

SECRETOS DE ESTADO

Javier de Lucas

Universitat de Valencia

SUMARIO: *Introducción.—I. Sobre la noción de secreto.—II. Secreto de Estado: ¿de la necesidad, virtud? 1. Sobre el concepto de secreto de Estado. 2. La justificación de los secreto de Estado.—III. El régimen jurídico de los secretos de Estado: algunas propuestas. 1. Democracia y secreto. 2. Reglas del control de los secretos en democracia.—Coda: sobre el papel de la jurisdicción en el control del secreto.*

INTRODUCCIÓN



S muy difícil, al abordar el problema de los secretos de Estado, sobreponerse al veredicto de incompatibilidad entre la práctica (y la justificación) del secreto, de un lado, y, de otro, las existencias de la legitimidad democrática y del Estado de Derecho que postulan a su vez el imperio del principio de publicidad. Desde luego, no se trata tan sólo de una exigencia de la ética de responsabilidad, como algunos pretenden con fácil simplificación. Por decirlo con la plástica expresión de L. Ferrajoli, la existencia del secreto supone una herida abierta en lo más profundo de esos modelos. Una herida cuya curación, en la opinión de muchos, exigiría una cura

radical, esto es, eliminar el mal de raíz, abolir el secreto, porque éste, como sucede con el mal por excelencia de este fin de siglo, el VIH que produce el SIDA, destruye el sistema de inmunidad, la estructura sin la que no hay defensa del Estado democrático, es decir, la posibilidad misma de control del ejercicio del poder. Bien es verdad que ahí se apunta una primera consecuencia de interés: la incompatibilidad entre secreto y Estado se referiría a un modelo determinado de Estado, a una categoría de legitimidad.

Al mismo tiempo, no es menos difícil sortear la sugerencia clásica, ya examinada en este seminario entre otros por mi compañero el profesor Eusebio Fernández, según la cual el recurso al secreto por parte de cualquier organización de poder que pretenda mantenerse en él, es inevitable. Se trata de la tesis que sostiene el carácter coextensible del secreto y la razón de ser misma del Estado, que, como advirtiera Foucault siguiendo a los clásicos, no es otra que el *souci de soi* del propio Estado. Necesidad y aun exigencia lógica —exigencia de razón, de la razón de Estado, de la razón de ser del Estado— parecen así configurar también las relaciones entre secreto y Estado. Pero quizá, como sugería antes, no todas las modalidades de Estado obedecerían a esa necesidad, a esa lógica.

En el fondo, cuando se formula un análisis comparativo entre las distintas tradiciones respecto a la práctica política del secreto, por ejemplo entre los EEUU y el viejo continente, suele subrayarse¹ que la diferencia radica precisamente ahí, en que en los países de la vieja Europa nace primero el Estado y con ello la afirmación de la razón de Estado, de forma que sólo tras un largo proceso se somete el Estado al Derecho, se afirman las reglas de división de poderes y control, y la primacía de los derechos y de la soberanía popular. Eso supone que desde el punto de vista histórico en esa tradición la prioridad lógica y cronológica la tienen las razones del poder estatal, *ergo* el secreto de Estado se erige como regla general para toda la actividad del poder estatal —de la política interna a la diplomacia pasando por las finanzas públicas—, como corolario de esas razones. Al contrario, en la tradición de los EEUU, el nacimiento del Estado es contextual a la afirmación de los principios de la libertad y de la democracia, de los derechos civiles y, a la vez, no tiene nada que ver con la experiencia de la monarquía absoluta, del Estado omnipotente y centralista: por eso el secreto es excepción, sujeta a reglas estrictas.

Secreto de Estado y legitimidad son los polos de una tensión que parece, si no constitutiva, al menos indefectible, lo que podría llevarnos a la conclusión de

¹ Así lo hace Fisler Damrosch, 1986: 55.

que nos encontramos ante una aporía, una contradicción ineliminable. Pues bien, en lo que sigue me propongo, si no resolver esa aporía, sí al menos formular unas pocas observaciones precisamente sobre la vinculación —si se quiere, conceptual— entre secreto y Estado que permitan obtener criterios de juicio, dejando al margen otros aspectos del problema sin duda importantes y a los que se prestará atención en diferentes sesiones². Tales consideraciones parecen exigir ante todo alguna precisión acerca del sentido que atribuimos a la noción de secreto, y en particular, dentro de esa relación, a los secretos de Estado, lo que nos permitirá luego el análisis de la posible justificación o legitimidad del recurso al secreto por parte del Estado (y de los criterios en que se concretaría).

I. SOBRE LA NOCIÓN DE SECRETO

Una tesis que parece desprenderse del proceso de construcción social del secreto, tal y como lo muestra Simmel, es su necesidad. Aún más, la estrecha relación entre civilización y secreto, al menos en el orden personal. El problema es si podemos trasladar esa especie de ley al ámbito colectivo, social, político.

