9 de abril de 1997. El texto fue elaborado en los meses siguientes a dicha fecha.

* Profesor Titular de Derecho Administrativo de la U.N.E.D.

bre de 1978.—c) Alcance y límites del control jurisdiccional de los acuerdos de clasificación o no desclasificación de secretos oficiales: a') ¿Actos administrativos plenamente justiciables o actos políticos en principio inmunes al control judicial ordinario?— b') La viabilidad, en todo caso, de un control jurídico(-constitucional) del acto de clasificación o no desclasificación como consecuencia del deber de ponderar los bienes y derechos constitucionales en conflicto (la seguridad del Estado, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otro) a la hora de adoptarlo.—c') Un apunte crítico: ¿control o sustitución de la ponderación?

A) LA PROBLEMÁTICA DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACTOS DEL GOBIERNO POR LOS QUE SE ACUERDA CLASIFICAR O NO DESCLASIFICAR SECRETOS OFICIALES. LOS LÍMITES INTRÍNSECOS DEL CONTROL DEL EJERCICIO DE LA POTESTAD GUBERNAMENTAL Y EL CONTROL DE SU ATRIBUCIÓN

Durante el pasado año ha sido el control judicial de los actos del Gobierno por los que se acuerda clasificar o no desclasificar secretos oficiales —al amparo de la aún vigente (y polémica) Ley 9/1968, de 5 de abril, de Secretos Oficiales ² (modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre)— una de las cuestiones más controvertidas en el ámbito del Derecho público español ³. Se ha discutido al respecto —y tam-

² Al respecto vid. M.^a P. COUSIDO GONZÁLEZ, *Secretos Oficiales: Comentarios a su Ley y Reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995, así como E. GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, «Materias clasificadas y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)*, núm. 48, 1996, pág. 145 y sigs., en particular 150 y sigs.

³ Cfr. en particular la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995, así como los comentarios a la misma de L. M. DÍEZ-PICAZO («El secreto de Estado en el proceso penal», *La Ley*, núm. 3952, de 15 de enero de 1996, pág. 1 y sigs.) y B. LOZANO («El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración», *Revista Española de Derecho Administrativo [REDA]*, núm. 91, 1996, pág. 437 y sigs.). Vid. igualmente las colaboraciones de B. LOZANO, M. SÁNCHEZ MORÓN y L. M. DÍEZ-PICAZO publicadas en el diario *El País* de 12 de septiembre de 1996 («Debates: Los secretos oficiales y sus límites»), pág. 12 y sig., así como las de J. J. SOLOZABAL («Papeles y jueces», publicada también en *El País* de 31 de octubre de 1996 [«Debates: ¿Se deben desclasificar los «papeles del CESID»?], pág. 17), P. SANTOLAYA MACHETTI, «El control de los Secretos de Estado. La experiencia en

bién con relación al (fallido) Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales, cuya remisión al Consejo General de Poder Judicial acordó el Consejo de Ministros en su reunión del día 23 de agosto de 1996⁴— la posibilidad de que las partes (incluido, en su caso, el Ministerio Fiscal) afectadas por un acuerdo o resolución de clasificación de un secreto oficial (o el acuerdo o resolución denegatorios de una solicitud judicial de cancelación de aquéllos⁵) puedan obtener la tutela judicial efectiva frente a cualquiera de estos actos, cuando éstos supongan la imposibilidad de obtenerla —por ejemplo, en sede jurisdiccional penal— con relación a aquellos asuntos o materias sobre los que recaiga el acto de clasificación⁶.

Derecho comparado», *Poder Judicial*, núm. 40, 1995, pág. 57 y sigs., y de F. GARRIDO FALLA («Razón de Estado y documentos secretos»), aparecida en el número de *Otrosí* correspondiente al mes de septiembre de 1996, pág. 20 y sigs.

⁴ El Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó su Informe al Anteproyecto (parcialmente crítico y, por ello mismo, negativo) en su reunión del día 6 de noviembre de 1996.

⁵ Como los que —en sendas ocasiones— adoptó el Consejo de Ministros en su reunión del día 13 de enero de 1996 y en la del 2 de agosto del mismo año en relación con diversas solicitudes judiciales de desclasificación de determinados documentos secretos del Centro Superior de Información de la Defensa (CESID), todos ellos (en total, veinte) publicados íntegramente por la prensa en el mes de diciembre de dicho año (vid. *El País* de 17 de diciembre de 1996). El Acuerdo de 13 de enero de 1996 denegó la desclasificación solicitada por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional en el llamado *caso Oñederra*, mientras que el Acuerdo de 2 de agosto de 1996 denegó asimismo, además de la solicitud reiterada por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional, la desclasificación solicitada, respectivamente, por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la misma Audiencia en el llamado *caso Lasa/Zabala* y el titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián en el llamado *caso Urigoitia*. Al respecto vid. *infra* C).

⁶ En efecto, según la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995, los poderes de investigación del juez ordinario (instructor penal, en este caso) en relación con materias, asuntos o documentos clasificados están supeditados a la previa decisión desclasificatoria del Consejo de Ministros. El Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales, cuya remisión al Consejo General del Poder Judicial acordó el Consejo de Ministros, como se acaba de señalar, en su reunión del día 23 de agosto de 1996, confirma esta condición a la que se somete el acceso judicial a los secretos oficiales. Así se desprende de dos de sus preceptos: el artículo 5, i) y el artículo 7.1. Según el primero, «Nadie podrá prestar declaración sobre aquellos secretos oficiales de

En estos casos, la imposibilidad de obtener una tutela judicial efectiva frente a dichos actos no se deriva, a mi juicio, de la imposi-

los que tengan conocimiento, *ni ser requerido para ello, salvo que previamente se hubiese efectuado la necesaria desclasificación total o parcial*» (la cursiva es mía). Y de acuerdo con el segundo, «*Los Jueces y Tribunales podrán solicitar de los órganos competentes 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 artículo 24 de la Constitución*» (la cursiva es mía nuevamente).

Igualmente, se señala en el Informe que sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales aprobó el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 6 de noviembre de 1996 que «el secreto de Estado puede afectar al derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, en primer lugar, en la medida en que su invocación ocasione una restricción en las posibilidades de acceso a los Tribunales, para obtener una resolución fundada en Derecho, así como cuando dificulte la plena ejecución de lo resuelto. Pero, también —se advierte en el Informe del CGPJ— (...), el secreto de Estado puede constituir una limitación a las garantías procesales reconocidas en el número segundo del mismo artículo 24 de la Constitución, minorando las posibilidades de actuación y defensa en juicio, particularmente en la vertiente de la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa y frente a una acusación de carácter penal» (*op.cit.*, pág. 20).

No obstante, se ha de tener en cuenta que, como indica B. LOZANO, la supeditación del acceso de los jueces a las materias clasificadas a la previa decisión desclasificatoria del Gobierno permite «un cierto control jurisdiccional sobre los documentos clasificados, si no mediante su revisión judicial directa en el curso del proceso sí al menos indirectamente, al conocer los jueces de los recursos planteados frente a las decisiones del Ejecutivo atinentes a la clasificación o desclasificación» (cfr. «El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas...», *cit.*, pág. 456; vid. asimismo G. GÓMEZ ORFANEL, «Secretos de Estado: algo más de lo mismo», *Jueces para la Democracia*, núm. 27, noviembre 1996, pág. 7 y sigs., concretamente 9). En este sentido, el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo acordó, en su reunión del día 31 de enero de 1997 (Autos de 3 de febrero), el examen reservado (*in camera*) por el propio Pleno de la Sala de determinados documentos secretos del CESID cuya desclasificación habían solicitado (sin éxito) tres jueces instructores del orden penal. Lo llamativo de este procedimiento radica, sin embargo, en que la propia práctica de la prueba (cuya finalidad es permitir a la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciar la conformidad a Derecho del acto denegatorio de la desclasificación solicitada por los jueces instructores del orden penal) supone ya una desclasificación (parcial) de los documentos para los Magistrados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Téngase en cuenta que es precisamente la (im)procedencia de tal desclasificación la cuestión de fondo que, al fin y al cabo, se ventila en dicho proceso. No

bilidad *a priori* de rescindir tales actos «de gobierno» (aunque de naturaleza administrativa ⁷, en mi opinión ⁸) en los órganos de la

obstante, el Consejo de Ministros accedió, en su reunión del día 7 de febrero de 1997, a que los documentos clasificados del CESID reclamados por los jueces instructores del orden penal fueran objeto de un «examen *in camera*» por el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Dicho examen tuvo lugar el 12 de febrero del mismo año.

Todo este complejo procedimiento es valorado críticamente por P. ANDRÉS IBÁÑEZ, «Los papeles del Cesid: secreto y clandestinidad», en *El País* de 23 de abril de 1997, pág. 14: «(...) se compadece mal con la plenitud de la jurisdicción el hecho de que la (jurisdicción) criminal pueda ver mediatizadas sus actuaciones por otra instancia, aunque fuera también un orden jurisdiccional» (la aclaración entre paréntesis es mía).

⁷ Efectivamente, no creo que se trate de actos adoptados en ejercicio de la función de dirección política del Gobierno, sino de actos de aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo, concretamente de la legislación reguladora de los secretos oficiales, que forma parte de aquél [cfr. E. ÁLVAREZ CONDE, «El temor del Príncipe o el temor al Príncipe [Secretos oficiales y Constitución]», en *Revista de la Asociación Profesional del Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado (ACE)*, Año II, núm. 2, marzo 1997, pág. 5 y sig.: «(...) se trata de una cuestión plenamente justiciable, pues el acto formal de clasificación es un acto administrativo, correspondiendo su conocimiento a la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa»; vid., sin embargo, *infra* C), c), a`), por lo que respecta a la jurisprudencia del Tribunal Supremo]. En cualquier caso, sostiene B. LOZANO («Seguridad nacional y Estado de derecho», *El País* de 12 de septiembre de 1996, pág. 12), «los tribunales sí que pueden conocer en todo caso de los recursos planteados frente a las decisiones que denieguen la desclasificación instada judicialmente. Tal posibilidad —prosigue B. LOZANO— no puede negarse con el argumento de que dicha decisión constituye un acto de gobierno, pues en nuestro actual sistema constitucional no puede entenderse que el acto político sea insusceptible de control cuando, como en este caso, está sometido a límites establecidos por el ordenamiento jurídico» (vid. igualmente, de la misma autora, «El sistema de conflictos jurisdiccionales, materias clasificadas...», *cit.*, pág. 456 y sigs.). Esta es la posición que también ha defendido el Defensor del Pueblo en su «Informe a las Cortes Generales correspondiente a la gestión realizada durante el año 1995» (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, núm. 7, de 26 de junio de 1996, pág. 1 y sigs.). Según éste, «aunque pudiera plantearse que los actos que dicta el Consejo de Ministros, al amparo de la Ley de Secretos Oficiales, pueden ser calificados como «actos políticos» y por ello no estarían sometidos al control jurisdiccional, lo cierto y verdad es que la existencia de estos actos debe ser objeto de una interpretación restrictiva, en virtud de lo establecido en los artículos 9.1 y 24.1 de la Constitución y de lo señalado en el artículo 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (...). El acto político es susceptible

de control, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1993, «según la moderna corriente jurisprudencial», cuando contenga elementos reglados establecidos por el ordenamiento jurídico (...). L. M. DÍEZ-PICAZO considera igualmente a «la trasnochada idea de los «actos políticos» (...) simplemente insostenible en un Estado de derecho, donde todos los poderes públicos han de estar sujetos a la legalidad» (vid. «Los olvidados deberes de la política», en *El País* de 31 de octubre de 1996 [«Debates: ¿Se deben desclasificar los «papeles del CESID»?»], pág. 17). Finalmente, también el Ministerio Fiscal sostuvo en su escrito de alegaciones presentado el día 7 de noviembre de 1996 en relación con el recurso contencioso-administrativo nº 602/96, interpuesto por la vía especial de la Ley 62/1978 contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, denegatorio de una solicitud de desclasificación de documentos secretos del CESID formulada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional en el llamado *caso Lasa/Zabala*, que «aun aceptando la naturaleza política del acuerdo recurrido —procede del más alto órgano del Gobierno y la seguridad del Estado es concepto (...) de marcada significación política—, no por ello necesariamente queda al margen de una revisión judicial» (*op.cit.*, pág. 6). Sobre todo lo anterior cfr. asimismo E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed., 1996, pág. 278, nota 3.

Algo más oscura resultó en este punto, en cambio, la opinión sostenida en el dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado (Ponente: Excmo. Sr. D. Landelino Lavilla) el día 18 de julio de 1996 en respuesta a la consulta que el Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de la Presidencia le elevó el día 5 del mismo mes. En dicho dictamen se afirma que «en la clasificación como secreto de un determinado documento o materia o en su desclasificación (...) *están presentes, siempre, aspectos políticos susceptibles de valoraciones mudables en el tiempo y cuya apreciación, por tanto, puede variar al hilo de las circunstancias concurrentes (...)*» (la cursiva es mía).

Este enfoque ha sido asumido asimismo —no obstante postular *al mismo tiempo* la plena justiciabilidad de los acuerdos clasificatorios (o denegatorios de desclasificaciones judicialmente requeridas)— por el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones antes citado. Se afirma en él, en efecto, que «la valoración o el entendimiento que desde la política se haga de lo que en un determinado momento es o afecta a la seguridad del Estado (...) no puede ser sustituido, como principio general, por el de los jueces. No es propio del juez —razona el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones— operar desde criterios de oportunidad, propios de la actividad política; sería trasladar al poder judicial una función o una tarea que no consiente ni siquiera la lógica dentro del esquema de gobierno de un país» (*op.cit.*, pág. 8).

