



Revista

ISSN 2007-4700

Perla

MÉXICO

Número 5 • Septiembre 2013



El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación*



José L. González Cussac

Universidad de Valencia, España

RESUMEN: *El tratamiento jurídico y jurisdiccional de los secretos de Estado siempre genera polémicas. Se presentan problemas a la hora de la investigación judicial de las actividades secretas del Estado (fondos reservados, responsabilidad de funcionarios, etc.). Se concluye que la justicia siempre tiene potestad para investigar todos los delitos, pero los jueces no son competentes para revelar materias clasificadas legalmente.*

PALABRAS CLAVE: *Información clasificada, secretos de Estado, investigación de delitos, medios de prueba.*

ABSTRACT: *The jurisdictional and legal handling of State secrets always generates polemics. Problems come forward when carrying out the judicial inquiry of the secret activities of the State (reserved funds, responsibility of officials, etc.). The conclusion is that justice always has the power to investigate all crimes, but the judges are not competent to reveal legally classified matters.*

KEY WORDS: *classified information, state secrets, crime investigation, means of evidence.*

SUMARIO: *1. Planteamiento. 2. La solución de un caso difícil como propuesta. 3. La posibilidad de investigación judicial de los delitos cometidos a través de actividades declaradas como secretas. 4. La posición jurídica del funcionario público: entre la obligación de declarar como testigo y el deber de secreto. 5. Las posibles consecuencias delictivas de prestar declaración sobre tal uso a tenor de lo dispuesto en los artículos 417 y 599 CP (antes art. 367): delito de revelación de secretos. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.*

* Publicado previamente en *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos* (coordinadores F.J. Álvarez García, M.A. Cobos Gómez de Linares, P. Gómez Pavón, A. Manjón-Cabeza Olmeda y A. Martínez Guerra), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 603-620. También publicado en *Inteligencia y seguridad: Revista de Análisis y prospectiva*, núm. 12, 2012.

El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

1. Planteamiento

En numerosas ocasiones y en diversos países se ha planteado el dilema del acceso judicial a los secretos de Estado.¹ Pero como advirtiera ya Díez-Picazo Jiménez,² hay que tener en cuenta que las hipótesis de solicitud de intervención judicial sobre datos de carácter reservado pueden ser de dos tipos: primero, una pretensión de levantamiento del secreto o de declaración de que su revelación es lícita, ya que se le pide al juez que ordene o convalide la revelación del secreto a efectos, en principio, extraprocesales; y, segundo, la pretensión de utilización de información secreta como prueba en un proceso, esto es, se solicita al juez para que obtenga o admita información clasificada a efectos intraprocesales.³

Como el mismo autor citado reconoce explícitamente, la distinción entre ambas hipótesis no siempre es nítida: por ejemplo, cabe solicitar la práctica de una prueba para dar a conocer a la opinión pública cierta información clasificada. Con todo, la distinción puede ser válida, especialmente porque nos permite una reflexión acerca de la posición constitucional del juez en cada una de las dos hipótesis; y también, porque en cualquier caso, la resolución judicial ha de ceñirse al objeto del litigio.

En efecto, cuando se solicita al juez que ordene o avale la revelación de un secreto, la cuestión principal es si la tutela de ese secreto está protegida por la

Constitución o, aun siendo legítima, no lo está. En este último supuesto, el juez ha de limitarse a aplicar la ley correspondiente. Pero, en cambio, si el secreto es constitucionalmente relevante, no basta con la aplicación judicial de la ley, sino que la operación clave consistirá en determinar si hay en juego otros valores constitucionales ante los cuales dicho secreto deba ceder. Esto es, en estas hipótesis deberá proceder a una ponderación de los valores constitucionales en conflicto, con una significativa importancia del principio de proporcionalidad, que en cualquier caso exige minimizar el sacrificio del valor que deba ceder.⁴ Naturalmente, también existen supuestos en los que la ley aplicable excluye la ponderación entre los valores constitucionales en conflicto, ya la contiene expresamente y en consecuencia impone la prevalencia de un valor sobre los otros. Pues bien, en estas hipótesis el juez debe aplicar la ley y la única alternativa razonable que le queda es plantear la cuestión de inconstitucionalidad. De ahí que en materia de secretos oficiales se discuta acerca de la concurrencia o no del control constitucional junto al control de legalidad.⁵

En este contexto, resulta esencial acoger con precisión la distinción propuesta por Varela Castro,⁶ entre los grados de alcance de las limitaciones al principio de publicidad: así, junto al deber genérico de sigilo de los funcionarios, de carácter subjetivo para su determinación,⁷ se prevén supuestos de materias,