El punto de partida de Simmel es que toda relación social (por ende, la sociedad misma) descansa sobre el conocimiento mutuo, de manera que la propia intensidad de la relación está en función del grado de mutua revelación entre los sujetos de la misma. Precisamente lo que distingue a los grupos humanos es la capacidad que tiene el hombre para «manifestarse o esconderse: pues ningún otro (animal) modifica su actitud pensando en el conocimiento que otro ha de formar de él»³. Sin embargo, eso no quiere decir que el secreto esté desprovisto de función social. Hay que desproveerse del «prejuicio ético»⁴ y, al examinarlo desde un punto de vista estrictamente sociológico descubriremos que el secreto (que no es otra cosa que limitación del saber) es un elemento de la estructura social, en la medida en que la tensión dialéctica que está presente en el hombre y en la sociedad exige a un tiempo concordia y competencia, cooperación y repulsión, armonía y distancia, y por ello «cierta ignorancia, cierto disimulo mutuo» son necesarios, hasta el punto de que, en cierto sentido, el secreto

² Por mi parte, vengo ocupándome de diversos aspectos de la cuestión desde hace algunos años. Permítase la remisión a de Lucas, 1989, 1990a, 1990b, 1990c y 1995.

³ *Ibid.*, p. 360. Como escribe Platonov, uno de los mejores literatos soviéticos del siglo, al hombre sólo se le puede llegar a conocer descubriendo sus secretos.

⁴ Al que no es ajeno el propio SIMMEL, que llega a afirmar en otro lugar que «si el secreto no está en conexión con el mal, el mal está en conexión con el secreto... El secreto es, entre otras cosas, la expresión sociológica de la maldad moral».

«constituye una de las más grandes conquistas de la humanidad. Comparado con el estadio infantil en que toda representación es comunicada de inmediato, en que toda empresa es visible a todas las miradas, el secreto significa una enorme ampliación de la vida, porque en completa publicidad muchas manifestaciones de ésta no podrían producirse»⁵. Efectivamente, la evolución de la Humanidad, tal y como lo entiende Simmel, lleva a conquistar esos espacios de secreto, de intimidad, el rescate de ámbitos propios del individuo frente al resto de los miembros de la sociedad y frente al poder. La impronta liberal se advierte en esos argumentos y en cómo Simmel ve en la economía una confirmación de todo ello: la economía actual, advierte, hace posible el secreto precisamente en la medida en que el dinero es abstracto, «comprimible», y puede actuar a distancia⁶, lo que permitiría leer la tesis del secreto como conquista de la civilización también en la clave clásica de la colusión entre privacidad, burguesía y capitalismo⁷. Por lo demás, Simmel reconoce las dos líneas de evolución del secreto como regla y como excepción: «a medida en que progresa la adaptación cultural, van haciéndose más públicos los asuntos de la generalidad y más secretos los de los individuos»⁸.

A la noción de secreto⁹ pertenecen tres elementos: el conocimiento, la decisión de separación o privación de ese conocimiento (que implica justificación e interrelación: ese conocimiento no debe ser común a todos y hay que delimitar a quiénes sí/no y por qué) y en tercer lugar el acto mediante el que se separa o priva tal conocimiento (que suele consistir en la omisión, ocultación o simulación, pero también en la mentira: en realidad, la mentira es en muchas ocasiones el instrumento básico del secreto, lo que explica, entre otras razones, la proximidad entre mentira y secreto). Es cierto que, para que haya secreto, no es necesario que se sepa de la existencia del mismo, pero es difícil negar que la eficacia social del secreto se basa precisamente en la mayor parte de las oca-

⁵ *Ibid.*, p. 378. Simmel entiende la profunda vinculación entre lenguaje y sociedad humana, pero advierte sobre un aspecto en el que no se insiste con frecuencia, y que ha sido mal entendido por una cierta perspectiva liberal: «la sociedad humana está condicionada por la capacidad de hablar, pero recibe su forma... por la capacidad de callar»: sólo los niños y los pueblos primitivos identificarían de modo absoluto pensamiento y lenguaje (p. 397).

⁶ De otro lado, es el sentido de la advertencia clásica: *pecus non olet*.

⁷ Al respecto, por todos, Habermas, 1981.

⁸ Por lo demás, el diagnóstico de tal evolución formulado por SIMMEL adolece de un optimismo que traduce, probablemente, el trasfondo ideológico mencionado: «justicia, política y administración han perdido su secreto en la medida en que el individuo puede reservarse más, y en que la vida moderna ha elaborado una técnica que permite guardar el secreto de los asuntos privados» (p. 383).