Nítida es, en fin, la opinión al respecto de M. SÁNCHEZ MORÓN («Los secretos oficiales y su control», *El País* de 25 de agosto de 1996, pág. 18). Según él, «(...) dentro de los límites legales, cuya observancia está sujeta al control judicial, la decisión de clasificar o desclasificar una información, valorando si su difusión o transmisión a terceros —incluidos los órganos judiciales— puede constituir un

jurisdicción contencioso-administrativa⁹ (pues resultaría ello incompatible con el mandato constitucional de plena justiciabilidad

riesgo para la seguridad pública, es una decisión estrictamente política, un característico acto de gobierno» (la cursiva es mía). Esta tesis parece compartirla de algún modo J. J. SOLOZABAL, para quien «hay en este acto clasificatorio, evidentemente, una *dimensión* —la constitutiva o esencial— *política*, de la que por tanto no cabría sino un control de este tipo (...)» (cfr. «Papeles y jueces», *cit.*).

⁸ Sea como fuere, la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de julio de 1998, incluye ahora en el precepto que define los límites positivos (!) del ámbito material de dicha jurisdicción (art. 2) una referencia expresa a la viabilidad de un control *jurídico* (ordinario) de los actos de gobierno en sede contencioso-administrativa. En efecto, según el citado precepto, «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el control de los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los *actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*» (la cursiva es mía).

⁹ Como es claro, que los poderes de investigación del juez ordinario en relación con materias, asuntos o documentos clasificados estén supeditados a la previa decisión desclasificatoria del Gobierno no significa que tal decisión sea, a su vez, infiscalizable *a priori* en sede contencioso-administrativa. Así se deduce, en todo caso, de la Ley de 7 de octubre de 1978, de modificación de la Ley de Secretos Oficiales de 5 de abril de 1968. Y es que esta Ley de reforma suprimió formalmente la regla de exclusión del recurso contencioso-administrativo contra los actos de clasificación, que figuraba en la versión originaria de 1968 de la Ley de Secretos Oficiales. Como señala E. GARCÍA DE ENTERRIA (*Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed., 1996, pág. 278, nota 3), a esta supresión «debe darse algún sentido, necesariamente» (al respecto vid. igualmente B. LOZANO, «El sistema de conflictos jurisdiccionales, materias clasificadas...», *cit.*, pág. 458, así como T.-R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª ed. ampliada, *cit.*, pág. 238).

De hecho, el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, constituido en Sala de Justicia conforme al art. 197 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, admitió a trámite el día 27 de septiembre de 1996 dos recursos contencioso-administrativos (602 y 634 del 96) interpuestos —por la vía especial, sumaria y preferente, de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección jurisdiccional de los derechos fundamentales (supuesta vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, art. 24.1 CE)— por la acusación particular en sendas causas de origen (*casos Lasa/Zabala* y *Urigoitia*) contra el acuerdo denegatorio de tres solicitudes judiciales de desclasificación de diversos documentos secretos del CESID, adoptado por el Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de agosto

del actuar administrativo [arts. 24.1, 106.1 CE] y la consiguiente inexistencia de zonas inmunes al control judicial contencioso-administrativo ¹⁰), sino sencillamente de la ausencia de todo parámetro de

de 1996 (Ponentes: Excmos. Sres. D. Gustavo LESCURE MARTÍN y D. Enrique CANCER LALANNE, respectivamente; al respecto vid. *infra* C)]. Con posterioridad, la Sección 7ª de la Sala 3ª del Tribunal Supremo ha admitido a trámite un tercer recurso de *amparo* judicial (726/1996) interpuesto contra el citado acuerdo del Consejo de Ministros por la acusación particular en el llamado *caso Oñederra* (Ponente: Excmo. Sr. D. Ramón TRILLO TORRES). Finalmente, la Sección 4ª de la misma Sala del Alto Tribunal ha admitido a trámite otros dos recursos contencioso-administrativos interpuestos contra dicho acuerdo por la vía ordinaria (Ponente: Excmo. Sr. D. Juan GARCÍA-RAMOS ITURRALDE).

La posibilidad (y aun necesidad!) de la previa impugnación contencioso-administrativa del acuerdo denegatorio de la desclasificación solicitada había sido apuntada ya por el propio Tribunal Constitucional en su Providencia de 20 de mayo de 1996, que, al tiempo que inadmitía un recurso de *amparo* interpuesto contra la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995, señalaba que de la misma no se deduce que «las denominadas materias reservadas no son susceptibles de control jurisdiccional alguno» y que, por ello, resultaba posible la impugnación contencioso-administrativa del acuerdo denegatorio de la solicitud judicial de desclasificación, impugnación ésta (en sede jurisdiccional ordinaria) que habría de preceder al eventual recurso de *amparo* posterior. Al respecto vid. E. GARCÍA DE ENTERRIA, *loc.cit.*, así como B. LOZANO, *op.cit.*, pág. 455 y sigs.

Cuestión distinta a ésta es, sin embargo, la de cuál sea la intensidad posible del control judicial contencioso-administrativo de los acuerdos denegatorios de solicitudes judiciales de desclasificación de secretos oficiales, teniendo en cuenta la escasísima densidad normativa con la que la legislación de secretos oficiales hoy en día vigente programa la adopción de tales acuerdos.

¹⁰ Por eso mismo, la legislación reguladora de secretos oficiales no tiene por qué prever expresamente la posibilidad del control judicial contencioso-administrativo de los actos de clasificación y desclasificación, pues ya se deriva ésta de la propia Constitución (arts. 24.1, 106.1), sin necesidad alguna de confirmación legal expresa (en este sentido, B. LOZANO, «El sistema de conflictos jurisdiccionales, materias clasificadas...», *cit.*, pág. 447 y 458, así como P. SANTOLAYA MACHETTI, «El control de los secretos de Estado...», *cit.*, pág. 73: «Esta ausencia de previsión [de un control judicial de los actos de clasificación de secretos oficiales] puede ser interpretada de dos maneras: la primera consiste en afirmar que la no exclusión del control jurisdiccional supone la plena vigencia de los principios constitucionales que regulan las relaciones entre el Gobierno y los Tribunales, es decir, que también en relación al tratamiento de los secretos de Estado la Administración está sometida a la Ley y al Derecho [art. 103], que los Tribunales deben controlar su legalidad y sometimiento a los fines que la justifi-

control jurídico mínimamente discernible por un juez; es decir, de la escasísima —por no decir nula— densidad normativa con la que la vigente legislación reguladora de los secretos oficiales programa las decisiones clasificatorias y desclasificadorias del Ejecutivo. En efecto, la programación normativa de estas decisiones se agota en un solo concepto normativo indeterminado («la seguridad y defensa del Estado»¹¹) que, por su extrema vaguedad y el carácter complejo (además de altamente sensible) de la materia a la que afecta, apenas resulta discernible en sede judicial¹². De ahí que se plantee necesari-

can [art. 106] y que la Administración debe prestar la colaboración requerida por los jueces [art. 118]»). No comprendo, por ello, que L. M. DÍEZ-PICAZO («Una propuesta de control», *El País* de 12 de septiembre de 1996, pág. 13) se lamente tanto de que el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales, aprobado por el Consejo de Ministros en su reunión del 23 de agosto de 1996, «(no) prevé ningún mecanismo de control judicial sobre dicha decisión». Y es que parece dar a entender —insisto: cuando ello no es así— que éste no es posible si la ley no lo prevé expresamente.

¹¹ La ley vigente no aporta, pues, mayor densidad normativa que la ya contenida en la propia Constitución [art. 105, b)].

¹² Algo exagerado y aun dudosamente constitucional resulta, sin embargo, el punto de vista que a este respecto sostuvo el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 14 de diciembre de 1995. En efecto, este Tribunal no se limitó a reconocer que el concepto normativo indeterminado «seguridad y defensa del Estado» es difícilmente discernible por el juez, sino que consideró que su «exclusiva interpretación» corresponde al Consejo de Ministros («[...] éste puede valorar —se afirma en la sentencia de 14 de diciembre de 1995, FJ 5º *in fine*—, 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 [...]»), lo cual equivale a afirmar que, no obstante tratarse de un concepto jurídico (por muy indeterminado que sea), éste no es en ningún caso susceptible de ser apreciado por el juez (¡ni siquiera en su *zona de certeza negativa!*). A mi modo de ver, tal afirmación es dudosamente compatible con el mandato de plena justiciabilidad del actuar administrativo que se deriva de los artículos 24.1, 106.1 y 117 CE.

Por el contrario, parece respaldar la posición del Tribunal de Conflictos M. SÁNCHEZ MORÓN, quien considera inadmisibles convertir «artificialmente conceptos legales abstractos, como las exigencias de la seguridad nacional o del interés público (*que a los Gobiernos corresponde valorar*, pues en eso consiste gobernar) en mandatos precisos que el juez mismo puede definir en detalle» (cfr. «Democracia y judicialismo», en *El País* de 2 de octubre de 1996, pág. 14; la cursiva es mía). Ni lo uno ni lo otro, en mi opinión. Si se está de acuerdo en que éstos son conceptos jurídicos, no se puede pretender —con la Constitución en la mano—

riamente la siguiente pregunta: ¿conforme a qué criterio (¡jurídico!), desde luego no aportado por la vigente legislación reguladora de los secretos oficiales, podría la Sala Tercera del Tribunal Supremo juzgar si la decisión del Gobierno de declarar materia clasificada *toda* la información relativa a la «estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de los servicios de información»¹³

que no sean interpretables o apreciables judicialmente (al menos, en su *zona de certeza negativa*). Ahora bien, tratándose de conceptos normativos indeterminados que presentan un elevadísimo grado de abstracción, es claro también que los jueces no pueden definirlos en detalle, como si de mandatos jurídicos precisos se tratase.

Poco clara resulta, en fin, la postura que a este respecto ha mantenido J. J. SOLOZABAL (cfr. «Papeles y jueces», *cit.*). Por un lado, afirma que «los jueces no pueden controlar los aspectos sustantivos de la decisión clasificatoria (...), pues dicho control implica en todo caso y con independencia del resultado de la actuación fiscalizadora de los jueces la privación de hecho de la facultad clasificatoria del Gobierno». Pero, por otro, no niega que «a los tribunales ordinarios, a quienes compete el control de la legalidad de todos los actos jurídicos del Gobierno y de los aspectos jurídicos de sus decisiones políticas (...) les correspondería en un caso como el que nos ocupa (...)», además del control de su regularidad formal, el examen también de «la existencia de los supuestos habilitantes a los que la propia ley condiciona el ejercicio de la facultad clasificatoria del Gobierno, de modo que se evitase (...) un abuso patente de dicha facultad». A mi juicio, esta segunda afirmación de SOLOZABAL no acaba de casar bien con la primera, pues el control de la existencia de los supuestos habilitantes constituye sin lugar a dudas —por mucho que se pretenda restringir su intensidad al objeto de evitar sólo «abusos patentes»— un control (más o menos intenso, que es cuestión distinta) de los aspectos materiales o sustantivos de la decisión clasificatoria.

Finalmente, insiste en el punto de vista que sostuvo el Tribunal de Conflictos de Jurisdicción en su sentencia de 14 de diciembre de 1995 el Voto particular formulado por el Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Pascual SALA SÁNCHEZ, a las sentencias del Pleno de dicha Sala de 4 de abril de 1997 [que serán objeto de comentario más adelante; vid. *infra* C)], recaídas en los recursos de amparo ordinario interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por tres Jueces de Instrucción. En su voto, el citado Magistrado sostiene que la seguridad del Estado «no es un concepto jurídico, porque no es susceptible de definición jurídica (...), sino un puro concepto político (...), que, por eso mismo, ha de quedar sustraído a la definición o determinación jurisdiccional» (F.º J.º 7º; la cursiva es mía).

¹³ Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986.

se justifica o no en virtud de la «seguridad y defensa del Estado»? 14. ¿Es posible afirmar en este caso (u otro análogo) que solamente

14 De ahí que sea escéptico —no obstante su buena acogida en el debate público— ante la propuesta formulada por L. M. DÍEZ PICAZO (cfr. «El secreto de Estado en el proceso penal», *cit.*, pág. 3, así como «Una propuesta de control», *El País* de 12 de septiembre de 1996, pág. 13), consistente en introducir «una especie de cuestión incidental ante uno o varios órganos judiciales» (DÍEZ-PICAZO propone que sea la sala competente del Tribunal Supremo), cada vez que en el curso de un procedimiento judicial se invoque la legislación de secretos oficiales, a fin de que éste examine «tanto la regularidad formal del acto de clasificación (...) como que la información misma es susceptible de ser clasificada», así como «que la decisión de clasificación no fue tomada como un puro subterfugio para eludir la utilización del documento en el proceso (...)». El Tribunal Supremo, concluye DÍEZ-PICAZO (a cuya propuesta se adhiere E. ÁLVAREZ CONDE, «El temor del Príncipe...», *cit.*, pág. 6), «tendría el poder de exigir al Gobierno la entrega del documento y comprobar que se trata de un genuino secreto oficial debidamente clasificado».

Esta solución —que el Ministerio Fiscal ha propugnado ya *de lege lata* en su escrito de alegaciones presentado el día 7 de noviembre de 1996 en relación con el recurso contencioso-administrativo nº 602/96, interpuesto por la vía especial de la Ley 62/1978 contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, denegatorio de la solicitud de desclasificación de documentos secretos del CESID formulada por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional en el llamado *caso Lasa/Zabala* («Sobre la procedencia de un examen a puerta cerrada o *in camera* por parte de la autoridad judicial de datos o documentos calificados secretos»; *op.cit.*, pág. 17 y sigs.)— ha sido recogida ahora por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales de agosto de 1996. En él, el Consejo hace suya la propuesta de «arbitrar un cauce procesal específico ante el Tribunal Supremo (...) que permita conciliar los valores constitucionales protegidos por el secreto de Estado con los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución», siempre que «el órgano jurisdiccional considere imprescindible para la decisión de la causa levantar el secreto que pueda afectar a un medio probatorio» (*op.cit.*, pág. 21 y 26). En esta línea, el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo acordó, en su reunión del día 31 de enero de 1997 (Autos de 3 de febrero), el examen reservado (*in camera*) por el propio Pleno de la Sala (y no sólo por un grupo reducido de Magistrados, como proponía el Ministerio Fiscal) de determinados documentos clasificados del CESID, acogiendo así una propuesta (subsidiaria) de los recurrentes (los cuales habían solicitado con carácter principal que la práctica de la prueba se realizase sin exclusión de las partes ni del Ministerio Fiscal). Lo llamativo de este procedimiento radica, como ya se ha señalado en una nota anterior, en que la propia práctica de la prueba (cuya finalidad es permitir a la jurisdicción contencioso-administrativa enjuiciar la con-

cabe una única respuesta jurídicamente correcta al interrogante formulado? ¹⁵ En mi opinión, es muy probable que tanto una respuesta

formidad a Derecho del acto denegatorio de la desclasificación solicitada por los jueces instructores del orden penal) supone ya una desclasificación (parcial) de los documentos para los Magistrados de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Téngase en cuenta que es precisamente la (im)procedencia de tal desclasificación la cuestión de fondo que, al fin y al cabo, se ventila en dicho proceso. Sin embargo, el Consejo de Ministros accedió, en su reunión del día 7 de febrero de 1997, a que los documentos clasificados del CESID reclamados por los jueces instructores del orden penal fueran objeto de un «examen *in camera*» por el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo. Dicho examen tuvo lugar el 12 de febrero del mismo año.