¹ Chiavario, M. *et al.*, *Segreto di Stato e giustizia penale*. Bolonia, Zanichelli, 1978; Clarke, D.L., "Secrecy, foreign intelligence and civil liberties: has the pendulum swung too far?", *Political Science Quarterly*, núm. 3, 1984; Grevi, V., "Segreto di Stato e proceso penale, en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983; Guarneri, C. y Pederzoli P., *La Democrazia Giudiziaria*, Bolonia, Il Mulino, 1997; Halperin, Morton H. y Hoffman, Daniel N., "*Top secret: national security and the right to know*", Washington, New Republic Books, 1977; McCormick, N., "The Interest of the State and the Rule of Law", en Wallington P. y Merkin, R. (eds.), *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*, Londres, Butterworths, 1986; McCuen, Gary E., *Secret democracy: civil liberties vs. the national security state*, Hudson, Wis., G.E. McCuen Publications, 1990; Miglio, G., "Il segreto politico", en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983; Musio, G., "Il segreto politico-militare di fronte alla corte costituzionale", en *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 38, I, 1976; O'Dell, T.H., *Inventions and official secrecy: a history of secret patents in the United Kingdom*, Oxford University Press, 1994; Paolozzi, G., *La tutela processuale del segreto di Stato*, A. Giuffrè, Milán, 1983; Pisa, P., *Il segreto di Stato. Profili penali*, Giuffrè, Milán, 1977; Revenga Sánchez, M., *El imperio de la política. Seguridad Nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995; Revenga Sánchez, M., "El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de Derecho comparado", *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996; Santolaya Machetti, P., "El control de los secretos de Estado: la experiencia en derecho comparado", *Poder Judicial*, núm. 40, 1995.

² Díez-Picazo Giménez, L.M., "Publicidad y secreto en la Constitución", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997.

³ Fernández Allés, J.J., "Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (I)", *La Ley*, núm. 4762, 25 de marzo de 1999 y "Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (II)", *La Ley*, núm. 4763, 26 de marzo de 1999.

⁴ Díez-Picazo Giménez, L.M., "Publicidad y secreto en la Constitución", *op. cit.*

⁵ Wilkinson Morena de la Vall, H., *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2007, p. 205.

⁶ Varela Castro, L., "Secreto de Estado o secreto contra el Estado (A propósito de la sentencia publicada en el caso "Amado", o quizá debiera ser otra la etiqueta?...)", *Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991.

⁷ Orts Berenguer, E., "Revelación y uso indebido de secretos e informaciones", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, Madrid, 1994.

acotadas objetivamente, cuya clasificación es graduable como secreta o reservada.⁸ En efecto, “mientras los primeros supuestos son causa de relevo de la obligación de determinados sujetos respecto de la obligación de testimoniar, los segundos implican materias no susceptibles de ningún tipo de prueba”. Y esta diferencia responde al distinto fundamento de una y otra limitación a la investigación criminal. Así, en el deber genérico de sigilo del funcionario el interés tutelado es la eficacia de la acción administrativa o los derechos de los ciudadanos.⁹ Por el contrario, la clasificación de materias secretas o reservadas responde a la seguridad nacional y la defensa del Estado. Por ello, las sanciones a uno y otro quebrantamiento de estas dos áreas de la obligación de sigilo es a su vez muy diferente por su diversa gravedad.

Por tanto, cuando lo que se solicita al juez es la admisión o la obtención de información clasificada a efectos probatorios, una de las claves ha de situarse entonces en esa faceta del derecho a la tutela judicial efectiva que consiste en utilizar “los medios de prueba pertinentes” (art. 24 CE), como establecen las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (Sala 3^a), relativas a los llamados “papeles del CESID”.¹⁰ La otra clave se articula en torno al secreto de Estado. Por consiguiente, en apariencia, cuanto menos, nos hallamos ante un conflicto de intereses generalmente resuelto mediante el recurso a la técnica de la ponderación. Sin embargo, este caso presenta la particularidad de que el balancín no se proyecta sobre dos derechos fundamentales, sino entre uno de ellos (tutela judicial efectiva) y el interés del Estado en la seguridad y defensa nacional, para lo que recurre a la técnica del secreto. Dicho esto, conforme a la consolidada doctrina y jurisprudencia, la primera exigencia para poder aplicar la ponderación es que aquél interés

esté previsto formalmente en una ley con un cierto grado de determinación.¹¹

En nuestro ordenamiento esa previsión referente a materias reservadas se encontraría en la Ley 9/1968, sobre Secretos Oficiales, modificada por Ley 48/1978, así como, básicamente por la Ley 2/2011, reguladora del CNI.¹²

Este debate obviamente se presenta especialmente complejo en supuestos de investigación penal, en donde precisamente el juez instructor debe decidir acerca de una conducta directamente vinculada con una actividad estatal declarada secreta. Y todavía puede devenir más difícil si esa actividad judicial se proyecta en la obtención de pruebas a través de declaraciones testificales de funcionarios públicos que conocen o pueden conocer informaciones declaradas como clasificadas, precisamente en el ejercicio de sus funciones. Sobre este punto concreto es donde deseo incidir en las líneas que siguen.

2. La solución de un caso difícil como propuesta

Las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997 (Sala 3^a) resolvieron el conocido asunto denominado “los papeles del CESID” conforman, junto al Auto del Tribunal Supremo de 20 febrero 1995 (Sala 2^a), en relación al caso llamado “de los fondos reservados”, la doctrina jurisprudencial más importante nacida recientemente en nuestro país sobre esta problemática. Pero en materia penal, nos interesa examinar esta última resolución. Por ello, a partir de aquí formularé un comentario crítico y alternativo al razonamiento contenido en el precitado Auto, que de alguna manera pueda servir también como propuesta de resolución de estos supuestos. Naturalmente la propuesta está referida al Derecho español.

⁸ Cousido González, M.P., *Secretos Oficiales. Comentarios a su Ley y Reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995.