⁹ En esta exposición dejamos aparte las evidentes conexiones conceptuales entre secreto, mentira, privacidad, intimidad (p. ej., excremento: ex-cerno y se-cerno son parónimos).

siones en la conciencia de su existencia, pues ¿si no hay ningún secreto que guardar, por qué el carácter sagrado, inaccesible del poder? En otras palabras, resulta indudable que el prestigio del custodio depende de la importancia de lo que se guarda, y ello exige conferirle la condición de misterio, de secreto (por su complejidad o por su gravedad o importancia desde el punto de vista económico, sólo accesible a quien es superior en el conocimiento y la virtud, trátese del misterio de Fátima, del botón nuclear o de la contratación de un astro futbolístico).

De esta exposición podemos retener, pues, sobre todo dos notas relativas al núcleo del concepto de secreto: como advierte Arena ¹⁰, se trata al mismo tiempo de un saber y de una relación a los que resulta esencial la idea de separación.

a) El secreto es, ante todo, un saber, un conocimiento intencionadamente separado: esto quiere decir, sencillamente, que se trata de un conocimiento que discrimina a favor de uno o de unos pocos, que se reserva a ellos y excluye a los demás ¹¹: lo decisivo, pues, es la derogación del principio general de conocimiento, una derogación que se advierte a sí misma como excepcional.: Excepcionalidad y restricción de los titulares son características propias de la noción de secreto. Lo fundamental en el secreto es la decisión de separar el conocimiento (lo que sitúa en el sujeto/autoridad que decide la clave de comprensión de cuándo hay secreto, más que en el objeto o la materia. Por eso el corrupto jurídicopolítico de secreto es normativo en sentido fuerte).

b) En segundo lugar, como se deduce de lo anterior, el secreto es relación, lo que exige dos o más sujetos (por eso se dice que tiene siempre un carácter bifronte). Como veremos inmediatamente, se cumple aquí el principio de toda relación dialéctica, en que el primer término postula necesariamente al segundo que le niega: no hay secreto, paradójicamente, si el otro no sabe que lo hay, hasta el punto de que para la importancia del secreto es vital el número de los que saben que existe el secreto sin participar de él. Por lo demás, como indicara con genial agudeza Saavedra Fajardo, el recurso al secreto es una de las coartadas habituales para obtener legitimidad (por la vía elemental del miedo

¹⁰ Arena A., 1984, pp. 40 y ss. En el mismo sentido, Scarpelli, 1983, pp. 640 y ss.

¹¹ Como estableciera Farinacius en la IV Pars, q. CXIII, n. 215 de su *Praxis et theoriae criminalis*, del año 1631, el secreto es bifronte: no solamente excluye a otros sujetos de un saber escondido, sino que, al mismo tiempo, protege ese saber: «quod princeps non vult alicui pandi... vel quod princeps mandat secreto teneri». De ahí, como se ha advertido, el sentido de la divulgación del secreto: la comunicación al *vulgus* que por definición es el sujeto ajeno al secreto, y por ello también que la connotación peyorativa aparezca como «connatural».

que evoca lo secreto, lo arcano), de modo que el secreto de muchos secretos es que en realidad no existen más que para sostener a quienes lo invocan en su propio beneficio. Me parece que tal es la tesis que propone Eco en *El péndulo de Foucault...* Se trata, además, de una relación que (como ha advertido Orestano¹² en un trabajo de consulta imprescindible sobre los secretos en el mundo romano, en el que me inspiraré ampliamente), es la consecuencia de una acción de separar, distinguir, dividir, lo que significa una elección pues se trata de una relación en la que se escoge (que es el sentido del término griego *apokrinw.*), y lo que se escoge no es sólo —ni aun primordialmente— el objeto del secreto, sino sobre todo, como veíamos antes, las personas que merecen saberlo. Es ese carácter selectivo del secreto lo que lo opone a la divulgación que adquiere aquí el pleno sentido peyorativo del término: el saber divulgado es degradado porque lo que todos conocen —lo que es asequible al *vulgus*— no puede tener valor: aquí reaparece, en mi opinión, un dato que a veces no se tiene suficientemente en cuenta, y es que la raíz *secerno*¹³ comporta algo más: el carácter sagrado de lo que está separado, de lo que sólo es accesible al chamán, al sacerdote, al sabio o como quiera que se quiera denominar al miembro de la casta que existe (con sus privilegios) precisamente en función de la labor de mediación entre lo secreto/sagrado y el pueblo. De ahí la tentación elitista y paternalista de quien posee el secreto respecto a todos los que no están en él, de quien conoce la verdad inaccesible respecto a quienes viven en las sombras de la caverna¹⁴. Por eso surge el vínculo de complicidad entre quienes comparten el secreto (pues sólo se confía a quienes son como nosotros y, además, el secreto no se da simplemente: se deposita)¹⁵ y, de otro lado, nace la relación de hostilidad hacia quien trate de acercarse para desvelar el secreto (en potencia, cualquiera que no pertenezca al círculo de iniciados) y es que, desde luego, en cuanto nacido de la separación, la

¹² Orestano, 1983, pp. 98 y ss.