A pesar de todo ello, lo cierto es que el control *sustantivo* de los actos de clasificación es difícilmente viable, como control *jurídico*, mientras el ordenamiento no aporte suficientes parámetros materiales (¿discernibles!) por los que se deban regir los acuerdos clasificatorios y desclasificatorios del Gobierno. Parecido (aunque más escéptico todavía) es el punto de vista que a este respecto ha sostenido M. SÁNCHEZ MORÓN en un comentario al Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales («Manifiestamente mejorable», *El País* de 12 de septiembre de 1996, pág. 13), cuando afirma que tiene dudas «de que lo más idóneo sea atribuir este control a un órgano judicial, pues inevitablemente debe versar no sobre aspectos jurídicos sino sobre sutiles ponderaciones de lo que conviene a la seguridad del Estado y porque, además, la decisión final no podría ser motivada en concreto, que es lo propio y exigible de la función jurisdiccional».

Sobre la llamada inspección judicial *in camera* de los secretos oficiales vid., por lo demás, B. LOZANO, «El sistema de conflictos jurisdiccionales, materias clasificadas...», *cit.*, pág. 450 y 461 y sig.; P. SANTOLAYA MACHETTI, quien propone «algún tipo de actividad preprocesal o procesal no pública, ni siquiera para las partes, y menos aún para los medios de comunicación, que no serán reproducidas en ninguna fase posterior, que sea capaz de separar ante un caso concreto lo legítimo de los abusos» (cfr. «El control de los Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 80 y sig.); también G. GÓMEZ ORFANEL, «Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 9. Por el contrario, se muestran críticos al respecto E. ÁLVAREZ CONDE, para quien «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» (cfr. «El temor del Príncipe...», *cit.*, pág. 6), así como J. GARCÍA AÑOEROS, «Las sentencias del 4 de abril», *El País* de 17 de abril de 1997 («[...] el hecho mismo de que haya que exhibir los secretos ante 33 magistrados [...] para que éstos decidan si el secreto está bien traído o no parece un despropósito»).

¹⁵ Así, a F. RUBIO LLORENTE le ofrece dudas «la posibilidad de que sean los jueces los encargados de definir qué es lo que afecta, y qué no, a la seguridad del

como la otra (o también, por qué no, una respuesta intermedia) puedan ser razonadas en forma plausible. Y es que en la *zona de incertidumbre* de un concepto normativo indeterminado la conformidad o no a Derecho de su aplicación (positiva o negativa) no es posible afirmarla *a priori* de un modo absoluto ¹⁶, pues depende de la plausibilidad o razonabilidad del criterio de aplicación del concepto establecido por la Administración en el caso concreto (juicio que depende, a su vez, del grado de consistencia del razonamiento justificativo que, a la vista de su motivación, respalde la decisión aplicativa adoptada) ¹⁷.

Estado (...). El Estado de derecho —opina el autor citado— tiene muchas exigencias, pero es dudoso que entre ellas se encuentre la de que haya de quedar necesariamente en manos de los jueces la decisión última sobre cuestiones para las que carecen de la necesaria experticia técnica; una carencia que, por la misma naturaleza de la cuestión, tampoco pueden suplir como en otros casos recurriendo a la asistencia de asesores neutrales. Y sobre cuestiones, además, de cuya solución depende la seguridad colectiva, por lo que es indispensable que alguien asuma frente a todos su responsabilidad» (vid. «Idolos judiciales», *cit.*, pág. 9).

¹⁶ Vid. el Voto particular formulado por el Magistrado de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS, a la sentencia del Pleno de dicha Sala de 4 de abril de 1997 [que será objeto de comentario más adelante; vid. *infra* C)], recaída en el recurso de amparo ordinario n° 726/1996, interpuesto contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción N° 5 de la Audiencia Nacional. En su voto, el citado Magistrado sostiene que «el Tribunal Supremo puede decir que *algo, de modo claro e inequívoco, no afecta a la seguridad del Estado*. En cambio —prosigue—, esta técnica (se refiere a la técnica de los conceptos jurídicos indeterminados) no parece suministrar elementos aptos para que la Sala pueda establecer reducciones en el halo de incertidumbre relativa, habida cuenta de la complejidad de la materia y de la falta de elementos adecuados, que sólo la experiencia, la información o la pericia al alcance de los órganos de gobierno pueden suministrar con verdadera certeza y complitud» (la cursiva en el original; la aclaración entre paréntesis es mía).

¹⁷ En esta dirección apuntaba, precisamente, el ya citado dictamen emitido por la Comisión Permanente del Consejo de Estado el día 18 de julio de 1996 en respuesta a la consulta que le elevó el Vicepresidente Primero del Gobierno y Ministro de la Presidencia sobre si la decisión que había de adoptar el Consejo de Ministros con motivo de una solicitud judicial de cancelación de un acuerdo clasificatorio del Gobierno «ha de considerarse como absolutamente discrecional, o como reglada, en algunos de sus elementos». Según dicho dictamen, «por

Por otro lado, no resulta fácil sostener que una decisión clasificatoria que, como la antes apuntada, se sitúa en todo caso en los *aledaños* de los intereses de la seguridad y defensa del Estado está comprendida *ab initio* dentro de la *zona de certeza negativa* de este concepto normativo indeterminado ¹⁸, pudiendo (¡y debiendo!)

lo que se refiere a la falta de afectación a la defensa nacional y seguridad del Estado, que es presupuesto esencial para la desclasificación de un documento (igual que la afectación o posible lesión o perjuicio es el presupuesto de su clasificación), *el Consejo de Ministros goza de un amplio margen de discrecionalidad* que, naturalmente, coexiste con la interdicción de la arbitrariedad y la exclusión del ejercicio de las potestades conferidas por razones o para fines ajenos a la protección de la seguridad del Estado y de la defensa nacional (...). Y parece claro —añadía el dictamen en un párrafo ya citado en una nota anterior— que en la clasificación como secreto de un determinado documento o materia o en su desclasificación (...) *están presentes, siempre, aspectos políticos susceptibles de valoraciones mudables en el tiempo y cuya apreciación, por tanto, puede variar al hilo de las circunstancias concurrentes (...)*» (la cursiva es mía). No obstante, el dictamen recuerda que «habrán de considerarse elementos reglados la competencia que corresponde al Consejo de Ministros, así como la *forma expresa y motivada del acuerdo*» (la cursiva es mía nuevamente; vid. *El País* de 20 de julio de 1996, pág. 16).

También B. LOZANO («El sistema de conflictos jurisdiccionales, materias clasificadas...», *cit.*, pág. 460 y sig.) admite que «es evidente que, *dada la indefinición y vaguedad del concepto «seguridad nacional», el margen de libre apreciación que el ordenamiento reconoce al Gobierno para determinar qué informaciones pueden hacerla peligrar de ser difundidas es necesariamente muy amplio, pero ello no quiere decir ilimitado*» (la cursiva es mía).

¹⁸ Así, por cierto, lo ha entendido también el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (no negando sólo que en el caso de autos nos hallemos en la *zona de certeza negativa* del concepto, sino afirmando incluso que nos encontramos en su *zona de certeza positiva*) en sus sentencias de 4 de abril de 1997 [que serán objeto de comentario más adelante; vid. *infra* C)], recaídas en los recursos de amparo ordinario interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por los Jueces Instructores de tres sumarios relativos a diversas acciones de *guerra sucia* antiterrorista presuntamente cometidas por los llamados *Grupos Antiterroristas de Liberación* (GAL). En efecto, según la Sala Tercera del Tribunal Supremo, «la documentación cuya desclasificación se solicita forma parte de la que *merece ser calificada legal y constitucionalmente como afectante a la seguridad y defensa del Estado y, por eso, acreedora de su calidad de secreta*, puesto que se integra en el conjunto de estudios, medidas, informaciones, decisiones o acciones dirigidas a que el Estado haga frente a una actividad terrorista, cuya finalidad es alterar el orden constitu-

por ello ser anulada por la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁹.

Así las cosas, no cabe sino admitir, hoy por hoy, que si el Consejo de Ministros fundamenta razonablemente el acuerdo clasificatorio —o, en su caso, denegatorio de una solicitud judicial de cancelación del acto de clasificación (justificando primero, en la medida de lo posible, la afectación de la «seguridad y defensa del Estado»²⁰, y ponde-

cional, utilizando como uno de sus medios la violencia contra la vida e integridad física de las personas e ignorando el sistema específico de reforma regulado en el Título X de la propia Constitución» (F.º J.º 7º; la cursiva es mía).

¹⁹ Así lo sostuvo, en cambio, el Ministerio Fiscal en sendos escritos de alegaciones presentados el día 7 de noviembre de 1996 en relación con dos recursos contencioso-administrativos (602 y 634 del 96), interpuestos por la vía especial de la Ley 62/1978 contra el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996 que había denegado las solicitudes de desclasificación de sendos documentos secretos del CESID formuladas por el Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la Audiencia Nacional (*caso Lasa/Zabala*) y un Juzgado de Instrucción de San Sebastián (*caso Urigoitia*). En el primero de dichos escritos (el segundo es esencialmente idéntico por remisión expresa a los fundamentos de aquél) el fiscal sostiene que «no resulta difícil llegar a la conclusión de que el citado documento —caso de coincidir con el que consta en los archivos del CESID— no afecta ni remotamente al concepto jurídico indeterminado «seguridad del Estado». En consecuencia, y siempre en el supuesto de que se constatare su correspondencia con el documento declarado secreto, debería procederse a su desclasificación, al encontrarse sustentado en un acto de componentes administrativos carentes de cobertura legal (...). Por lo expuesto —concluía—, el Ministerio Fiscal interesa del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, siempre a resultados de la prueba practicada, la estimación del presente recurso: a) anulando el acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996 y b) declarando que dicho documento no afecta ni pone en peligro la seguridad del Estado, y por lo tanto se proceda a su cancelación como secreto y se haga entrega del mismo al órgano jurisdiccional que elevó la exposición de 20 de mayo de 1996» (*op.cit.*, pág. 11 y 30). Este mismo punto de vista fue reiterado, en lo esencial, el 14 de enero de 1997 en el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal correspondiente al recurso de amparo judicial interpuesto por la acusación particular del *caso Oñederra* contra el acuerdo denegatorio de la desclasificación de 18 documentos secretos del CESID solicitada por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional.

²⁰ Como es claro, la justificación de este extremo pierde gran parte de su relevancia para el control judicial de la conformidad a Derecho de la decisión clasificatoria desde el mismo momento en que se admite —tal y como lo acordó el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su reunión del día 31 de enero de

rando de modo razonable después este bien constitucional [art. 105, b) CE] con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva [art. 24.1 CE] ²¹—, la Sala Tercera del Tribunal Supremo no está legiti-

1997— el «examen *in camera*» de los documentos secretos por parte del propio órgano jurisdiccional contencioso-administrativo (Autos de 3 de febrero de 1997).

²¹ Tal ponderación es la que se echa en falta, por cierto, en la motivación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por los titulares de dos Juzgados Centrales de Instrucción de la Audiencia Nacional y de un Juzgado de Instrucción de San Sebastián [al respecto vid. *infra* C), c), b')]. Como se podrá comprobar de inmediato, la motivación del citado Acuerdo se limita a justificar la afectación de la «seguridad y defensa del Estado», omitiendo, en cambio, toda referencia a la necesaria ponderación entre este bien constitucional y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Tal es así que en el Acuerdo ni siquiera se menciona este derecho fundamental. Esta es su motivación:

«A la vista de cuanto antecede el Consejo de Ministros considera que *no procede acceder a la desclasificación solicitada porque los documentos cuya desclasificación se solicita afectan a la seguridad del Estado*, que es la de todos los españoles, cuyos intereses han sido muy principalmente tenidos en cuenta en concordancia con lo dictaminado por el Consejo de Estado.

En segundo lugar, la desclasificación solicitada implicaría un inadmisibles deterioro del crédito de España en sus relaciones exteriores; y en particular del intercambio de inteligencia o información clasificada con nuestros aliados y amigos.

En tercer lugar, la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física y hasta la vida de quienes son, o fueron, agentes operativos del mismo, o de sus familiares y allegados.

En cuarto lugar, la solicitud de desclasificación se hace en el contexto de una investigación sumarial con objeto de su posible utilización con fines probatorios en un proceso. Lo cual, como el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto, puede llevar a su general divulgación por exigencia de los principios procesales de contradicción y de publicidad, incompatibles con el secreto necesario, y legalmente previsto, de aquellas materias que afectan a la seguridad del Estado. (...)

Por ello, a propuesta del Ministro de Defensa y visto el dictamen emitido por el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de agosto de 1996, *previa valoración de los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado*, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y en el ejercicio de sus funciones directivas de gobierno, acuerda NO ACCEDER a la desclasificación solicitada» (la cursiva es mía).

mada (al objeto de corregir en sede aplicativa una *atribución* legal de discrecionalidad que pudiera estimar excesiva y aun inconstitucional) para extralimitarse en el *control del ejercicio* de una potestad que el legislador no quiso a todas luces programar normativamente²². Pero sí estaría legitimada, en cambio —y radica aquí el elemento decisivo hasta ahora apenas barruntado—, para acometer por sí misma el *control de su atribución* (¡la vigente Ley de Secretos Oficiales es preconstitucional!²³) o, al menos, para provocarlo mediante el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (única solución viable en el supuesto de que la Ley fuera postconstitucional).