⁹ Romeo Casabona, C. M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

¹⁰ Díez-Picazo Giménez, L.M., “Publicidad y secreto en la Constitución”, *op. cit.*; Díez-Picazo Giménez, L.M., “El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994”, *La Ley*, núm. 3952, 15 de enero de 1996; Álvarez Conde, E., “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril 1997”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997; Lozano, B., “El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración: juicio crítico de la Sentencia del Tribunal de Conflictos sobre los documentos del CESID”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, 1996; Rebollo Vargas, R. “Los límites del secreto de Estado (Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995)”, *Cuadernos Jurídicos*, núm. 40, 1996.

¹¹ Varela Castro, L., “Secreto de Estado o secreto contra el Estado...”, *op. cit.*

¹² González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B. y Fernández Hernández, A., “Derecho”, en *Inteligencia* (coord. J. L. González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 299 y 337 y ss.

El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

Pues bien, para aproximarnos al núcleo de las cuestiones que generó la actuación judicial sobre este asunto de “gastos o fondos reservados”,¹³ deben despejarse sucesivamente varias interrogantes, y a la vez tratar de separar y ordenar aspectos muy distintos del expediente, sin embargo, el Auto comentado entremezcla sin matices lo que de manera inexorable arrastra a una solución dudosa.

Los tres planos diferentes que conviene analizar de forma separada y ordenada para alcanzar una respuesta sólida y fundada, son los siguientes:

- a) Examinar la posibilidad de investigación judicial de los presuntos delitos cometidos a través del uso de los “fondos reservados”, actividad ésta, que como es obvio, se encuentra declarada como secreta.
- b) Comprobar la posición jurídica del funcionario público, situada en principio entre la obligación de declarar como testigo y el deber de secreto; esto es, dilucidar la existencia o no para el funcionario encargado de su manejo, de una obligación jurídica de declarar ante el juez o tribunal como testigo sobre el uso de tales gastos reservados, bajo advertencia de comisión de un delito de denegación de auxilio, y conjugar esta obligación con el deber de sigilo y reserva que impone su declaración de materia clasificada.
- c) Evaluar las posibles consecuencias delictivas de prestar declaración testifical sobre tal uso de los fondos reservados, a tenor de lo dispuesto en los arts. 417 y 599 CP (delitos de revelación de secretos).

A continuación desarrollo sucesivamente estos tres planos problemáticos.

3. La posibilidad de investigación judicial de los delitos cometidos a través de actividades declaradas como secretas

La investigación judicial de cualquier actividad indiciariamente delictiva es una posibilidad indiscutible. En un Estado de Derecho no hay más parcelas ajenas a la investigación judicial que aquellas que se establecen legal y constitucionalmente por razón de espacio, tiempo o por las personas: territorialidad e irretroactividad de la ley penal e inviolabilidad.

Ahora bien, parece ocioso recordar que tal investigación ha de llevarse a cabo a través de los cauces legales previstos en el ordenamiento jurídico y con respeto a sus normas y principios. Y en este tema el ordenamiento jurídico ha puesto diversas limitaciones a la tarea instructora, en general, vinculada al respeto de los derechos y las garantías fundamentales, pero también en consideración a la propia seguridad del Estado, al verse en peligro por la investigación judicial, si se permitiera un acceso público e indiscriminado a los secretos. Ello no quiere decir que no se pueda investigar sobre parcela alguna de la realidad, pues ni siquiera queda excluida aquélla desempeñada por el propio Estado declarada como secreta. Es decir, que tal investigación se encuentra modulada por la materia sobre la que recae y por los bienes jurídicos que se ven afectados a través de la investigación.

Conocer la verdad material en la investigación de los hechos delictivos no es el valor supremo del ordenamiento jurídico. Es evidente que no todo está justificado para llegar a saber la verdad de una imputación criminal. La investigación penal ha de hacerse conforme a la Constitución, conforme a la ley y respetando todo un conjunto de derechos fundamentales y deberes jurídicos que se consideran preeminentes al deber de colaboración y auxilio a la justicia.

Existe un amplio consenso doctrinal y una reiterada jurisprudencia constitucional acerca de esta idea básica. De ello se deriva el entendimiento de que el art. 24 de la Constitución no consagra el derecho a llevar a cabo una actividad probatoria ilimitada, sino sólo a la proposición y práctica de pruebas pertinentes y lícitas. Y a efectos constitucionales, como recuerda Díez-Picazo Jiménez, la pertinencia de la prueba queda íntimamente ligada a que su rechazo produzca indefensión (STC 116/1983, 30/1986, 1/1996, etc.): “Ello significa que, si la inadmisión como medio de prueba de la información constitucionalmente secreta no desemboca en indefensión ‘o sea, no es el único medio de acreditar la pretensión de una de las partes’, lo más ajustado a la Constitución es, quizá, rechazar la solicitud”.¹⁴

Sin embargo, la cuestión en nuestra legislación ordinaria se torna más compleja por varias causas. La primera, por una manifiesta obsolescencia de la Ley de Secretos Oficiales, actualizada de modo insuficiente

¹³ Morales García, O., “Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio: (a propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)”, *Actualidad Penal*, núm. 16, 1996.