¹³ Es Durkheim quien pone de relieve con la mayor claridad, en mi opinión, la vinculación entre la noción de lo sagrado y la acción de separación (*sacrum* arrancaría asimismo de *secernum*), lo que constituye la tesis central de su *Les formes Elementaires de la vie religieuse*. La relación entre secreto y sagrado es, pues, evidente.

¹⁴ Creo que resulta evidente que en la concepción platónica del paralelismo entre conocimiento y virtud que, junto al idealismo, se halla en la base de la tesis del filósofo-rey, se encuentran todos los elementos a los que me refiero, unidos en la concepción eudemónica del Estado: el pretexto de la felicidad, la salvación o el bien de los súbditos (pues no pueden ser ciudadanos quienes son tratados según el paradigma del menor de edad, del enfermo o incapacitado) que, paradójicamente, reducen la legitimidad al principio maquiavélico de que el fin justifica los medios, que es el *leitmotiv* que reaparece, a pesar de que el envoltorio sea diverso, tras el discurso de la meritocracia.

¹⁵ Sobre la dinámica del secreto y de lo clandestino y los vínculos entre quienes lo comparten en las sociedades secretas, *vid.* el trabajo de LOBREAU en DUJARDIN 1987.

elevación del secreto a categoría de principio social y político, como veremos, potencia la visión maniquea y antagonista —por decirlo pronto: schmittiana— en las relaciones sociales y políticas. De estas precisiones sobre el concepto de secreto derivan, entre otras consecuencias, que, como ha recordado Orestano, no cabe confundir (a) secreto como lo *ignotus* y (b) misterio como lo *ignorabilis*: secreto no es lo que no se puede conocer, sino lo que no se conoce porque se pretende que no se debe conocer. En otras palabras, para que haya secreto, como queda dicho, es imprescindible la decisión, la elección, la intención o voluntad de separar ese conocimiento del libre acceso (es en ese sentido en el que se suele ejemplificar que una teoría científica no es secreta, sino simplemente no es accesible a todos en razón de la diferente capacidad intelectual, aunque cabría contraargumentar que en muchos casos el problema es precisamente el haber hecho inaccesible una teoría o un conocimiento concreto para justificar la existencia de los mandarines del mismo). Por eso, como sugiere Miglio¹⁶, lo opuesto al secreto es el conocimiento (que se caracteriza, como señala Scarpelli¹⁷, un saber orgánico —que se inserta en un sistema— y controlable por su destinatario) y no la noticia, que es sólo ilusión de conocimiento y que, en manos de los aparatos de propaganda (ya sean los del monopolio propios del Estado totalitario, o los de las democracias televisivas de las sociedades consumistas), son la más perfecta coartada: procuran la ilusión de la máxima transparencia, cuando, en realidad, el torrente de noticias, de escándalos y denuncias, deja a menudo intactos los auténticos secretos.

Desde el punto de vista jurídico, como ha señalado Labriola¹⁸, además de lo anterior, lo relevante del secreto es la obligación de reserva, el carácter no accesible/difundible del conocimiento de lo que queda amparado bajo esa reserva, la tutela de la reserva y la lógica sanción frente al incumplimiento del deber o la violación de la reserva.

II. SECRETO DE ESTADO: ¿DE LA NECESIDAD, VIRTUD?

1. Sobre el concepto de secreto de Estado

Casi ruboriza recordar algo elemental: para que nos encontremos realmente ante un secreto de Estado no basta con afirmar su existencia. Una vez

¹⁶ MIGLIO 1983, pp. 169 ss.

¹⁷ *Loc. cit.*, p. 630.

¹⁸ Enciclopedia del diritto, 1907.

más vuelvo a Simmel y a Durkheim: es el acto de separación el que confiere el misterio, el halo de relevancia de lo que, de esa manera, queda configurado como sagrado/secreto, luego no hay necesariamente una relación de causalidad entre el carácter secreto y el contenido de lo secreto. En otras palabras, siendo el secreto resultado de una decisión de poder, no necesariamente trae causa de la necesidad de proteger un bien de la mayor trascendencia, sino que puede tratarse sin más del interés de quien así lo decide, de forma que tras el secreto —como tras el misterio— puede ocultarse lo más banal (como en el famoso «Rosebud» de *Citizen Kane*, o en el secreto de *El hombre que fue Jueves*, de Chesterton, o en el que oculta el hermano Jorge de Burgos, en *El nombre de la Rosa*¹⁹), pero también, y ese es el *punctum dolens*, lo más abominable. Dicho con mayor precisión, la acción de clasificación de una materia, actuación, servicio, etc., como secreto no significa automáticamente la existencia de un secreto de Estado, o aún más claramente, no justifica sin más que nos encontremos ante el tipo de secreto que elevamos a la categoría de secreto de Estado, y esa, realmente, es la cuestión.