¿Cómo? Sencillamente, razonando que la ausencia de prácticamente toda programación legal de las decisiones de clasificación y desclasificación de secretos oficiales (incluidas aquéllas adoptadas

El Consejo de Ministros reconoce abiertamente, pues, que el interés que ha tenido en cuenta «*principalmente*» a la hora de decidir sobre la desclasificación solicitada ha sido el de la seguridad del Estado, lo cual pone de manifiesto que no ha ponderado equilibradamente los dos bienes constitucionales en juego.

De ahí que el Consejo General del Poder Judicial señale —con mucho acierto— en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales que «*los criterios de desclasificación a solicitud judicial, a los que alude el artículo séptimo número 2 del Anteproyecto, no pueden ser los mismos que los establecidos en el artículo cuarto número 2, apartado a) para el momento de la clasificación como secreto, sino que además deberá expresarse, en función de los términos de la solicitud judicial, el proceso de ponderación que lleva al órgano administrativo a la estimación o desestimación de la solicitud*, atendidos tanto los intereses generales protegidos por el secreto, como los derechos fundamentales y libertades públicas y demás intereses relevantes que puedan verse afectados por el acuerdo correspondiente en la concreta situación procesal planteada» (*op.cit.*, pág. 26; la cursiva es mía).

²² Como señala F. RUBIO LLORENTE, «el poder de los jueces es el del derecho; nada menos, pero tampoco nada más. De ahí la necesidad de no pedir a los jueces decisiones que no consistan en la aplicación del derecho y de que los jueces se autolimiten para no extraer del derecho lo que allí no está. Y no todo está (...). De ahí también las dudas que podría suscitar (...) la posibilidad de que sean los jueces los encargados de definir qué es lo que afecta, y qué no, a la seguridad del Estado (...)» (vid. «*Idolos judiciales*», *cit.*, pág. 9). Al respecto vid. también *infra* C), c), c').

²³ Tratándose de una ley preconstitucional, el Tribunal Supremo no está obligado a plantear la cuestión de inconstitucionalidad, pudiendo apreciarla por sí mismo.

con ocasión de una solicitud judicial de cancelación de un acto de clasificación) impide al juez contencioso-administrativo fiscalizarlas (más allá de un mero control *negativo* de su razonabilidad o plausibilidad, en el mejor de los casos) con la mínima intensidad exigida por la garantía constitucional de una tutela judicial *efectiva* (art. 24.1 CE) ²⁴. Con otras palabras: *de lege lata*, la dificultad con la que se enfrentan los jueces contencioso-administrativos a la hora de dispensar tutela judicial *efectiva* frente a las decisiones clasificatorias del Ejecutivo y aquellas otras mediante las que éste deniega la desclasificación de un secreto oficial requerida por un órgano jurisdiccional no es imputable a aquéllos, sino a un legislador que no ha puesto a su disposición los parámetros de control necesarios que hagan posible el otorgamiento de dicha tutela.

La reforma de la legislación reguladora de los secretos oficiales —sobre cuya urgente necesidad se ha formado un sólido consenso tanto entre juristas como políticos ²⁵— debería pasar por ello por que fuera ella misma la que definiera, siquiera con cierta generosidad y amplitud (pero, en cualquier caso, acotadamente), los actos, documentos, asuntos o materias susceptibles de clasificación ²⁶, evitando

²⁴ En este sentido sostiene B. LOZANO («Seguridad nacional y Estado de derecho», *cit.*) que «los derechos de defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución resultan conculcados cuando se excluye todo control jurisdiccional sobre la decisión clasificatoria del Ejecutivo».

²⁵ En este sentido, afirma la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales de agosto de 1996 que «(...) constituye una necesidad jurídica y política contar con una nueva norma sobre los secretos oficiales, que permita la eficaz conjugación de los principios de seguridad y defensa del Estado, con el pleno desarrollo y ejercicio de los derechos fundamentales y las libertades públicas reconocidos en la Constitución».

²⁶ Esta propuesta no se ha de confundir con la de quienes, lejos de contentarse con un reforzamiento de la reserva de ley en materia de secretos oficiales (es decir, con una reforzada programación legal de las decisiones clasificatorias del Ejecutivo), propugnan residenciar la potestad clasificatoria directamente en el Parlamento. Es éste el caso de E. DÍAZ (vid. «Secreto de Estado: última palabra», en *El País* de 2 de noviembre de 1996, pág. 11 y sig.). En su opinión, es «el poder legislativo, el Parlamento (y no el poder ejecutivo, el Gobierno) quien debe tener la llave de la postrera y definitiva decisión sobre conflictos de materias reservadas, la última palabra para declarar en firme como secreto de Estado documentos o informaciones que de verdad y realmente afecten a (nuestra) seguridad y defensa». A tales efectos, propone la creación de una «muy especial,

así que la determinación del criterio acerca de lo que pueda (¡y no pueda!) considerarse materia clasificable (y, por lo tanto, materia sustraíble, en principio, al pleno conocimiento de los órganos del Poder Judicial en su tarea constitucional de tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos) quede enteramente deferida a una apreciación gubernativa que, al no estar programada por el legislador o estarlo sólo muy débilmente (por un concepto indeterminado, como el de la «seguridad del Estado», de contornos muy difusos ²⁷), apenas sea controlable judicialmente en cuanto al fondo ²⁸. «En este sentido —sostiene Miguel SANCHEZ MORÓN— es

renovada y ampliada comisión» parlamentaria, la cual «habría de ser completada y fortalecida con la incorporación también y la activa participación de *representantes* de los otros dos poderes y, tal vez, además de algunas, muy pocas, altas instituciones de carácter y significación estatal». E. DíAZ habla expresamente, pues, de «la creación de algo así como una *comisión estatal de secretos oficiales*, donde los tres poderes del Estado en sus más altas instancias tengan en ella adecuada presencia y participación» (la cursiva en el original). El citado autor sugiere que «tal comisión podría estar compuesta, además de por los correspondientes parlamentarios, por los presidentes del Congreso y del Senado, el presidente del Gobierno y algún miembro más de él (según la materia afectada) o, en su caso, del presidente de la correspondiente comunidad autónoma, así como con la participación de los presidentes del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional o el propio Defensor del Pueblo».

²⁷ Según E. ÁLVAREZ CONDE, «hay que evitar, en la medida de lo posible, acudir a conceptos jurídicos indeterminados (...). A este respecto, resulta imprescindible establecer una lista de materias cerrada, sin la posibilidad de cláusulas residuales (...). Todo ello tendente a intentar determinar un concepto objetivo de lo que sean secretos oficiales, sin que pueda admitirse el principio de absoluta discrecionalidad de los órganos competentes, aunque sí una cierta libertad de apreciación» (cfr. «El temor del Príncipe...», *cit.*, pág. 6).

²⁸ En esta línea, constituye un primer (aunque, como se podrá comprobar de inmediato, tímido y modesto) avance en la dirección correcta el que el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales incluya por vez primera en su artículo 1 un elenco cerrado de materias susceptibles de clasificación (si bien, eso sí, tan generosa y, a la vez, imprecisamente definidas que apenas consiguen acotar el ámbito de las materias clasificables más allá de lo que ya lo hace —deficientemente— el concepto indeterminado «seguridad y defensa del Estado»). Según el precepto citado, «Son secretos oficiales, a los efectos de esta Ley, los actos, documentos y medios materiales, cualquiera que sea su naturaleza, cuya difusión o conocimiento por personas no autorizadas pueda ocasionar daños, o entrañar riesgos, para los siguientes intereses, instituciones o actividades del Estado:

necesario mejorar el texto de la Ley de Secretos Oficiales, entre otras cosas para definir con más precisión qué tipo de documentos o informaciones pueden clasificarse como secretas, ya que hoy en día la discrecionalidad de que goza el Consejo de Ministros es demasiado amplia y sus límites muy indefinidos»²⁹.

Conviene notar, sin embargo, que no son sólo las decisiones clasificatorias *stricto sensu* las que reclaman una cierta programación material por parte del legislador. Más aún, si cabe, requieren esta programación normativa las decisiones que hayan de adoptarse con ocasión de una solicitud judicial de desclasificación de secretos oficiales. Aquí resulta especialmente urgente la puesta a disposición —tanto del Gobierno como de los jueces— de *parámetros* o *criterios de ponderación* (entre el interés constitucional en el mantenimiento del secreto oficial en cuestiones de seguridad y defensa del Estado, por un lado, y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, por otro) que faciliten al Gobierno la adopción de la decisión oportuna en cada caso y a los jueces contencioso-administrativos su eventual control posterior.

Así, por ejemplo, cabe pensar en la posibilidad de que el legislador entienda que se ha de otorgar un mayor o menor peso en la ponderación al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en función de la

-
- a) La soberanía, la independencia y la integridad territorial de España.
 - b) El ordenamiento constitucional y el funcionamiento regular de sus instituciones.
 - c) Los criterios, medios materiales y actuaciones esenciales para la defensa militar de España.
 - d) Los intereses fundamentales de España en el exterior.
 - e) Los aspectos esenciales de la organización y funcionamiento de los servicios de inteligencia del Estado, especialmente en lo relativo al carácter anónimo de sus agentes o colaboradores y a la confidencialidad de las fuentes de información.
 - f) Los intereses fundamentales del Estado en materia económica, industrial, tecnológica o científica.
 - g) Aquellas otras actividades básicas relacionadas con la seguridad y la defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores».

De acuerdo con el artículo 1.2 del Anteproyecto, «Tendrán asimismo la consideración de secreto oficial las materias así clasificadas por Ley y aquellas otras que tengan este carácter en virtud de los tratados internacionales celebrados por España».

²⁹ Cfr. «Los secretos oficiales y su control», *cit.*

relevancia de los bienes jurídicos implicados ³⁰ (por ejemplo, bienes personalísimos [vida, integridad física, honor, etc.] o sólo patrimoniales) o de cuál sea el orden jurisdiccional (penal, civil, contencioso-administrativo, social o militar) en que se recabe la tutela judicial.

Ciertamente, podría argüirse que tales parámetros o criterios de ponderación no son necesarios, y ello por la sencilla razón de que ésta no admitiría más que un resultado posible *en todos los casos*: la prevalencia (no ya *in concreto*, sino *in abstracto*) del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y, así, dicha prevalencia conllevaría —en expresión tomada de la doctrina alemana— una «reducción a cero» del margen de apreciación discrecional del que dispone el Gobierno a la hora de adoptar decisiones clasificatorias o desclasificadoras, por cuanto sólo cabría una única decisión conforme al bien constitucional prevalente en la ponderación (la tutela judicial efectiva), a saber: la desclasificación del secreto oficial judicialmente requerida ³¹.

³⁰ Como veremos más adelante [*infra* C)], es éste precisamente el más importante de los *criterios de ponderación* (entre el valor constitucional de la seguridad del Estado y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) que se apunta en el fundamento jurídico octavo de las sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, recaídas en los recursos de amparo ordinario (602, 634 y 726 del 96) interpuestos contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por tres jueces de instrucción. Al respecto cfr. M. SÁNCHEZ MORÓN, «Caso único», *El País* de 16 de abril de 1997, pág. 12: «(...) el Tribunal Supremo apunta un criterio a seguir (...). Es el criterio del bien jurídico que se pretende proteger a través del ejercicio del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Cuando ese bien jurídico sea de la *máxima relevancia*, como es el derecho a la vida, es posible someter a revisión judicial aquellas decisiones del Gobierno. No parece que deba ser así en otros casos. Es decir, lo que prevalece sobre la responsabilidad política del Gobierno (...) no es en sí el derecho instrumental a la tutela judicial efectiva (...), sino la protección del derecho fundamental sustantivo a la vida, quizá también la de otros derechos de la *máxima relevancia*» (la cursiva en el original).

³¹ En este sentido, sin embargo, P. ANDRÉS IBÁÑEZ, en cuya opinión se trata de «hacer efectiva la tutela judicial de los más altos valores de nuestro orden jurídico (...)», pues —añade— «no es tan constitucional la seguridad del Estado como los derechos fundamentales» (cfr. «Contra las inmunidades del poder...», *cit.*, pág. 7 y 10). En la misma dirección apunta también T.-R FERNÁNDEZ, para quien la colaboración con la Justicia «no admite ni tolera excepción alguna

Sin embargo, no parece que se deduzca de la Constitución ningún elemento que permita sostener concluyentemente que ella misma ha determinado ya el (único) sentido en que pueda y deba resolverse *en todos los casos* el conflicto entre el interés constitucional en el mantenimiento del secreto oficial en cuestiones de seguridad y defensa del Estado y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ³². Ahora bien, si la ponderación entre ambos bienes o intereses se halla, en efecto, constitucionalmente *abierta* ³³ (¡en el plano abstracto, claro está!), es al legislador (y no al Ejecutivo) a quien compete programarla ³⁴. La razón es evidente: una pondera-

cuando resulte inexcusable para satisfacer el derecho que con el rango de fundamental reconoce a todos el artículo 24 (...)» (vid. *De la arbitrariedad de la Administración*, 2ª ed. ampliada, *cit.*, pág. 236).

³² Según M. SÁNCHEZ MORÓN, frente al valor constitucional de la seguridad del Estado «no cabe oponer siempre el derecho a la tutela judicial efectiva, pues este derecho no siempre es prevalente. Por el contrario, es posible que deba ceder en algunos casos ante otros principios e intereses públicos (...). En consecuencia, el derecho a la tutela judicial de derechos e intereses legítimos sólo puede llevar a postergar el valor de la seguridad del Estado (...) en ciertos supuestos» (cfr. «Caso único», *cit.*).