¹⁴ Díez-Picazo Jiménez, L.M., “Publicidad y secreto en la Constitución”, *op. cit.*, 1997.

por la Ley 11/2002, reguladora del CNI.¹⁵ En segundo lugar, por la ausencia de una regulación procesal específica con previsión de mecanismos idóneos para minimizar el sacrificio del secreto a efectos probatorios y encausarlo con el derecho a la tutela judicial efectiva de las partes. Esto es, hallar un equilibrio razonable entre el derecho de las partes a proponer pruebas e impulsar la investigación judicial, y por otra parte, salvaguardar el secreto oficial. Las citadas sentencias del Tribunal Supremo de la Sala 3ª de 4 de abril de 1997 son excelentes exponentes de que esta ausencia de regulación aboca a soluciones creativas, como la solución dada al caso, decretando una inspección reservada de los documentos clasificados *in camera*.¹⁶

Y la tercera causa, porque la figura de nuestro juez instructor, con sus exorbitados poderes de investigación de oficio, no permite una traslación simétrica y clara de la anterior doctrina en materia de derecho a la tutela judicial efectiva. Una cuestión muy ardua de resolver y que desborda este análisis, pero que debe quedar apuntada.

De modo que el juez instructor se encuentra ante dos alternativas. La primera, resolver el conflicto denegando el acceso a documentos reservados, alegando, que carece de competencia para forzar su desclasificación, o bien que la ponderación se decide por la salvaguarda de la seguridad nacional. El proceso penal podrá continuar, si tiene consistencia, con otros medios probatorios, y las partes afectadas por la denegación podrán acudir al correspondiente recurso. La segunda alternativa consiste en que el juez instructor declare la pertinencia de la prueba atinente a materias clasificadas, requiriendo documentos a las autoridades competentes o bien llamando a declarar como testigos a los funcionarios responsables de las mismas.

En cualquier caso ha de tenerse presente que en la ponderación de intereses entre el derecho fundamental y el secreto de Estado surge el problema, en un doble sentido, de la legitimación del poder competente

para establecer el límite de la investigación penal: *a)* qué autoridad determina la materia tipificada como secreta; y *b)* quién decide si la pretensión investigadora incide o no en aquella materia.¹⁷ La primera cuestión está claramente resuelta en la legislación citada sobre Secretos Oficiales, que atribuye exclusivamente esta competencia al Consejo de Ministros. Ahora bien, al menos debemos apuntar la discusión sobre la intensidad y alcance de la revisión de estos acuerdos, así como su pretendida naturaleza de actos políticos.¹⁸

4. La posición jurídica del funcionario público: entre la obligación de declarar como testigo y el deber de secreto

En el caso de una solución judicial favorable a indagar sobre la actividad declarada secreta, se presenta para el funcionario público encargado de su manejo el dilema de la existencia de una obligación jurídica de declarar ante el juez o tribunal como testigo sobre dichas actividades reservadas. Es decir, ante la indiscutible posibilidad de investigar que tiene el Juez de Instrucción, existe una indubitada obligación de declarar sobre el uso de tales actividades reservadas para el funcionario público encargado de su manejo.

Planteado en otros términos: si se dicta una resolución judicial de admisión de la práctica de la prueba, no queda más salida que acatarla, de conformidad al art. 118 CE, quedando obligado a prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso. Esta solución evitaría su responsabilidad por el delito de denegación de auxilio y desobediencia, y en caso de estimarse que esa resolución judicial lesiona derechos fundamentales u otros valores constitucionales, dejaría en todo caso abierta la exigencia de responsabilidad al Estado por error judicial (art. 121 CE), o directamente del propio juez (art. 117 CE). No obstante, de seguirse esta vía subsiste una hipotética imputación del servidor público por revelación de secretos relativos a la seguridad y defensa nacional.

¹⁵ González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B. y Fernández Hernández, A., "Derecho", en *Inteligencia*, op. cit., 2012, p. 344 y ss.

¹⁶ Díez-Picazo Giménez, L.M., "El secreto de Estado en el proceso penal. A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994", *La Ley*, núm. 3952, 15 de enero de 1996; Álvarez Conde, E., "La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril 1997", *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997; Lozano, B., "El sistema de conflictos jurisdiccionales...", op. cit.; Rebollo Vargas, R., "Los límites del secreto de Estado (Sentencia del Tribunal de Conflictos Jurisdiccionales de 14 de diciembre de 1995)", *Cuadernos Jurídicos*, núm. 40, 1996.

¹⁷ Varela Castro, L., "Secreto de Estado o secreto contra el Estado...", op. cit.

¹⁸ Díez Sánchez, J.J., "El control judicial de los secretos oficiales", en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

Ahora bien, porque si se sigue esta interpretación, se está aceptando implícitamente que, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, la Constitución permite que los jueces en el proceso penal tengan acceso a informaciones declaradas secretas. Y esta derivada no puede considerarse como una solución jurídicamente impecable.