Esta consideración nos enfrenta a lo que parece un problema meramente conceptual, es decir, si todos los secretos «políticos» son secretos de Estado, más exactamente, si todo lo que el Ejecutivo (el Gobierno, su Presidente, sus miembros), decida considerar secreto es un secreto de Estado. Por eso es preciso un esfuerzo de clarificación conceptual acerca de la noción misma de secretos de Estado.

La primera advertencia deriva de la aproximación conceptual que hicimos en el epígrafe anterior: el secreto es un concepto normativo, y el secreto de Estado también. Pero un concepto normativo en el que el elemento decisivo es el acto de autoridad que crea el secreto, puesto que lo que la norma define como secreto (lo que puede ser clasificado como tal) no depende de unas condiciones a las que se sujeta la autoridad de la que emana el mandato para producir la categoría jurídica de acto clasificado, ni siquiera por la referencia a la seguridad o defensa del Estado, que algunos ven como la condición decisiva de tal calificación. No: es la autoridad competente la que prudencialmente (discrecional, pero no arbitrariamente en los regímenes democráticos) decide que procede el secreto.

¹⁹ O simplemente lo que consideramos vergonzoso, no presentable, aunque carezca de gravedad, de daño: recuérdese a ese propósito la sugerencia de Levy acerca de la noción de excremento, que en su etimología se muestra común a la acción de separación propia de lo secreto (*secerno/ex-cerno*), de donde el carácter secreto de la acción y del lugar —retrete de depositar el excremento: *Du secret*, 118. Recuérdese, por otra parte, la inversión planteada por Papini a ese respecto.

Dicho lo anterior, parece evidente que lo que singulariza los secretos de Estado no es el criterio *ratione materiae*, es decir, la condición, el ámbito en el que se producen (que no tiene por qué ser estrictamente político, puesto que pueden aparecer en el terreno militar, el diplomático, el económico, el industrial, etc.), sino la vinculación con el mantenimiento mismo del Estado —que no del Gobierno— es decir, su carácter imprescindible en aras de la defensa y la seguridad del Estado²⁰. El problema es que ambos conceptos distan de ser precisos. Una primera dificultad surge de las dudas acerca de la delimitación de la noción de defensa/seguridad: ¿incluye también la interna, o es sólo la exterior? En otras palabras, ¿el secreto de Estado se plantea sólo cuando se cuestiona la soberanía e independencia del Estado desde fuera, o también si el peligro es interno? Frente a la respuesta afirmativa —*ergo* restrictiva— que encontramos por ejemplo en la legislación alemana, me parece que resulta preferible el criterio seguido por el legislador italiano cuando apunta, junto a la amenaza externa, la necesidad de proteger el orden constitucional frente a la amenaza interior (tal y como se ha desarrollado sobre todo a partir de las Sentencias n.º 82 y 86 de 6 de abril y 24 de mayo de 1976 respectivamente y de la ley 801/77).

En todo caso, a propósito del peso de las exigencias de la seguridad del Estado, conviene tener en cuenta que la seguridad del Estado es un bien jurídico que constituye presupuesto del Estado de Derecho, pero eso no significa que como preconditione baste alegarla para que ese valor prevalezca sobre cualquier otro bien constitucional²¹, como trataré de examinar enseguida.

Además, hay que examinar otra dificultad: si el secreto resulta difícilmente compatible con el control y lo característico del secreto del Estado es su máxima oposición al control, ¿cómo estar seguros de que concurren esas razones de seguridad, defensa o interés del Estado siempre que se alegan para recurrir al secreto? El grado de apartamiento de esos secretos respecto al público acceso o conocimiento es el más alto, y por esa razón también se reduce al extremo el número de quienes deben conocer de los secretos de Estado, al tiempo que se incrementan las precauciones relativas al procedimiento de custodia. Un régimen de excepcionalidad semejante (precisamente por su alto grado de anomalía) exige una mayor precaución a la hora de su puesta en funcionamiento y esa es precisamente la dificultad, porque, de un lado, el principio de desconfianza frente al poder, que es el *leit-motiv* de la democracia misma,

²⁰ En ese sentido se pronuncia, por ejemplo, Marc Carrillo, 1980, 100.

²¹ Sobre ello, Pérez Luño, 1991.

nos lleva a un escepticismo razonable acerca de la actuación misma de clasificación, puesto que se trata de un mecanismo que permite extender el manto, si no venerable, al menos inaccesible de los secretos de Estado a asuntos que pueden no serlo, es decir, a secretos de parte, incluso a actuaciones ilegales o criminales que buscan la impunidad del secreto. Pero, de otro, el problema radica en quién debe tener la capacidad de discernimiento sobre el fundamento del acto mismo de clasificación, esto es, sobre la acción de consagración del secreto. Por supuesto que de nuevo nos encontramos ante dos posiciones prácticamente irreconciliables:

a) De una parte, los defensores de una concepción «clásica» del interés del Estado sostendrán la necesidad no sólo de los secretos de Estado, sino de mantener un margen de discrecionalidad, o, si se prefiere, de ausencia de control en el recurso al secreto cuando el interés superior del Estado así lo demande y, por ello, sólo quien tiene el sentido, mejor, la responsabilidad última del Estado, estará en condiciones de apreciar esa exigencia. En consecuencia, no ya la publicidad, sino incluso el control por parte de instancias ajenas a esa responsabilidad, resultan inconvenientes. Por supuesto, en su origen es esa la tesis de los *arcana imperii* que perviven en el Estado absoluto. En ese sentido, la fórmula que recuerda P. A. Ibáñez es absolutamente pertinente: «el poder que confiere el secreto de estado es poder absoluto, poder extrajurídico, poder en hobbesiano estado de naturaleza».