³³ En este sentido, sostiene P. SANTOLAYA MACHETTI que «es evidente que (...) nos encontramos ante un problema de proporcionalidad entre principios constitucionales, y (...) la solución no puede venir sino de la conciliación entre ambos elementos, mediante los mecanismos procedimentales necesarios que permitan valorar, caso por caso, cuándo debe prevalecer —norma general— la tutela judicial efectiva (...) y cuándo —excepción— debe(n) (...) ceder ante las exigencias derivadas de un auténtico secreto de Estado (...)» (cfr. «El control de los Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 58). Sobre la necesidad de un «juicio de ponderación» vid. también G. GÓMEZ ORFANEL, «Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 7.

³⁴ Así lo entiende igualmente en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales el Consejo General del Poder Judicial. Según éste, «corresponde (...) al legislador (...) conciliar las exigencias de la seguridad y defensa del Estado que se hacen valer por medio del secreto, con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que han de dispensar los Jueces y Tribunales» (*op.cit.*, pág. 20). En este sentido se pronuncia, igualmente, P. SANTOLAYA MACHETTI, quien sostiene «la conveniencia de que la materia sea regulada por Ley de manera que se garantice el equilibrio entre las funciones judiciales y la conservación de los secretos de Estado» (cfr. «El control de los Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 80).

Sobre el papel que corresponde jugar al legislador en el desarrollo de las reglas y principios constitucionales vid., con carácter general, M. ARAGÓN REYES, «La vinculación de los Jueces a la Ley», *Otrosí* de febrero de 1997, pág. 6 y sigs.,

ción de bienes constitucionales que, como la que aquí nos ocupa, implica a un derecho fundamental (la tutela judicial efectiva) no puede depender —*in concreto*— de una apreciación autónoma (esto es, no programada legalmente) del Poder ejecutivo. A ello se opone, en mi opinión, la reserva de ley del artículo 53.1 CE. Como he sostenido en otro lugar, ningún bien constitucional (tampoco el interés constitucional en el mantenimiento del secreto oficial en cuestiones de seguridad y defensa del Estado) puede operar como *límite inmanente* de un derecho fundamental (como lo es el derecho a la tutela judicial) si carece de norma legal (interpuesta) que habilite la limitación y, a la vez, *programe la ponderación (en sede aplicativa) entre los bienes en conflicto* ³⁵.

En realidad, pues, vemos cómo nos encontramos ante una problemática que, en contra de lo que inicialmente se apuntó con frecuencia (sobre todo, en muchas de las primeras valoraciones que mereció la sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995), no se ha de plantear hoy en día en el nivel del *control del ejercicio* de la potestad clasificatoria, sino en el del *control de su atribución*. Por ello, coincido plenamente con Luis María DIEZ-PICAZO cuando afirmaba (con relación a dicha sentencia) que «si el problema fuera de mera legalidad ordinaria, la sentencia sería, sin duda, correcta; pero ocurre que la limitación de las facultades judiciales comporta un problema de constitucionalidad (...)». Y añadía: «En todo caso, es evidente que la Ley de Secretos Oficiales y el artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal plantean un serio problema de constitucionalidad y, por ello, el Tribunal de Conflictos de

concretamente 13: «Frente a lo dicho por algunos, de que en materia de derechos fundamentales la mejor Ley es la que no existe, y frente a la formulación de ZAGREBELSKY, de que es preferible que sea el Juez y no el legislador el que «concrete» los derechos fundamentales, es preciso sostener que *corresponde constitucionalmente* al legislador desarrollar (concretar) los derechos fundamentales (...)» (la cursiva es mía).

³⁵ Cfr. M. BACIGALUPO SAGGESE/F. VELASCO CABALLERO, «Límites inmanentes de los derechos fundamentales y reserva de Ley», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 85, 1995, pág. 120 y sigs. («(...) el carácter inmanente del límite no significa (...) que éste esté ya contenido en la propia Constitución y, en consecuencia, no necesite ser establecido [constitutivamente] por el legislador; significa, por el contrario, que lo inmanente a la Constitución es sólo la justificación *material* de una eventual limitación del derecho, pero no ésta en sí misma» [*op.cit.*, pág. 121]).

Jurisdicción habría podido plantear una cuestión de inconstitucionalidad al Tribunal Constitucional»³⁶.

Así lo entendió también, por cierto, el Defensor del Pueblo, quien en su informe anual entregado el día 19 de junio de 1996 a los Presidentes del Congreso de los Diputados y del Senado³⁷ solicitó a las Cortes Generales que modificaran la Ley de Secretos Oficiales, al considerar que «una interpretación estricta y literal de una norma preconstitucional como es la Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, puede llegar a vulnerar los derechos fundamentales previstos en los apartados 1 y 2 del artículo 24 de la Constitución, al tiempo que no respeta ni el deber de colaboración con la Administración de Justicia, *ni permite el sometimiento de la actuación de la Administración al control de los tribunales*»³⁸. Esta apreciación fue compartida, en lo esencial, por el Consejo de Estado, que en su dictamen emitido el día 18 de julio de 1996 en respuesta a la consulta elevada a su Comisión Permanente por el Vicepresidente Primero del Gobierno concluía que «procede elaborar una nueva Ley de Secretos Oficiales en la que deben tenerse en cuenta los problemas examinados y las sugerencias contenidas en el cuerpo de este dictamen».

B) UN PRIMER INTENTO FALLIDO DE RESPUESTA LEGISLATIVA: EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA REGULADORA DE SECRETOS OFICIALES DE AGOSTO DE 1996

Conducido por las enfáticas sugerencias recibidas desde distintos ámbitos institucionales, el Consejo de Ministros acordó, en su reunión del día 23 de agosto de 1996, remitir al Consejo General del

³⁶ Cfr. «El secreto de Estado en el proceso penal», *cit.*, pág. 2 y sig. Esta valoración es compartida, en lo esencial, por P. SANTALOYA MACHETTI, «El control de los Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 78 («[...] la conclusión alcanzada en la Sentencia [del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1995...] resulta inobjetable desde el punto de vista de la legalidad vigente; sin embargo los argumentos empleados para reforzar la licitud de esa legalidad en relación al Texto Constitucional son al menos discutibles [...]»). Vid. igualmente en esta línea G. GÓMEZ ORFANEL, «Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 9.

³⁷ *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Serie A, núm. 7, de 26 de junio de 1996.

³⁸ La cursiva es mía. Al respecto vid. E. GARCÍA DE ENTERRIA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, 2ª ed., 1996, pág. 278, nota 3.

Poder Judicial un Anteproyecto de nueva Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales ³⁹, que, como es sabido, resultó al poco tiempo desechado por el propio Gobierno debido a sus insuficiencias y a las severas críticas de las que, precisamente por ello, fue objeto.

Además de incluir en su artículo 1, según se ha señalado en una nota anterior, una lista *cerrada* de materias susceptibles de clasificación (aunque todavía excesivamente amplia y difusa ⁴⁰, además de dudosamente constitucional por lo que a algunas de las materias incluidas se refiere ⁴¹), el Anteproyecto establecía requisitos formales

³⁹ Como se ha señalado ya, el Pleno del Consejo General del Poder Judicial aprobó su Informe al Anteproyecto en su reunión del día 6 de noviembre de 1996.

⁴⁰ Sobre todo, merced a la cláusula general (de carácter residual) que se recoge en el art. 1, g) del Anteproyecto («Aquellas otras actividades básicas relacionadas con la seguridad y la defensa del Estado no comprendidas en los apartados anteriores»). En este sentido, sostiene E. ÁLVAREZ CONDE que «resulta imprescindible establecer una lista de materias cerrada, sin la posibilidad de cláusulas residuales (...). Todo ello tendente a intentar determinar un concepto objetivo de lo que sean secretos oficiales, sin que pueda admitirse el principio de absoluta discrecionalidad de los órganos competentes (...)» (cfr. «El temor del Príncipe...», *cit.*, pág. 6).

⁴¹ Cfr. en esta línea M. SÁNCHEZ MORÓN («Manifiestamente mejorable», *cit.*), quien constata una «excesiva amplitud e imprecisión de lo que puede ser declarado secreto oficial», así como L. M. DíEZ-PICAZO («Una propuesta de control», *cit.*), quien considera que «(...) la lista de materias susceptibles de ser clasificadas como secreto oficial va bastante más allá de lo que permite nuestra Constitución, que prevé esa posibilidad sólo por exigencias de la defensa y la seguridad del Estado». Este último autor ha insistido recientemente en esta apreciación (cfr. «Secretos oficiales: dos nuevas propuestas», *El País* de 16 de octubre de 1996, pág. 13 y sig.); según él, «la seguridad y defensa del Estado» constituye «una expresión innegablemente flexible y, por ello, el legislador debe disponer de cierto margen de apreciación a la hora de fijar qué informaciones y documentos son susceptibles de ser clasificados. Ahora bien —añade DíEZ-PICAZO—, es claro que sólo ciertas actividades pueden ser razonablemente englobadas dentro de la idea de seguridad y defensa del Estado, a saber: aquellas cuya finalidad es la salvaguardia del orden público democrático (...) o la protección frente a agresiones exteriores. De aquí —concluye el autor citado— que no sea aceptable la ampliación de materias susceptibles de ser cubiertas como secretos oficiales que hace el Anteproyecto».

También el Consejo General del Poder Judicial considera en su Informe sobre el Anteproyecto que materias tales como «la soberanía, la independencia y

y de contenido a los que habían de ajustarse los actos de clasificación (art. 4), y preveía asimismo la posibilidad de una desclasificación a solicitud judicial (art. 7).

En cuanto a los requisitos formales de los actos de clasificación, éstos serían motivados, adoptarían forma escrita, y tendrían el mismo nivel de protección que los asuntos que los originaran (art. 4.1). El artículo 4.2.a) limitaba la exigencia de motivación, sin embargo, «a la concurrencia de alguna de las razones que justifican el secreto oficial —de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de esta Ley— y a la competencia del órgano que realiza la clasificación». Si lo que pretendía expresar la primera parte del enunciado del citado precepto (que distaba de ser clara) era que bastaba la mera invocación formal de alguna de las razones que, según la Ley, permitían clasificar un secreto oficial, entonces cabía ser, en efecto, altamente escéptico sobre la utilidad de que fuera la propia Ley de Secretos Oficiales la que acotara las materias susceptibles de clasificación y, en definitiva, acerca de que se pudiera lograr así el objetivo de que la jurisdicción contencioso-administrativa estuviera en condiciones, en casos de impugnación, de realizar un control —al menos de plausibilidad o razonabilidad— del acto de clasificación recurrido. Para que tal control fuera posible sería imprescindible que la motivación del acto de clasificación contuviera, en todo caso, un razonamiento suficiente que —sin llegar a revelar o permitir inferencias sobre el contenido del secreto que se pretendía clasificar— permitiera al tribunal contencioso-administrativo enjuiciar si resultaba o no razonable, plausible o siquiera creíble que la materia, cuya clasificación se pretendía, encajaba en alguno de los supuestos enumerados en la lista

la intergridad territorial de España» o «el ordenamiento constitucional y el funcionamiento regular de sus instituciones» no son susceptibles de ser clasificadas como secreto oficial. Según dicho órgano constitucional, la regla que se deduce de la Constitución es que «sólo cabrá (...) recurrir al secreto respecto de las estructuras y procedimientos militares o civiles que lo requieran de modo indispensable para asegurar la defensa y la seguridad nacional, así como respecto de otros ámbitos, como la economía nacional y las relaciones exteriores, cuando sobre esos ámbitos se proyecten con análoga intensidad las exigencias derivadas de la seguridad y defensa del Estado. Por ello —concluye el Informe a este respecto—, el contenido del artículo primero número 1 del Anteproyecto resulta excesivamente amplio puesto que, entre los diversos supuestos del mismo artículo, se encuentran algunos en los que no se aprecia de forma clara la necesaria y directa conexión con esos intereses fundamentales» (*op.cit.*, pág. 22).

de materias clasificables recogida en el artículo 1 del Anteproyecto ⁴². Es tal la motivación, por cierto, que la jurisprudencia contencioso-administrativa alemana ⁴³ viene exigiendo a los órganos superiores competentes que, en aplicación de la habilitación contenida en el artículo 99 de la Ley alemana de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (*VwGO*), resuelven denegar la entrega de expedientes, documentos o informaciones a un tribunal contencioso-administrativo, en el curso de un procedimiento judicial en el que éstos fueron requeridos, alegando que su contenido debe permanecer secreto por razones de seguridad del Estado ⁴⁴. En efecto, la jurisprudencia ale-

⁴² En este sentido, el Consejo General del Poder Judicial exige en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica Reguladora de Secretos Oficiales «una motivación expresa, en la que se contenga la suficiente y esmerada justificación de los criterios seguidos para la adopción del acuerdo por la autoridad competente. De tal modo —se afirma en el citado Informe—, se ha de hacer explícita la coherencia entre la decisión tomada y su fundamento legitimador» (*op.cit.*, pág. 24).

Sin embargo, la motivación del acto de clasificación (justificadora de la afectación en el caso de la «seguridad del Estado») pierde gran parte de su relevancia para el control judicial de la conformidad a Derecho de la decisión clasificatoria desde el mismo momento en que se admite —tal y como lo acordó el Pleno de la Sala 3ª del Tribunal Supremo en su reunión del día 31 de enero de 1997— el «examen *in camera*» de los documentos secretos por parte del propio órgano jurisdiccional contencioso-administrativo (Autos de 3 de febrero de 1997).

⁴³ Al respecto vid. igualmente E. GARCÍA DE ENTERRIA, «Secretos oficiales e inmunidad judicial», en *ABC* de 15 de abril de 1997 (este trabajo se recoge también, acompañado del correspondiente aparato bibliográfico en notas a pie de página, en la 3ª edición ampliada del libro del mismo autor, varias veces citado ya, *Democracia, jueces y control de la Administración*, concretamente como epígrafe E) de su «Parte Tercera»), así como E. GIMBERNAT ORDEIG, «La lucha por el Derecho», en *El Mundo* de 21 de abril de 1997.