Y no lo es porque los jueces, al igual que el resto de los poderes públicos, estén plenamente “sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico” (art. 9 CE). Como he advertido con anterioridad, tanto la ley fundamental como otras leyes ordinarias fijan límites a la actividad judicial, asociados a la vigencia de derechos y garantías fundamentales.¹⁹ De modo que tampoco los jueces podrán traspasarlos lícitamente, con independencia de su virtual eficacia para el esclarecimiento sobre hechos relevantes para la resolución de la causa.²⁰ Pues bien, de igual modo debemos determinar si el texto constitucional y la legislación ordinaria contienen un deber de no injerencia judicial en materias constitucionalmente garantizadas por el secreto.²¹ Si así fuera, nos encontraríamos ante una hipótesis semejante a la de una resolución judicial que vulnera el derecho a la intimidad personal, si bien aquí la violación judicial recaería sobre la garantía del secreto de Estado. Esta tesis confirmaría el plasmar en el texto constitucional los límites tendentes a evitar la quiebra de los secretos oficiales, y el consiguiente daño a la seguridad nacional, también frente a investigaciones judiciales en el ámbito penal. Esto es, una manifestación del principio de separación de poderes con salvaguarda de las diferentes atribuciones de competencias.²²

El Auto de 20 de febrero de 1995 que se comenta, afirma de modo contundente que el funcionario no implicado tiene la obligación de declarar y revelar a la autoridad judicial la comisión de un delito de uso concreto de los fondos reservados.²³ Tal afirmación se hace sin matices, sin una justificación expresa que lo fundamente y se añade que el funcionario “no puede ampararse en el art. 417-2º de la LECriminal”.

En efecto, porque la anterior aseveración olvida y desconoce que la obligación de prestar la colaboración requerida a jueces y magistrados en el curso del

proceso penal que se recoge en el art. 118 de la CE, no es una obligación general e ilimitada, sino que encuentra en la propia Constitución algunos importantes límites y excepciones.

El Tribunal Supremo en esta resolución parece desconocer el último párrafo del artículo 24.2 de la Constitución, que al concretar los derechos fundamentales y libertades públicas (tutela judicial efectiva, proscripción de la indefensión, juez ordinario predeterminado por la Ley, derecho de defensa, derecho a ser informado de la acusación, a un proceso público con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y con la posibilidad de usar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra si mismo, así como a la presunción de inocencia) establece con carácter imperativo que “la Ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos”.

No se olvide que, en el presente asunto, no se trata del secreto profesional de los periodistas, reconocido en el art. 20 d) del texto constitucional, sino de *otros secretos profesionales* y que este precepto encuentra hoy su desarrollo en el artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Este precepto no puede ser olvidado o derogado sin más por el Auto del Tribunal Supremo, ya que se trata de un precepto que no sólo no es inconstitucional sino que encuentra expreso respaldo en la norma constitucional citada.

En efecto, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, al regular las declaraciones de los testigos en sus artículos 410 y siguientes, después de fijar la obligación general de declarar de todos los que residan en territorio español el art. 410, señala las excepciones a este precepto general, que no son pocas: el rey y la reina, sus respectivos consortes, el príncipe heredero y los regentes (art. 411), el personal diplomático conforme a lo previsto en los tratados, los parientes del procesado en línea directa ascendente y descendente, su cónyuge [...], el abogado del procesado respecto de los hechos que éste le hubiese confiado en su calidad de defensor (art 416), y finalmente, en el art. 417, los eclesiásticos y ministros de otros cultos sobre los hechos que les

¹⁹ Vives Antón, T.S., *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 967 y ss.

²⁰ Varela Castro, L., “Sobre la legitimidad del poder judicial”, *Poder Judicial*, número especial XI, 1986; Vives Antón, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.

²¹ González Cussac, J.L., Larriba Hinojar, B.; y, Fernández Hernández, A., “Derecho”, *op. cit.*, p. 290 y ss.

²² García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*. Civitas, Madrid, 1996.

²³ Morales García, O., “Fondos reservados...”, *op. cit.*

fueren revelados en el ejercicio de las funciones de su ministerio y conforme al numeral 2º:

los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.

Pues bien, este precepto que desarrolla el principio establecido en el art. 24.2º del texto constitucional, no puede ser derogado de *facto* por decisión judicial pese a las afirmaciones contenidas en el auto de 20 de febrero de 1995, porque es un precepto vigente y con base constitucional, sin que se haya declarado su inconstitucionalidad sobrevenida por el Tribunal Constitucional.

En conclusión, con apoyo expreso en lo establecido en el art. 24.2 *in fine* de la Constitución y en el art. 417 de la LECriminal, no existe para el funcionario público obligación de declarar como testigo en ningún proceso sobre los secretos a que haya tenido acceso por razón de su cargo, cuando estas materias hayan sido clasificadas formalmente de acuerdo a la legislación vigente. En este mismo sentido, aunque quizá más matizadamente se ha pronunciado un sector de la doctrina.²⁴

La inexistencia de esta obligación de declarar significa que ninguna consecuencia jurídica puede extraerse de la negativa a declarar: ni puede valorarse como contraindicio, ni puede dar lugar a responsabilidad penal por denegación de auxilio a la justicia, ya que la Constitución y la Ley exoneran expresamente de esta obligación.

Tan es así que se protege penalmente la revelación del secreto a través de los arts. 417 y 599 del CP. Este tema lo abordaré en el siguiente apartado.

5. Las posibles consecuencias delictivas de prestar declaración sobre tal uso a tenor de lo dispuesto en los artículos 417 y 599 CP (antes art. 367): delito de revelación de secretos

Ya hemos visto que nunca existe para el funcionario público encargado de su manejo obligación de declarar en cualquier proceso penal de investigación sobre los secretos oficiales que hubiere conocido por razón

de su cargo. Esta posibilidad de no declarar se ampara en la necesidad de proteger el secreto oficial frente a indagaciones directas sobre el funcionario, pero también se convino que sí cabe investigar judicialmente sobre actividades relativas a materias clasificadas secretas si se aprecia la posible comisión de hechos delictivos en su gestión.