b) De otra, quienes consideran irrenunciable el principio de soberanía popular y la primacía de los derechos, entienden que el velo del secreto no debe constituir una pantalla impenetrable donde se reproduzcan los *arcana imperii*, sólo accesibles a los sumos sacerdotes de la ceremonia pública, a los estadistas (es decir, en la práctica, al ejecutivo) y proponen la vigencia de los mecanismos de control arbitrados por la cultura jurídica a lo largo de un trabajoso batallar de más de tres siglos que es la historia misma de la imposición en el orden jurídico político del principio de publicidad legado por la Ilustración²²: el imperio de la ley (del Derecho, diríamos hoy, al menos de la Constitución), el control por parte de los otros dos grandes poderes del estado —Parlamento y Poder judicial— y el control por parte de la opinión pública. Es obvio que todo ello nos remite al momento de la justificación o legitimidad, que pertenece así al concepto mismo de lo que podemos admitir como secreto de Estado en democracia.

²² Sobre ello, me remito otra vez a De Lucas, 1987.

2. La justificación de los secretos de Estado

En definitiva, ante la cuestión de cuándo son admisibles los secretos de Estado caben, como hemos visto, dos planteamientos extremos, el de la clásica razón de Estado, que abona la justificación del secreto por la mera decisión política de recurrir a él (y en el que, por consiguiente, el recurso al secreto es puramente discrecional, lo que quiere decir, clandestino, secreto inmune a cualquier control porque en realidad se desconoce) y el de la pura legitimidad que abomina de cualquier secreto como corrupción. Pero junto a esos tipos radicales, aparecen otros dos que constituyen hoy los términos reales del debate y que es preciso no satanizar por su conexión con aquellos «tipos ideales» o más bien estereotipos:

a) El primero es la reformulación de la tesis de la razón de Estado, que hace de la necesidad virtud, en el sentido de su compatibilidad con las exigencias del Estado de Derecho y de la democracia, lo que, por cierto, exige el abandono de la razón de Estado en aras de las exigencias razonables —si no racionales— de un modelo de Estado. Creo que, por definición, si aceptamos ese planteamiento, la consecuencia más coherente se aproxima al blindaje de las decisiones que producen el secreto, de forma que los otros poderes, el Parlamento y la jurisdicción, tienen escasísima capacidad de decisión sobre el particular. A esos efectos, la verificación de legitimidad en el recurso al secreto tendría pocas alternativas: la mínima consiste en exigir que el ejecutivo justifique la inmunidad —como en la O.S.A. de 1989 del Reino Unido, que confiere esa facultad a los ministros o la ley 801/77 italiana, que lo limita al Presidente del Consejo, o en la ley 1992 de la RFA sobre control parlamentario de actividades de los servicios secretos que lo amplía al Gobierno—. Junto a ello, es posible el control parlamentario de los fondos relacionados con el recurso al secreto y, en lo que se refiere al poder judicial, el examen de las reglas procedimentales del recurso al secreto por parte de las autoridades a quienes se reconozca esa competencia. En otras palabras, si admitimos que para decidir sobre los secretos de Estado el criterio aéreo es la razón de Estado, sólo quien actúa desde esa razón, quien tiene la competencia de dirigir los asuntos de Estado, está en condiciones de apreciar si concurre el interés del Estado. En suma: se trata de uno de los actos políticos —de gobierno, pero incluso de Estado— por excelencia, que sólo compete a quienes tienen la capacidad reconocida legal y constitucionalmente para adoptar decisiones políticas, *ergo* no a los tribunales, que no pueden tomar decisiones sobre la base de valoraciones políticas, aunque sí pueden y deben controlar esa legalidad y constitucionali-

dad, lo que no es poco. La consecuencia es que el control político en esta materia corresponde en primer lugar al propio ejecutivo y en segundo término, pero indefectiblemente, a su sede natural, el Parlamento.