⁴⁴ En efecto, en Alemania los tribunales contencioso-administrativos a los que un órgano administrativo superior (Ministro) ha denegado en el marco de un proceso la entrega de expedientes, documentos o informaciones, alegando, según le autoriza la legislación procesal alemana (arts. 99.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa [*VwGO*] y 96 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal [*StPO*]) que «el conocimiento de su contenido puede ocasionar un perjuicio al bienestar de la Federación o de un *Land* alemán» («*dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteil bereiten würde*») o que «los hechos a los que se refieren deben, por Ley o su propia naturaleza, mantenerse secretos» («*die Vorgänge nach einem Gesetz oder ihrem Wesen nach geheimgehalten werden*»

mana estima necesario (¡y suficiente!) en estos casos que el órgano competente «exponga su valoración de las circunstancias, que, según él, justifican el mantenimiento del secreto, de un modo lo suficientemente convincente, que permita al tribunal considerarla, en atención a las exigencias del principio de Estado de Derecho, como plausible»⁴⁵.

müssen»), no están autorizados a controlar con plenitud la concurrencia o no en el caso de los presupuestos legales (recién citados) de una denegación legítima de expedientes, documentos o informaciones por parte de un órgano administrativo superior, sino sólo —a instancia de parte (¡no de oficio!)— si la declaración de dicho órgano administrativo de que tales presupuestos concurren en el caso reviste o no «credibilidad» («*glaubhaft gemacht ist*», art. 99.2 de la LJCA alemana). Los autos en los que los tribunales de instancia del orden contencioso-administrativo resuelven a instancia de parte sobre la «credibilidad» o no de una alegación tal son recurribles independientemente ante el tribunal superior jerárquico, por lo que puede llegar a conocer de ella el Tribunal Supremo de este orden jurisdiccional (en aquellos supuestos en que la competencia en primera instancia corresponde a los Tribunales Superiores de los *Länder*; vid. art. 99.2 *in fine* de la LJCA alemana). Se ha de advertir, sin embargo, que aun en el caso de que los tribunales establezcan la falta de «credibilidad» de las razones de seguridad del Estado alegadas por la Administración para denegar la entrega de los expedientes, documentos o informaciones judicialmente requeridos, ésta no está obligada a entregarlos. Ahora bien, el tribunal de instancia podrá y deberá en tal caso tener en cuenta la denegación injustificada de los expedientes, documentos o informaciones requeridos en la fase de valoración de pruebas (cfr. F. KOPP, *Verwaltungsgerichtsordnung* [Kommentar], 9ª ed., Munich, 1992, art. 99, núm. marg. 4).

Sobre la extensión y el alcance de la motivación de las resoluciones denegatorias de la entrega de expedientes, documentos o informaciones objeto de un requerimiento judicial contencioso-administrativo, exigida por la jurisprudencia con la finalidad de que el tribunal requirente pueda —si una parte se lo pide— controlar la «credibilidad» de las razones de seguridad del Estado alegadas por la Administración, cfr. *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts (BVerwGE)*, vol. 46, pág. 303 y sigs., en particular 308; vol. 66, pág. 233 y sigs., en particular 236; vol. 75, pág. 1 y sigs., en particular 9; vol. 84, pág. 375 y sigs., en particular 389, así como, recientemente, el auto de 1 de febrero de 1996, publicada en *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl.)* 1996, pág. 814 y sigs., en particular 815 y sig.

⁴⁵ «*Es ist erforderlich und zugleich ausreichend, dass die zuständige Behörde ihre Wertung der Umstände, die die Geheimhaltungsbedürftigkeit begründen, so einleuchtend darlegt, dass das Gericht diese Wertung unter Berücksichtigung rechtsstaatlicher Belange als noch triftig anerkennen kann*» (cfr. *BVerwGE*, vol. 46, pág. 303, en particular 308; vol. 66, pág. 233, en particular 236).

Pero hay más. Las dudas que suscitaba el artículo 4.2.a) del Anteproyecto se extendían a la motivación de los acuerdos o resoluciones adoptados con motivo de una solicitud judicial de desclasificación de secretos oficiales (acuerdos o resoluciones que, por cierto, carecían en el Anteproyecto de una —a mi juicio, imprescindible— programación material a través de *parámetros* o *criterios de ponderación* que, como se dijo, faciliten al Gobierno la adopción de la decisión oportuna en cada caso y a la jurisdicción contencioso-administrativa su eventual control posterior ⁴⁶). De acuerdo con el artículo 7.1 del Anteproyecto, los Jueces y Tribunales podían solicitar de los órganos competentes la desclasificación de una determinada materia si, en el

El más reciente de los autos dictados por el Tribunal Supremo alemán del orden contencioso-administrativo (*Bundesverwaltungsgericht*) en esta materia es de fecha 1 de febrero de 1996 (publicada en *Deutsches Verwaltungsblatt [DVBl.]* 1996, pág. 814 y sigs., en particular 815 y sig.). Este auto tuvo su origen en el siguiente caso: las autoridades alemanas de extranjería denegaron el permiso de residencia a un ciudadano libio alegando que, según constaba en el Ministerio Federal alemán de Asuntos Exteriores, mantenía contactos con los servicios de inteligencia de su país y se dedicaba a espiar a exiliados libios residentes en Alemania. El ciudadano libio en cuestión interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución denegatoria de su solicitud de permiso de residencia. El Tribunal contencioso-administrativo de primera instancia requirió entonces al Ministerio Federal alemán de Asuntos Exteriores para que aportase a la causa las informaciones de que disponía y en las que las autoridades de extranjería basaron la denegación del permiso de residencia solicitado. El Ministerio Federal alemán de Asuntos Exteriores resolvió, con base en el mencionado art. 99.1 de la Ley alemana de la Jurisdicción contencioso-administrativa, denegar al tribunal requirente la entrega del expediente o documentos que contenían las informaciones mencionadas, alegando que las mismas tenían su origen, en parte, en el servicio de inteligencia de un tercer país amigo, cuyas fuentes no podía revelar so pena de poner en peligro la colaboración con dicho servicio. Además, alegaba el Ministerio que dichos documentos contenían asimismo informaciones relativas a los métodos de trabajo de los propios servicios de inteligencia alemanes, cuya revelación hubiera causado igualmente un perjuicio al bienestar de la Federación. Pues bien, el Tribunal Supremo alemán del orden contencioso-administrativo consideró en este caso, a diferencia del Tribunal de primera instancia, que la alegación en que el Ministerio Federal alemán de Asuntos Exteriores basó su negativa a facilitar a la jurisdicción contencioso-administrativa las informaciones por ésta requeridas se hallaba suficientemente justificada, por lo que cabía estimarla como plausible y, por ende, «creíble».

⁴⁶ Crítico al respecto G. GÓMEZ ORFANEL, «Secretos de Estado...», *cit.*, pág. 9, nota 10.

curso de un procedimiento judicial, entendían que su conocimiento resultaba esencial para la plena efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución. En tal supuesto, el apartado segundo del precepto citado disponía que el órgano requerido podía conceder o denegar la solicitud, ponderando, de una parte, los intereses generales protegidos por el secreto, y, de otra, el respeto a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la Constitución (como puede verse, el Anteproyecto exigía una ponderación de los bienes y derechos constitucionales en conflicto, pero no la programaba con *parámetros* o *criterios de ponderación* más precisos). Pero, en cualquier caso —y radica aquí el problema apuntado—, se establecía al final de este mismo apartado que el acuerdo o resolución debía ser motivado *con arreglo a los mismos criterios establecidos en el* —antes citado— *artículo 4.2.a)* ⁴⁷. Pues bien, la remisión a este precepto generaba una vez más la duda acerca de si la motivación de los acuerdos o resoluciones denegatorios de solicitudes judiciales de desclasificación de secretos oficiales debía extenderse a los *parámetros* utilizados en la ponderación de los bienes y derechos constitucionales en conflicto en que se había apoyado la denegación de la desclasificación solicitada o, por el contrario, podía limitarse a una reiterada invocación formal de aquel título legal que originariamente había justificado también el acto de clasificación. Nuevamente, dependía esencialmente de que ocurriera lo uno o lo otro el que, en caso de impugnación del acuerdo o resolución denegatoria por una de las partes en la causa de origen (entre ellas, por qué no, el propio Ministerio Fiscal), la jurisdicción contencioso-administrativa pudiera controlar, al menos, su razonabilidad, plausibilidad o credibilidad ⁴⁸. Como se apuntó, ello no sería posible si la

⁴⁷ La cursiva es mía.

⁴⁸ B. LOZANO se muestra abiertamente escéptica a este respecto (vid. «El sistema de conflictos jurisdiccionales, materias clasificadas...», *cit.*, pág. 461). Según ella, «el problema que plantea el control judicial del acuerdo de desclasificar un documento estriba en que, si se trata de una decisión que resuelva no desclasificar los documentos, la motivación del acuerdo difícilmente podrá exponer las razones justificativas con un mínimo grado de explicitud que le permita acreditar, como decía el Consejo de Estado en su Memoria de 1990, «que la decisión adoptada no excede de los límites que le son propios y más allá de los cuales no hay discrecionalidad sino arbitrariedad». Ante la necesidad de no revelar el contenido de los documentos cuyo secreto se decide salvaguardar — prosigue B. LOZANO—, la motivación tendrá necesariamente que ser muy escueta

motivación de la decisión denegatoria de la solicitud judicial de desclasificación no diera cuenta —siquiera de un modo que no llegue a comprometer la confidencialidad del contenido de la información clasificada— de los *parámetros* utilizados en la ponderación de los bienes y derechos constitucionales en conflicto que llevó al órgano competente a denegar la desclasificación solicitada.

En cualquier caso, el artículo 7 del Anteproyecto preveía en su apartado tercero que el órgano competente también podía acordar la desclasificación parcial de la información solicitada y emitir certificación comprensiva de aquellos extremos que considerara susceptibles de revelación.

Finalmente, cabe reseñar que el Anteproyecto, que a tenor de su Exposición de Motivos pretendía revisar *en clave garantista* la legislación preconstitucional en materia de secretos oficiales, ampliaba curiosamente respecto a ésta el elenco de órganos competentes para la clasificación, extendiéndolo en su artículo 3 del Consejo de Ministros (que continuaría siendo competente cuando se tratase de clasificaciones con categoría de «alto secreto») a los Ministros competentes por razón de la materia, a quienes correspondería la competencia clasificatoria cuando se tratara de clasificaciones con la categoría inferior de «secreto» o «confidencial»⁴⁹.

e imprecisa, por lo que el juez no podrá averiguar los verdaderos motivos de la decisión ni valorar, por tanto, si el uso que se ha hecho de la discrecionalidad se ajusta o no a Derecho, a menos que tenga acceso al expediente y, en especial, a la documentación en la que se contienen los elementos objetivos sobre los que opera la decisión del Consejo de Ministros».

⁴⁹ Critica este extremo L. M. DÍEZ-PICAZO («Una propuesta de control», *cit.*), para quien «sería deseable que la facultad de clasificar un documento o información como secreto oficial quedara reservada, como hasta ahora, sólo al Gobierno en pleno mediante decisión adoptada en Consejo de Ministros». Dicho autor ha precisado y justificado su crítica en este punto en un artículo posterior («Secretos oficiales: dos nuevas propuestas», *cit.*); según él, la solución por la que opta el Anteproyecto «es sumamente criticable, al menos, por dos órdenes de motivos: primero, si se restringen las materias susceptibles de secreto oficial a lo estrictamente previsto por el artículo 105 de la Constitución (seguridad y defensa del Estado), es difícil imaginar qué informaciones o documentos pertenecientes a sus respectivas esferas de atribuciones podrían razonablemente clasificar cualesquiera ministros distintos de los de Interior, Defensa y, con reservas, Asuntos Exteriores; segundo, incluso dentro de estas materias, la decisión

- C) LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL SUPREMO RELATIVA AL ALCANCE Y LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE CLASIFICACIÓN Y NO DESCLASIFICACIÓN DE SECRETOS OFICIALES. EN PARTICULAR, LAS SENTENCIAS DEL PLENO DE SU SALA TERCERA DE 4 DE ABRIL DE 1997, RECAÍDAS EN LOS RECURSOS DE AMPARO ORDINARIO INTERPUESTOS, POR PRESUNTA VULNERACIÓN DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA, CONTRA EL ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 2 DE AGOSTO DE 1996, POR EL QUE NO SE ACCEDIÓ A LA DESCLASIFICACIÓN DE DETERMINADOS DOCUMENTOS SECRETOS DEL CESID SOLICITADA POR TRES JUECES DE INSTRUCCIÓN

a) **ANTECEDENTES**

Como es sabido, las tres sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997⁵⁰ tienen su origen en

de decretar el secreto oficial es extremadamente grave en una democracia y, por ello, es mejor que sea tomada colegiadamente y al más alto nivel del poder ejecutivo» (vid. igualmente E. ÁLVAREZ CONDE, «El temor del Príncipe...», *cit.*, pág. 5).

Este mismo punto de vista ha sido sostenido también por el Consejo General del Poder Judicial en su Informe al Anteproyecto de Ley. Se afirma en él que «la autoridad habilitada para calificar como secreto una determinada materia (...) ha de ser el Gobierno, dado que es a quien corresponde dirigir la defensa, la Administración militar y las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado (arts. 97 y 104.1) y quien debe responder principalmente de su actuación (...). Habida cuenta de la relevancia de los bienes cuya protección se pretende, que es lo que justifica el recurso a estas formas excepcionales de proceder, igualmente relevante debe ser la instancia gubernamental que de ella se ocupe. La Constitución de 1978 encomienda las principales decisiones que al Gobierno competen al Consejo de Ministros y, en su caso, a su Presidente. A ellos, pues —concluye el Informe en este punto—, debería corresponder la potestad de clasificación y la correspondiente responsabilidad» (*op.cit.*, pág. 14).