Se plantea ahora la cuestión de valorar si el funcionario público, que no tiene obligación de declarar, incurre o no en delito de revelación de secreto descrito en el CP si opta por declarar pese a la obligación legal de guardar secreto y la no obligación jurídica de declarar en el proceso.

Nos encontramos ante un caso típico de *colisión de deberes* que ha de ser resuelto según las normas clásicas del principio de ponderación de intereses.

a) Por una parte el funcionario tiene la obligación de guardar secreto, así lo disponen las leyes reguladoras de los fondos reservados y lo protege el CP a través de un tipo básico (art. 417) y otro específico (art. 599). Para garantizar la posibilidad de que guarde secreto la Constitución y la Ley le exoneran de la obligación de declarar. Incluso en un proceso penal en curso basado en la investigación de hechos presuntamente delictivos (arts. 24.2 CE y 417.2 de la LECriminal).

b) Por otra parte el funcionario público tiene el deber general de “prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso” (art. 118 de la CE y art. 412 del CP) y el deber de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictivos que conociere, protegido penalmente por el artículo 408 del CP. Junto a estos preceptos debe considerarse también el delito de desobediencia, en este caso a la autoridad judicial (art. 410).

Se dice que concurre un conflicto de deberes cuando para cumplir un deber es preciso infringir otro. Concurre entonces una situación de conflicto que en la doctrina mayoritaria se considera una manifestación particular del “estado de necesidad”. Lo peculiar de la colisión de deberes es que en ella el sujeto debe actuar u omitir. La situación característica de la colisión de deberes, se da tanto en caso de concurrencia de dos deberes de actuar, como cuando coinciden un deber de actuar, colaborar con la investigación judicial, y un deber de omitir, guardar secreto sobre lo conocido en ejercicio del cargo.

²⁴ Otero González, P., *La revelación de secreto de Estado en los procedimientos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

En líneas generales, suele admitirse que en la colisión de deberes resulta justificada la infracción de un deber igual o inferior al que se cumple. Ello supone que habrá casos en que la obligación de guardar secreto prevalezca sobre la obligación de colaborar en el curso de la investigación judicial, y ello ocurrirá siempre que con el cumplimiento del primer deber se salvaguarde un interés jurídico igual o mayor que aquel que consiste en la colaboración con la investigación judicial.²⁵

El conflicto entre los dos deberes que describimos habrá de resolverse ponderando los intereses en juego, y para la ponderación habrá de analizarse caso por caso para determinar cuál es el valor de cada interés jurídico.

No cabe afirmar, como hace la resolución del Tribunal Supremo, que en ningún caso constituye delitos de los arts. 417 o 599 del CP la revelación del secreto conocido en el ejercicio del cargo si se hace a través de un acto de colaboración con la autoridad judicial que investiga un delito. No cabe hacer una afirmación tan tajante y sin matices, porque tal tesis supone resolver la colisión de deberes siempre en favor de la investigación judicial como valor supuestamente preeminente frente a cualquier otro. Y esta solución implica considerar como absoluto uno de los valores en juego y a la vez orillar siempre al otro. En consecuencia, no puede aceptarse su corrección.

Ciertamente a través de la investigación judicial se busca descubrir la comisión de un hecho delictivo. Ni siquiera se trata de impedir el delito, sino de descubrir a los responsables del delito ya cometido. Por consiguiente la importancia de tal interés jurídico mantiene una relación estrecha con la gravedad del delito, pero no coincide con éste, sino que está en función de la imprescindibilidad de la revelación del secreto para llegar a conocer la verdad y otros factores concurrentes —como una grave afectación a la seguridad nacional, la revelación de identidades de agentes o fuentes, de métodos, sistemas operativos, objetivos, etc.— que habrá que relacionar con el interés que se protege a través del secreto. Uno de los parámetros posibles es la pena que el CP prevé para los respectivos delitos derivados del incumplimiento de los deberes en colisión.

Obsérvese que la revelación de secretos se castiga en el tipo básico del art. 417, 1º del CP con penas de multa de 12 a 18 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años; con pena de prisión de uno a tres años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de tres a cinco años, si tal revelación causa grave daño a la causa pública. Sin embargo, si se aplica el tipo específico del art. 599 CP, descubrimiento y revelación de secretos e informaciones relativas a la defensa nacional, las penas serán de prisión de dos años y seis meses a cuatro años de prisión. Por otro lado, la omisión del deber de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictivos que se conozcan se castiga con pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años (art. 408 CP). El incumplimiento de la obligación del funcionario público de colaborar con la Administración de Justicia se castiga en el art. 412 CP con penas de multa de tres a doce meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años. Si la conducta es realizada por autoridad, jefe o responsable de una fuerza pública, o un agente de la autoridad, se impondrán las penas de multa de doce a dieciocho meses y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de dos a tres años.²⁶

Por tanto, si se acepta como válido el expediente de la ponderación de interés en este caso, y también se admite como criterio de solución la jerarquía de los bienes protegidos expresada en la penalidad, la solución a favor de la impunidad del funcionario que revela a la autoridad judicial secretos oficiales, debe ser cuando menos revisada.