Insisto en que este planteamiento, más próximo a nuestra tradición histórica, como señalaba al principio (a la evolución de nuestros Estados europeos), no tiene por qué ser una mera coartada ideológica al servicio de los intereses del *sottogoverno* o del *criptogoverno*, por decirlo en los términos de Bobbio. No debemos estigmatizarlo. No debemos olvidar que el fundamento constitucional de la tesis es como mínimo defendible a partir del artículo 97 de la Constitución, que reconoce al gobierno la suprema responsabilidad política en lo relativo, muy específicamente, a la seguridad de los ciudadanos y a la defensa nacional. Y, por supuesto, es imposible minimizar la incidencia de los compromisos internacionales que pueden vincular —de hecho así sucede— al secreto.

b) El segundo insiste en que el problema de la legitimidad del recurso al secreto hoy no debe resolverse en los términos vagos, imprecisos —metafísicos, casi religiosos o míticos— de una abstracta razón de Estado, sino de otras mucho más concretas razones de Estado: las del Estado constitucional, esto es, el secreto imprescindible para proteger la integridad del orden constitucional. Esa es la tesis de Barile que intentaré desarrollar en algunos principios mínimos en el último apartado.

Lo que pretenden poner de relieve quienes mantienen esta segunda posición es que la aparente aporía entre democracia y recurso al secreto tiene solución sin necesidad de abolición de éste, precisamente porque el orden constitucional —la defensa de la primacía de los derechos, del imperio de la Constitución, de la soberanía popular, de las instituciones democráticas— puede justificar la necesidad del secreto²³. Esto exige a su vez, por supuesto, una tarea de ponderación de los bienes constitucionales en juego, que ha de comenzar por reconocer que la seguridad del Estado no ocupa de forma apodíctica el primer lugar en esa jerarquía de bienes, por ejemplo, frente al derecho a la vida, la tutela judicial efectiva o la libertad. Pero tampoco es ésta una tarea exenta de dificultades, como trataré de señalar enseguida.

La legitimidad constitucional del recurso al secreto sólo podría invocarse además, en cualquier caso, como establece la clarificadora sentencia n.º 86/77

²³ Baste recordar que, en nuestro caso, así lo reconoce explícitamente el artículo 105.b. de la Constitución que exceptúa del principio de publicidad, en lo que aquí nos interesa, lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado.

de 24 de mayo de 1977 de la Corte Constitucional italiana, en aras de exigencias del Estado-comunidad, y no del Estado-estructura (de exigencias del funcionamiento de aparatos o instituciones del Estado), lo que permite distinguir entre intereses del Estado —Constitucional— e intereses del Gobierno o de alguna otra institución del Estado²⁴. Precisamente la referencia al orden constitucional permitiría el control de la pertinencia en el recurso al secreto de Estado²⁵, y aquí el margen de control tanto del Parlamento como del Poder judicial (aunque en uno y otro caso se trate de representaciones particularmente cualificadas y sometidas a su vez a condiciones estrictas de reserva) parece indudablemente mayor.

III. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS SECRETOS DE ESTADO: ALGUNAS PROPUESTAS

1. Democracia y secreto

Recordábamos al principio que parecía una regla básica respecto al secreto el distinguir la razón inversa de su legitimidad en el orden público y en el privado. Efectivamente, no es posible olvidar que uno de los motores de la lucha contra el *ancien régime* es precisamente la oposición a un gobierno que ejerce su dominio a través del secreto, cuyo símbolo fueran las *lettres de cachet*²⁶,

²⁴ En ese sentido me parece correcta la expresión «el secreto preserva la seguridad del Estado, no de sus autoridades» que aparece en el fundamento 11 de la reciente STS de 4 de abril de 1997 en el denominado caso Lucía Irigoitia. También me parece correcto señalar que no basta con afirmar que determinado secreto es vital para la seguridad del Estado, en cuanto seguridad de todos los ciudadanos, sino que es preciso justificar que la seguridad queda afectada si no se establece la decisión del secreto. Eso no quiere decir que el deslinde, por ejemplo, entre seguridad nacional y seguridad individual de los funcionarios del Estado que desempeñan su actividad en los servicios secretos, sea siempre una cuestión evidente, ni mucho menos.

²⁵ Esa es la doctrina de la Corte Suprema de los EEUU, pues, si bien en 1978 —*Ray vs. Turner*— se otorgaba a los tribunales la facultad de examinar *in camera* documentos clasificados, esa doctrina ha sido matizada con posterioridad, por ejemplo en 1980 —*Halpering vs. CIA*— donde se afirma la ausencia de experiencia de los tribunales en estas materias y la valoración del peligro de perder fuentes de información en aras de la publicidad, lo que lleva a la toma de posición más rotunda, la de 1985 —*CIA vs. Simms*— que ampara la negativa de la CIA a proporcionar la lista de universidades que colaboraron con la agencia entre 1953 y 1966). Como ha señalado Tamburino en consonancia con esa doctrina, el criterio meramente formal de la modalidad organizativa, de la estructura de funcionamiento de los servicios secretos, no parece que pueda invocarse como interés de la seguridad del Estado, mientras que los datos que puedan comprometer el funcionamiento eficaz de ese organismo en concreto, sí.