⁵⁰ Al respecto vid. los comentarios de B. LOZANO, «El control judicial de los secretos de Estado: las Sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID», *cit.*; L.M. DíEZ-PICAZO, «La desclasificación judicial del secreto de Estado (Comentario a las sentencias del TS Sala 3ª de 4 de abril de 1997)», *La Ley*, núm. 4.334, de 18 de julio de 1997, pág. 1 y sigs.; J. JORDANO FRAGA, «¿Jaque mate al acto político?», *Revista Española de Derecho Administrativo (REDA)*, núm. 95, 1997, pág. 417 y sigs., en particular 438 y sigs.; N. GARRIDO CUENCA, «El

otras tantas solicitudes de desclasificación de determinados documentos secretos del CESID dirigidas al Gobierno de la Nación por los Jueces Instructores de tres sumarios relativos a presuntas actividades delictivas en la lucha antiterrorista contra ETA, supuestamente planeadas y ejecutadas desde los aledaños del propio aparato de la seguridad del Estado por los llamados *Grupos Antiterroristas de Liberación* (GAL), a saber: el *caso Oñederra*, instruido por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 5 de la Audiencia Nacional; el *caso Lasa/Zabala*, instruido por el Magistrado-Juez del Juzgado Central de Instrucción nº 1 de la misma Audiencia; y el *caso Lucía Urigoitia*, instruido por el Juez titular del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Sebastián.

En su reunión del día 2 de agosto de 1996, el Consejo de Ministros acordó no acceder a la desclasificación solicitada. Tal fue, en lo esencial, la motivación de dicho Acuerdo:

«A la vista de cuanto antecede el Consejo de Ministros considera que *no procede acceder a la desclasificación solicitada porque los documentos cuya desclasificación se solicita afectan a la seguridad del Estado*, que es la de todos los españoles, cuyos intereses han sido muy principalmente tenidos en cuenta en concordancia con lo dictaminado por el Consejo de Estado.

En segundo lugar, la desclasificación solicitada implicaría un inadmisiblemente deterioro del crédito de España en sus relaciones exteriores; y en particular del intercambio de inteligencia o información clasificada con nuestros aliados y amigos.

En tercer lugar, la desclasificación solicitada pondría en peligro la eficacia, las fuentes de información, los medios y los procedimientos operativos del CESID, así como la integridad física y hasta la vida de quienes son, o fueron, agentes operativos del mismo, o de sus familiares y allegados.

En cuarto lugar, la solicitud de desclasificación se hace en el contexto de una investigación sumarial con objeto de su posible utilización con fines probatorios en un proceso. Lo cual, como el Consejo de Estado ha puesto de manifiesto, puede llevar a su general divulgación por

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 (RAP)*, núm. 143, 1997, pág. 229 y sigs.

exigencia de los principios procesales de contradicción y de publicidad, incompatibles con el secreto necesario, y legalmente previsto, de aquellas materias que afectan a la seguridad del Estado. (...)

Por ello, a propuesta del Ministro de Defensa y visto el dictamen emitido por el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de agosto de 1996, previa valoración de los intereses en juego, principalmente el de la seguridad del Estado, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y en el ejercicio de sus funciones directivas de gobierno, acuerda NO ACCEDER a la desclasificación solicitada».

Contra el citado Acuerdo las acusaciones particulares en los tres procedimientos penales antes mencionados interpusieron, respectivamente, recurso contencioso-administrativo por el cauce especial de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de las Personas, alegando la vulneración del derecho fundamental de las acusaciones particulares a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) ⁵¹. Las sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo recaídas en los tres recursos, de las que fueron ponentes los Excmos. Sres. Magistrados Gustavo LES-CURE MARTÍN ⁵², Enrique CÁNCER LALANNE ⁵³ y Ramón TRILLO TORRES ⁵⁴, fueron dictadas tras practicarse por aquél la prueba consistente en el examen reservado (*in camera*) de los documentos secretos cuya desclasificación se solicitaba.

En línea precisamente con la cuestión que aquí nos viene interesando (a saber: la de los límites intrínsecos del *control del ejercicio* de la potestad de clasificación y desclasificación de secretos oficiales y su repercusión respecto del *control de su atribución*), las tres sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, cuya común doctrina se establece en idénticos términos en sus respectivos Fundamentos de Derecho primero a octavo (ambos inclusivos), identifican como «tema central del proceso el de determinar los límites de la potestad

⁵¹ Recursos nº 602/1996 (*caso Lasa/Zabala*), 634/1996 (*caso Urigoitia*) y 726/1996 (*caso Oñederra*).

⁵² Ponente de la sentencia recaída en el recurso nº 602/1996 (*caso Lasa/Zabala*).

⁵³ Ponente de la sentencia recaída en el recurso nº 634/1996 (*caso Urigoitia*).

⁵⁴ Ponente de la sentencia recaída en el recurso nº 726/1996 (*caso Oñederra*).

jurisdiccional (...) para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos (...)»⁵⁵.

b) UNA CUESTIÓN PREVIA: LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY DE SECRETOS OFICIALES DE 5 DE ABRIL DE 1968, MODIFICADA POR LA DE 7 DE OCTUBRE DE 1978

Según las sentencias del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997, «deben abordarse (...), *antes de entrar en el examen de lo que surgirá como su tema esencial* —el que se acaba de señalar—, determinadas cuestiones que se suscitan en la demanda y que eventualmente podrían conducir directamente a la estimación del recurso. En el orden de enjuiciamiento indicado —prosiguen las sentencias en su respectivo Fundamento de Derecho cuarto⁵⁶—, la siguiente cuestión que ha de considerarse hace referencia a la constitucionalidad de la Ley de Secretos Oficiales, de 5 de abril de 1968, modificada por la de 7 de octubre de 1978 (...), pues los demandantes aducen que el acto impugnado es radicalmente inválido al carecer la autoridad que lo dictó —el Consejo de Ministros— de competencia, ya que una vez publicada la Constitución, debía entenderse derogada por inconstitucionalidad sobrevenida aquella normativa preconstitucional, que impedía al Juez Instructor en uso de la plenitud de control jurisdiccional y en defensa de los derechos derivados del artículo 24 de la Constitución recabar la totalidad del material instructorio que solicitaba para la prosecución de la causa penal».

Pues bien, a este respecto la Sala Tercera del Tribunal Supremo admite que

«Ciertamente, la actual redacción de los artículos 24, 103, 106 y 117.3 de la Constitución, parece entrar en conflicto con el contenido de los artículos 4, 7, 11 y 13 de la citada Ley de Secretos Oficiales, que atribuyen al Consejo de Ministros la potestad de clasificar o desclasificar como secretos los asuntos o materias que el Juez reclama, o imponer restricciones a su conocimiento o desplazamiento fuera de los centros oficiales de custodia, pues mientras los preceptos constitucionales citados otorgan un pleno poder procesal de investigación a los jueces, los

⁵⁵ F.º J.º 7º (la cursiva es mía).

⁵⁶ La cursiva en el inciso anterior es mía.

mencionados preceptos de la Ley de Secretos Oficiales restringen esas potestades jurisdiccionales (...)».

Pero es igualmente cierto —precisan a renglón seguido las sentencias— que

«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 —art. 97 de la Constitución—, una competencia primaria, en los términos que fije el legislador —art. 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 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 —arts. 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»⁵⁷.

Sorprendentemente, nada se dice en las sentencias —no obstante ser éste, a mi modo de ver⁵⁸, el aspecto clave en el que la Sala debe-

⁵⁷ F.º J.º 5º.

⁵⁸ Y a juicio también, probablemente, de quienes han puesto especial énfasis en la crítica a la excesiva discrecionalidad que la legislación vigente otorga al Consejo de Ministros a la hora de clasificar determinadas materias, asuntos o documentos como secretos. Cfr., por todos, M. SÁNCHEZ MORÓN, «Los secretos oficiales y su control», *cit.* («En este sentido es necesario mejorar el texto de la Ley de Secretos Oficiales, entre otras cosas para definir con más precisión qué tipo de documentos o informaciones pueden clasificarse como secretas, ya que

ría haber puesto el énfasis a la hora de acometer por sí misma el control incidental previo de la constitucionalidad de la preconstitucional Ley de Secretos Oficiales actualmente vigente— sobre la escasísima (por no decir nula) densidad normativa con la que ésta programa los actos de clasificación de secretos oficiales [la Ley no aporta mayor densidad de programación que la escasa ya contenida en el propio artículo 105, b) de la Constitución], así como los acuerdos que procede adoptar con ocasión de una solicitud judicial de cancelación de un acto tal (la Ley no establece *criterios de ponderación* entre el valor constitucional de la seguridad del Estado y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siendo así que en el caso de referencia los acaba fijando el propio Tribunal ⁵⁹). Como se ha señalado más arriba, es esta escasez de densidad normativa, sin embargo, la que, en puridad, impide al juez contencioso-administrativo fiscalizar tales actos (más allá de un mero control *negativo* de su razonabilidad o plausibilidad, en el mejor de los casos) con la intensidad adecuada a una tutela judicial *efectiva*.

En suma: en contra de lo que se ha sugerido aquí, el Tribunal Supremo no ha prestado mayor atención al *control de la atribución* de la potestad de clasificación y desclasificación de secretos oficiales por la legislación vigente; por el contrario, ha preferido centrarse en el *control de su ejercicio*, cuyos límites intrínsecos, sin embargo, acaba desbordando, en mi opinión, al ponderar los bienes constitucionales en conflicto ⁶⁰. De ahí, en todo caso, que, como ya se ha dicho, el Tribunal califique como «*tema central del proceso el de determinar los límites de la potestad jurisdiccional (...) para revisar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los documentos declarados secretos (...)*» ⁶¹.

hoy en día la discrecionalidad de que goza el Consejo de Ministros es demasiado amplia y sus límites muy indefinidos»).

⁵⁹ En el respectivo F.º J.º 8º de las sentencias de 4 de abril de 1997: «(...) *atendiendo al bien jurídico protegido por los tipos penales a los que apuntan los hechos objeto de la investigación sumarial* que está en el origen del procedimiento administrativo sobre cuya resolución ahora nos pronunciamos, no cabe la menor duda de que su relevancia es del máximo nivel, al consistir en atentados contra el derecho a la vida de las personas» (la cursiva es mía).

⁶⁰ Vid. *infra* c), c').

⁶¹ F.º J.º 7º (la cursiva es mía).

c) ALCANCE Y LÍMITES DEL CONTROL JURISDICCIONAL DE LOS ACUERDOS DE CLASIFICACIÓN O NO DESCLASIFICACIÓN DE SECRETOS OFICIALES

a') ¿Actos administrativos plenamente justiciables o actos políticos en principio inmunes al control judicial ordinario?

A este respecto, la primera cuestión que se plantea el Alto Tribunal es la de la naturaleza jurídica de tales actos. En este sentido, el Tribunal admite que

«Una inicial postura nos podría llevar a la afirmación de su naturaleza de mero acto administrativo y por eso sujeto al régimen común de control judicial de legalidad y de su sometimiento a los fines que lo justifican, impuesto por el artículo 106 de la Constitución»⁶².

Pero, ello no obstante, el Tribunal Supremo acaba inclinándose por considerar que

«la naturaleza de las resoluciones sobre su desclasificación es la propia de la potestad de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución»⁶³.

Según las sentencias de 4 de abril de 1997, la justificación de la atribución de la potestad de clasificación y desclasificación de secretos oficiales al ámbito de la actuación política del Gobierno

«se encuentra en que una excepción (al sistema común de publicidad y de acceso de los Jueces y Tribunales a la documentación administrativa) de la trascendencia de la que hemos descrito solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional, entendido éste como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretenden atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior»⁶⁴.

Ahora bien, añade seguidamente el Tribunal Supremo:

«Reconocido (...) que nuestro sistema normativo admite la existencia objetiva de unos actos de dirección política del Gobierno en princi-

⁶² F.º J.º 7º.

⁶³ F.º J.º 7º.

⁶⁴ F.º J.º 7º (la aclaración entre paréntesis procede de un párrafo anterior del mismo Fundamento Jurídico).

pio inmunes al control jurisdiccional de legalidad⁶⁵, aunque no a otros controles, como son los derivados de la responsabilidad política o el tratamiento judicial de las indemnizaciones que puedan originar, esto no excluye que la vigencia de los artículos 9 y 24.1 de la Constitución nos obligue a asumir aquel control cuando el legislador haya definido mediante conceptos judicialmente asequibles los límites o requisitos previos a los que deben sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los Tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar la decisión»⁶⁶.

Más concretamente, y por lo que respecta ya a los parámetros posibles para un control judicial ordinario de los acuerdos de clasificación o no desclasificación de secretos oficiales en cuanto actos de dirección política, el Tribunal Supremo precisa que es

«esta idea de “conceptos judicialmente asequibles”, la que nos lleva a afirmar que (...) no hay razón para que no consideremos que nos sea también asequible determinar negativamente la concurrencia de elementos que o bien eliminen totalmente la afección a dicha seguridad (se refiere a la seguridad del Estado) o bien la aminoren en términos que —ponderando los intereses jurídicos en juego— nos permitan dar prevalencia, en su caso, al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva invocado por los recurrentes para pedir la desclasificación»⁶⁷.

⁶⁵ Se citan aquí las SSTS (Sala 3ª) de 9 de junio y de 2 de octubre de 1987, así como la de 28 de junio de 1994 (*caso Eligio Hernández*), y las SSTC de 15 de marzo de 1990 y de 26 de noviembre de 1992.

⁶⁶ F.º J.º 7º. A este respecto cabe recordar, en todo caso, que la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de julio de 1998, incluye ahora en el precepto que define los *límites positivos* (!) del ámbito material de dicha jurisdicción (art. 2) una referencia expresa a la viabilidad de un control *jurídico* (ordinario) de los actos de gobierno en sede contencioso-administrativa. En efecto, según el citado precepto, «El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: a) La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, el control de los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los *actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos*» (la cursiva es mía).

⁶⁷ F.º J.º 7º (la aclaración entre paréntesis es mía).

b') La viabilidad, en todo caso, de un control jurídico (-constitucional) del acto de clasificación o no desclasificación como consecuencia del deber de ponderar los bienes y derechos constitucionales en conflicto (la seguridad del Estado, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otro) a la hora de adoptarlo

Según el Tribunal Supremo, es, pues, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) el que

«(...) abre la brecha para que el (...) criterio del Gobierno de no desclasificar los documentos sea sometido a revisión judicial en cuanto a su compatibilidad con el mencionado derecho fundamental (...)»⁶⁸.