Pero también es posible sostener, conforme a lo desarrollado anteriormente, que el conflicto ya está resuelto expresamente por el ordenamiento jurídico, a favor de la prevalencia del secreto oficial, siempre que así se haya declarado y procedido a su clasificación formalmente.

6. Conclusiones

En conclusión deben hacerse las siguientes matizaciones al Auto de 20 de febrero de 1995 de la Sala II del Tribunal Supremo;

²⁵ Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 345 y ss.

²⁶ Otero González, P., *La revelación...*, *op. cit.*, pp. 75 y ss.

a) Es cierto que no existe parcela alguna de la realidad que no pueda ser investigada conforme a la ley en un proceso judicial por delito. El uso de los fondos reservados, o de cualquier otra actividad secreta, puede ser investigado si se aprecian indicios de delito en su gestión, pero respetando la reglas procesales generales que rigen la investigación penal.

b) No es cierto que exista una obligación general de declarar sobre el uso de fondos reservados. Es más, los funcionarios públicos no tienen nunca la obligación de declarar sobre los secretos que han conocido por razón de sus cargos, ya que se haya plenamente vigente el art. 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y el art. 24.2 de la Constitución. Por ello, ninguna consecuencia jurídica puede extraerse de su decisión de no declarar.

c) A pesar de no tener obligación de declarar, si deciden hacerlo no siempre cometen el delito de revelación de secretos —pueden ver justificada su conducta por salvar un bien jurídico mayor que el que vulneran—, pero tampoco es cierto que en ningún supuesto queden impunes del delito de revelación de secretos, puesto que si el bien jurídico que salvan es inferior al que vulneran, no se hallarían el ámbito de aplicación de una causa de justificación o de una excusa. La colisión de deberes que se da en este caso debe ser resuelta analizando los intereses en juego: la necesidad de la declaración para la investigación judicial y la necesidad de salvaguardar los secretos oficiales del Estado.

En cualquier caso, como se ha advertido ya, también puede argumentarse que el juez penal carece de competencias para desvelar una materia clasificada legalmente y en consecuencia no está autorizado a recurrir a la ponderación de intereses. Al hacerlo, quebrando los procedimientos establecidos para su revisión, invadiría atribuciones que constitucional y legalmente tiene vedadas. Sin embargo, esta interpretación no significa, ni mucho menos, que el secreto de Estado no está sujeto a límites y controles, ni tampoco que su abuso deba quedar impune.²⁷

Una reflexión final: los asuntos relacionados con el secreto de Estado integran siempre la categoría de *casos difíciles*,²⁸ entre otras razones, por la complejidad y polémica que rodean estos asuntos en un Estado democrático de Derecho.²⁹

7. Bibliografía

- Aitken, J., *Officially Secret*, Widenfeld and Nicolson, Londres, 1971.
- Álvarez Conde, E., “La necesidad de una reforma: los secretos de Estado tras las sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril 1997”, en *El acceso judicial a la obtención de datos, Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.
- Álvarez García, F.J., *El delito de desobediencia de los funcionarios públicos*, Bosch, Barcelona, 1987.
- Barile, P., “Democrazia e segreto”, *Quaderni Costituzionali*, núm. 1, 1987.
- Baxter, J.D., *State security, privacy and information*, Harvester Wheatsheaf, Nueva York, 1990.
- Berky, R., “Security and Society. Reflections on Law”, *Order and Politics*, J. Rent and Sons Ltd., Londres, 1986.
- Birkinshaw, P., *Reforming the secret state*, Open University Press, Philadelphia, 1990.
- Caretti, P., “Limiti costituzionali alla tutela del segreto di stato”, *Democrazia e Diritto*, 1986.
- Cavero Gómez, M., “La Ley 11/1995 de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados”, *La Ley*, núm. 4035, 1996.
- Chiavario, Mario *et al.*, *Segreto di Stato e giustizia penale*, Zanichelli, Bolonia, 1978.
- Clarke, D.L., “Secrecy, foreign intelligence and civil liberties: has the pendulum swung too far?”, *Political Science Quarterly*, núm. 3, 1984.
- Cousido González, M.P., *Secretos Oficiales. Comentarios a su ley y reglamento*, Bosch, Barcelona, 1995.
- Díez-Picazo Giménez, L.M., “El secreto de Estado en el proceso penal. (A propósito de la Sentencia del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 de diciembre de 1994)”, *La Ley*, núm. 3952, 15 de enero de 1996.
- , “Publicidad y secreto en la Constitución”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997 (Ejemplar dedicado a: Acceso judicial a la obtención de datos).
- Díez Sánchez, J.J., “El control judicial de los secretos oficiales”, en *El Derecho Administrativo en el*

²⁷ Rebollo Vargas, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecs, Barcelona, 1996.

²⁸ Revenga Sánchez, M., “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1997.

²⁹ Lucas, J. de, “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VII, 1990, pp. 131 y ss.

El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación

- umbral del siglo XXI. Homenaje al profesor Dr. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Fernández Allés, J.J., “Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (I)”, *La Ley*, núm. 4762, 25 de marzo de 1999.
- , “Los secretos de Estado en España. Jurisprudencia y teoría constitucional (II)”, *La Ley*, núm. 4763, 26 de marzo de 1999.
- Ferrajoli, L., “Segreto e informazione nello Stato contemporaneo”, *Democrazia e Diritto*, 1974.
- García de Enterría, E., *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, Madrid, 1996.
- Gómez Orfanel, G., “Secretos de Estado y publicidad en España”, *Estado & Derecho*, núm. 3, 1989.
- Gómez-Reino y Carnota, E., “El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 8, Civitas, 1996.
- González Cussac, J.L., B., Larriba Hinojar y A. Fernández Hernández, “Derecho”, en *Inteligencia* (coord. J. L. González Cussac), Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Grevi, V., “Segreto di Stato e processo penale”, en *Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983.
- Guarneri, C. y Pederzoli P., 1997, “La Democrazia Giudiziaria”, Il Mulino, Bolonia, 1997.
- Halperin, Morton H. y Hoffman, Daniel N., *Top secret: national security and the right to know*, New Republic Books, Washington, 1977.
- Hoffman, D.N., *Governmental secrecy and the founding fathers. A study in constitutional controls*, Westpor, Connecticut, Greenwood, 1981.
- , *The right to Know*, Data Center, Oakland, California, 1985.
- Hooper, D., *Official secrets: the use and abuse of the act*, Secker & Warburg, Londres, 1987.
- Lozano, B., “El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración: juicio crítico de la Sentencia del Tribunal de Conflictos sobre los documentos del CESID”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 91, Civitas, 1996.
- Lucas, J. de, “Democracia y transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. VII, 1990, pp. 131 y ss.
- MacCormick, N., “The Interest of the State and the Rule of Law”, en Wallington P.Y Merkin, R. (eds.), *Essays in Memory of Professor F.H. Lawson*, Londres, Butterworths, 1986.
- McCuen, Gary E., *Secret democracy: civil liberties vs. the national security state*, Hudson, Wis., G.E. McCuen Publications, 1990.
- Miglio, G., *Il segreto politico, en Il segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padua, 1983.
- Morales García, O., “Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio: (a propósito de los último pronunciamientos del Tribunal Supremo)” *Actualidad Penal*, núm. 16, 1996.
- Morilla Álvarez, C., “El secreto de Estado entre el control y el privilegio”, *Jueces para la democracia*, núm. 25, 1996.
- Musio, G., “Il segreto politico-militare di fronte alla corte costituzionale”, *Giurisprudenza costituzionale*, núm. 38, I, 1976.
- O’Dell, T.H., *Inventions and official secrecy: a history of secret patents in the United Kingdom*, Oxford University Press, 1994.
- Otero González, P., *La revelación de secreto de Estado en los procedimientos penales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.
- Orts Berenguer, E., “Revelación y uso indebido de secretos e informaciones”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 4, Madrid, 1994.
- Orts Berenguer, E. y González Cussac, J.L., *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Paolozzi, G., *La tutela processuales del segreto di Stato*, Milán, A. Giuffre, 1983.
- Pisa, P., *Il segreto di Stato. Profili penali*, Giuffre, Milán, 1977.
- Quintero Olivares, G., “El delito de desobediencia y la desobediencia justificada”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 12, 1980.
- , “La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio”, *Poder Judicial*, número especial VIII: seguridad ciudadana, 1989.
- Rebollo Vargas, R., *La revelación de secretos e informaciones por funcionario público*, Cedecsm, Barcelona, 1996.
- Revenga Sánchez, M., *El imperio de la política. Seguridad Nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano*, Ariel, Barcelona, 1995.
- , “El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de Derecho comparado”, *Jueces para la Democracia*, núm. 25, 1996.

- _____, “Razonamiento judicial, seguridad nacional y secreto de Estado”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 25, 1997.
- Rodríguez-Villasante y Prieto, J.L., *Protección penal de la información relativa a la defensa nacional*, Universidad Autónoma de Madrid-Facultad de Derecho, Madrid, 1991.
- Romeo Casabona, C.M., *Los delitos de descubrimiento y revelación de secretos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Sainz Moreno, F., “Secreto e información en el derecho público”, en *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- Santolaya Machetti, P., “El control de los secretos de Estado: la experiencia en derecho comparado”, *Poder Judicial*, núm. 40, 1995.
- Segrelles de Arenaza, I., *Protección penal del Secreto de Estado*, Edersa, Madrid, 1995.
- _____, “El secreto de Estado ilegal: aspectos básicos”, *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 62, 1997.
- Varela Castro, L., “Secreto de Estado o secreto contra el Estado (A propósito de la sentencia publicada en el caso “Amado”, o quizá debiera ser otra la etiqueta?...)?”, *Jueces para la Democracia*, núm. 13, 1991.
- _____, “Sobre la legitimidad del poder judicial”, *Poder Judicial*, número especial XI, 1986.
- Vives Antón, T.S., “La responsabilidad de los jueces en el Proyecto de Ley Orgánica del Poder Judicial”, en *La libertad como pretexto*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- _____, *Fundamentos del sistema penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- Wilkinson Morena de la Vall, H., *Secretos de Estado y Estado de Derecho: régimen jurídico de los secretos oficiales en España*, Atelier, Barcelona, 2007.

ISSN 2007-4700



Universidad de Huelva
Universidad de Salamanca
Universidad Pablo de Olavide
Universidad de Castilla-La Mancha
Cátedra de Derechos Humanos Manuel de Lardizábal