Con otras palabras: el deber del Gobierno de ponderar los bienes y derechos constitucionales en conflicto (la seguridad del Estado, por un lado, y el derecho a la tutela judicial efectiva, por otro) a la hora de resolver sobre una solicitud judicial de desclasificación de secretos oficiales hace viable, en todo caso, un control jurídico-*constitucional* de su decisión⁶⁹, consistente en el examen de si «los intereses consti-

⁶⁸ F.º J.º 7º.

⁶⁹ Cfr. B. LOZANO, «El control judicial de los secretos de Estado...», *cit.*, pág. 277: «Este juicio de constitucionalidad ha sido el que ha permitido a las sentencias revisar el acuerdo del Gobierno de no desclasificar los documentos solicitados (...). Ha de recordarse en este punto que el respeto por los poderes públicos de los derechos fundamentales resulta *siempre* controlable (...)» (la cursiva en el original).

Muy crítico se pronuncia a este respecto —aunque, a mi juicio, sobre la base de un razonamiento cuando menos desconcertante (pues parece que se pretende negar, ni más ni menos, que el carácter normativo e inmediatamente aplicable de la Constitución)— J. PÉREZ ROYO, «Por qué no», en *El País* de 18 de abril de 1997. Según este autor, «el poder judicial tiene que exteriorizar cada vez que actúa cuál es el fundamento democrático en que su poder descansa. Por eso la exigencia de la motivación es inexcusable (...). Y tiene que demostrarlo por referencia a la ley. No por referencia a la Constitución, sino por referencia a la ley. El poder judicial únicamente se legitima democráticamente a partir de la ley. No puede legitimarse democráticamente a partir de la Constitución de manera directa. Está sometido a la Constitución, pero tal como es interpretada por las Cortes Generales al dictar la ley (...). Ni el poder ejecutivo ni el poder judicial pueden saltarse el eslabón que representa el poder legislativo y remitirse directamente al poder constituyente (...). Cuando un órgano judicial rompe esta cadena, salta por encima de la ley y recurre directamente a la Constitución para con-

tucionales en tensión han sido adecuadamente ponderados en el Acuerdo impugnado»⁷⁰ (¡no se olvide que en el proceso de referencia el Tribunal Supremo estaba conociendo de tres recursos interpuestos por el cauce especial de la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, cauce al que, como es sabido, resultan enteramente ajenas las cuestiones de legalidad ordinaria!).

c') Un apunte crítico: ¿control o sustitución de la ponderación?

En los casos de autos el control de la ponderación efectuado por el Tribunal Supremo no sólo ha conducido a la anulación (por contrario al derecho a la tutela judicial efectiva) del Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, por el que no se accedió a la desclasificación de determinados documentos secretos del CESID solicitada por tres Jueces de Instrucción, sino también a ordenar al Gobierno «que proceda a la cancelación como materia secreta de tales documentos y a su entrega al Juzgado solicitante». Pues bien, mientras el fallo *anulatorio* no ofrece dudas, como se podrá comprobar de inmediato, sí las ofrece, en mi opinión, el fallo *condenatorio*.

Ninguna objeción cabe formular al fallo anulatorio en la medida en que el Consejo de Ministros ni siquiera llegó a ponderar los derechos y bienes constitucionales en conflicto a la hora de adoptar el Acuerdo impugnado. En efecto, la motivación del mismo se limita a justificar la afectación de la «seguridad y defensa del Estado», siendo así que omite toda referencia a la necesaria ponderación entre este bien constitucional y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (derecho éste que ni siquiera se menciona en la motivación del Acuerdo). En todo caso, la motivación del mismo concluye con una afirmación muy reveladora:

trolar un acto del poder ejecutivo, niega su propio principio de legitimación democrática y, como consecuencia de ello, niega también el principio de legitimación democrática de las Cortes Generales, cuya decisión ignora, y el del Gobierno, cuyo acto anula. Esto, justamente, es lo que ha hecho la Sala Tercera del Tribunal Supremo».

Vid. la crítica a este punto de vista de B. LOZANO, «El control judicial de los secretos de Estado...», *cit.*, pág. 278.

⁷⁰ F.º J.º 9º de la sentencia recaída en el recurso nº 634/1996 (*caso Urigoitia*).

«Por ello, a propuesta del Ministro de Defensa y visto el dictamen emitido por el Consejo de Estado, el Consejo de Ministros en su reunión del día 2 de agosto de 1996, previa valoración de los intereses en juego, *principalmente el de la seguridad del Estado*, cuya exclusiva interpretación le corresponde en esta materia, y en el ejercicio de sus funciones directivas de gobierno, acuerda NO ACCEDER a la desclasificación solicitada» ⁷¹.

El Consejo de Ministros reconoce abiertamente, pues, que el interés que ha tenido en cuenta «*principalmente*» a la hora de decidir sobre la desclasificación solicitada ha sido el de la seguridad del Estado, lo cual pone de manifiesto que no ponderó *equilibradamente* los dos bienes constitucionales en juego. Sólo esto justifica la anulación de su Acuerdo.

Pero, ¿justifica ello también el fallo condenatorio, esto es, ordenar sin más al Gobierno que proceda a la cancelación como materia secreta de los documentos solicitados? A mi juicio, no necesariamente. ¿Por qué? Porque si de lo que adolecía el Acuerdo impugnado era de que no había ponderado equilibradamente los derechos y bienes constitucionales en conflicto, lo que procedía, en principio, era que el Tribunal Supremo lo anulase y ordenase al Gobierno, no que desclasificase los documentos solicitados, sino que volviese a decidir acerca de la desclasificación requerida, ponderando esta vez —¡y equilibradamente!— los valores constitucionales en juego (ponderación que, de haber conducido nuevamente a una denegación de la desclasificación solicitada, podría haber sido nuevamente objeto de control jurisdiccional en cuanto a su adecuación constitucional).

La cuestión no es baladí. Si el Tribunal no procede de este modo, no se limita a controlar la conformidad a la Constitución de la ponderación efectuada por el Gobierno —que es a quien con plenitud de conocimiento compete realizarla en primera instancia—, sino que simple y llanamente la *sustituye* ⁷². Y no es que la sustitución en sede

⁷¹ La cursiva es mía.

⁷² En este sentido, son frecuentes en las sentencias de 4 de abril de 1997, sobre todo en la recaída en el recurso nº 726/1996 (*caso Oñederra*), formulaciones que revelan que la Sala Tercera del Tribunal Supremo no pretendió limitarse a controlar la ponderación efectuada por el Gobierno, sino que —ante la ausencia de una ponderación por su parte— ponderó por sí misma (y en sustitución de la de aquél) los bienes y derechos constitucionales en conflicto: «(...)

judicial de un acto del Poder ejecutivo esté descartada *a limine*. Lo que sucede es que, como es sabido, sólo es legítima cuando en el caso de autos únicamente una sola solución se ajusta a Derecho. Pues bien, no parece que las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 hayan justificado suficientemente, al proceder a la ponderación que no había efectuado en su día el Gobierno, que en relación con todos y cada uno de los distintos documentos solicitados sólo cabía, *como único ajustado a Derecho*, el resultado ponderativo al que finalmente llegó por sí misma la propia Sala (y que, en la amplia mayoría de los casos, dio prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva ⁷³). Esta justificación (cuya viabilidad en cada caso es posible que sea discutible) era sin embargo necesaria para legitimar adecuadamente el fallo *sustitutorio* por el que el Tribunal Supremo ordenó al Gobierno que desclasificara los mencionados documentos (y no sólo que volviera a decidir acerca de la desclasificación requerida, una vez efectuada la ponderación entre el valor constitucional de la seguridad del Estado y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que, a la vista de la motivación del Acuerdo de 2 de agosto de 1996, el Gobierno había omitido realizar al adoptarlo).

En fin, la falta de justificación suficiente de la viabilidad jurídica de un fallo condenatorio en los casos de autos ha sido, precisamente, uno de los más señalados motivos de discrepancia que llevaron a varios Magistrados de la Sala Tercera del Tribunal Supremo a formular Votos particulares en relación con las sentencias de 4 de abril de 1997. Veamos para concluir —a través del extracto de algunos pasajes, especialmente expresivos, de tales Votos— cuál fue en este punto la argumentación de los Magistrados discrepantes:

Voto particular que formula el Presidente de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, Excmo. Sr. D. Angel RODRÍGUEZ GARCÍA ⁷⁴:

aconsejan que *desvelemos* el secreto de todos ellos (...); «(...) aconsejan que también respecto a él *demos* prevalencia al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva», etc. (F.º J.º 11º; la cursiva es mía).

⁷³ F.º J.º 11º de la sentencia recaída en el recurso 726/1996 (*caso Oñederra*), F.º J.º 11º de la sentencia recaída en el recurso 602/1996 (*caso Lasa/Zabala*), así como F.º J.º 9º a 12º de la sentencia recaída en el recurso 634/1996 (*caso Urigoitia*).

⁷⁴ En relación con la sentencia recaída en el recurso nº 726/1996 (*caso Oñederra*).

«Mi discrepancia (...) arranca del método seguido en la sentencia para someter a control el Acuerdo del Consejo de Ministros de 2 de agosto de 1996, que ha determinado, a mi juicio, que la Sala haya operado desde criterios de oportunidad que le han llevado a sustituir al Gobierno, en lugar de efectuar un control jurídico de la actuación recurrida, único posible dentro de los límites constitucionales de la potestad jurisdiccional (...). Es justamente este «juicio de ponderación y compaginación de intereses constitucionales que en apariencia se revelan como de difícil conciliación» —así se califica en otro pasaje de la sentencia— dentro del que se ha movido la decisión del recurso con el resultado que refleja el fallo, el que me parece incompatible con el respeto a los límites de la potestad jurisdiccional que resultan de los arts. 9 y 106.1 de la Constitución (...).»

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Fernando LEDESMA BÀRTRET ⁷⁵:

— La sentencia «podría ir más allá de lo judicialmente posible, puesto que, sin señalar los vicios de legalidad en que hubiera incurrido el acuerdo impugnado, sustituye el criterio del Consejo de Ministros por el del Tribunal, y ello, insistimos, tras aceptar la propia sentencia que el Gobierno ejerció funciones de dirección política y que el contenido de la información clasificada era acreedora de la calificación de secreta» (F.º J.º 4º *in fine*).

— «(...) no encuentro en nuestro sistema jurídico precepto alguno que permita sostener que la sola exposición al Gobierno del Juez Instructor pueda convertirse en argumento definitivo para sostener que sólo sería ajustado a Derecho un acuerdo del Consejo de Ministros que, atendiendo a tal exposición, procediera a la desclasificación. (...) nos parece que el Gobierno (...) habrá de valorar cuantos factores concurren y tomará la decisión que considere ajustada a Derecho. Esta decisión, no necesariamente coincidente con la del Juez Instructor, será aquella cuya legalidad deba ser fiscalizada por este Tribunal (...)» (F.º J.º 10º).

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Pascual SALA SÁNCHEZ ⁷⁶:

Se rechaza la sentencia mayoritaria «en cuanto, para juzgar acerca de la legalidad del acuerdo aquí impugnado, no se parte, como sería lo

⁷⁵ En relación con la sentencia recaída en el recurso nº 726/1996 (*caso Oñederra*).

⁷⁶ En relación con la sentencia recaída en el recurso nº 726/1996 (*caso Oñederra*).

adecuado, del contrapunto dialéctico entre las razones en que aquél se apoya y el derecho a la tutela judicial efectiva que se aduce por los recurrentes, sino de un juicio genérico que trata de sopesar, en cada caso concreto de desclasificación y entrega de documentación, la prevalencia del valor «seguridad del Estado» o del derecho fundamental supuestamente desconocido (...). El juicio de ponderación debe discurrir partiendo de la motivación expuesta en el acuerdo recurrido, averiguando si la denegación con que concluye puede estimarse arbitraria, desproporcionada, desprovista de racionalidad y razonabilidad, falta de coherencia, separada, en suma, del valor o valores que trata de salvaguardar, y, por contra, lesiva o desconocedora del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva» (F.º J.º 8º).

Voto particular que formula el Magistrado Excmo. Sr. D. Juan Antonio XIOL RÍOS ⁷⁷:

— «Existe un núcleo de poderes de ejercicio discrecional respecto del que la limitación de las técnicas de control condicionadas por la compartimentación de las materias, los procedimientos y los fines tiene una especial intensidad y en donde la llamada autorrestricción o autonegación de los tribunales adquiere una presencia necesaria. Cuando se trata de actos del Gobierno, la aplicación de las técnicas de control tiene que orientarse atendiendo a la función constitucional que corresponde a este órgano, evitando el riesgo siempre presente en todos los sistemas de derecho comparado de sustitución en la acción de gobierno (...). Estos riesgos, pienso, no están del todo ausentes de la sentencia de la que discrepo» (F.º J.º 4º).

— «El ámbito de los secretos de Estado (...) se integra en la materia que en otros derechos se caracteriza como perteneciente al mundo de los expertos (...). Ello nos obliga a ser especialmente prudentes en aquellos ámbitos del secreto de Estado en que se admite que estas circunstancias concurren con especial intensidad (...). En realidad, este procedimiento de análisis no es sino un enriquecimiento y profundización del que nos ofrece la vieja disciplina de la llamada discrecionalidad técnica, que tan acostumbrados estamos a aplicar y que nos aconseja, valorando el procedimiento seguido para la toma de las decisiones y la significación de imparcialidad y competencia técnica del órgano que las ha adoptado y de los asesoramientos de que ha disfrutado, dejar un margen amplio (lo que los tribunales de otros países llaman reconocer una deferencia) fundado en la confianza que pueda merecernos un juicio emitido en aquellas condiciones (...)» (F.º J.º 5º).

⁷⁷ En relación con la sentencia recaída en el recurso nº 726/1996 (caso *Oñederra*).