²⁶ Permítase nuevamente la remisión a De Lucas 1989.

pues, como afirmara uno de los más característicos representantes de la Ilustración en el orden jurídico, Beccaria, «el secreto es el más fuerte escudo de la tiranía»²⁷. Ahora bien, ¿es realmente incompatible el secreto con la democracia? Dicho de otra manera, la instauración del principio de publicidad como requisito conceptual de la democracia misma, ¿exige la abolición de todo tipo de secreto? Desde una perspectiva liberal, reforzada por el *tempo* histórico, podría formularse una primera objeción a esa tesis, por cuanto cabría afirmar que, precisamente, lo que caracteriza un régimen totalitario es la absoluta transparencia —ausencia de secreto— de la vida privada respecto al poder estatal²⁸, y aun añadir otra crítica que ya se encuentra en Kant, que la máxima publicidad —la transparencia deslumbrante (cegadora, pues) de la llamada «democracia televisiva» no es precisamente una garantía de control, sino muy frecuentemente lo contrario, una vía para la manipulación²⁹, objeción ésta que, seguramente, ya no sería tan compartida desde las mismas filas liberales (al menos no desde lo que llamamos liberalismo radical, por contraposición al liberalismo económico). Orestano, en su mencionado análisis de la aparición y alcance de los principios de publicidad y secreto en el ámbito jurídico romano, pone de manifiesto su carácter bifronte: publicidad y secreto no pueden elevarse en ningún momento a principios absolutos (ni en el Senado ni en la administración de justicia, las dos instituciones clave), sino que se da una compresencia dialéctica de ambas, una alternancia entre *palam* y *secretum*, si bien, en líneas generales, cabría observar que en la tradición republicana prevalece la primera y en el Imperio se afirma el segundo³⁰.

Ante todo, es preciso llamar la atención sobre la necesidad de distinguir entre la licitud del recurso al secreto de un lado y, de otra parte, de la utilización del engaño o la mentira, o como ha escrito Barile, inspirándose en Bobbio, la distinción entre la licitud del poder oculto que se oculta y del poder que oculta algo que se esconde escondiendo algo³¹. Aquí, además de la enseñanza de Kant, a la que me he referido con anterioridad³², parece útil la discusión en la

²⁷ La cita puede encontrarse en el párrafo IX, dedicado a las «acusaciones secretas» de su *De los delitos y las penas*.

²⁸ Indudablemente, la ausencia de lo que los anglosajones llaman *privacy* —el ámbito de las *intima* de los romanos—, de los secretos industriales o bancarios, y, en un orden aún más básico para la vida pública, p. ej., del secreto del voto, parecen rasgos totalitarios.

²⁹ Así, sobre el problema de la titularidad privada de medios de comunicación (y en concreto de medios radiotelevisivos) y sus consecuencias en un orden democrático, puede verse el espléndido trabajo de M. Saavedra, 1988.

³⁰ Cfr. p. ej., pp. 115 y ss.

³¹ Barile 1987, p. 27.

que intervienen, entre otros, desde Maquiavelo a Naudé, pasando por Clapmarius y la doctrina de los *arcana imperii* o los teóricos de la razón de Estado, hasta los ilustrados que participan en el poco conocido concurso convocado en 1778 por la Academia Prusiana de las Ciencias y las Letras bajo el patrocinio de Federico II acerca de la cuestión relativa a la conveniencia para el pueblo de ser engañado. Las limitaciones del presente trabajo me impiden extenderme en ese examen, de modo que me limitaré a recoger lo que me parece una de las conclusiones más interesantes de esas aportaciones: el engaño nunca es un recurso lícito, pues desvirtúa el propio punto de partida de la democracia, el principio de autonomía, de mayoría de edad (podríamos decir, de otra manera, la idea misma de participación, la noción de ciudadanía, la titularidad de la soberanía política). Por otra parte, como señala Laporta al criticar lo que denomina «el error Maquiavelo», no hay ninguna razón para establecer respecto a las acciones de poder «una especie de excepción de juicio ético... se trata de acciones que inciden directa y gravemente sobre la vida individual y social, y, por tanto, sobre la base misma de la moralidad»³³: del mismo modo, si no más, que lo es en la vida privada, el engaño, la mentira, son reprobables en la vida pública, porque constituyen, insisto, un obstáculo dirigido contra dos principios sin los que no cabe democracia: el acceso de los ciudadanos a la información, al conocimiento sin el cual no pueden ejercer de forma libre y consciente su voluntad soberana, y, en consecuencia y en segundo lugar, la posibilidad misma de control del poder.

En cambio, por lo que se refiere al secreto, no es fácil una definición tan categórica, una radical exclusión del mismo en la vida pública, mejor, en el ámbito de la acción de los poderes públicos, que es lo que nos ocupa, precisamente también, entre otros motivos, por cuanto tampoco es así en el ámbito privado, tal y como nos recordaba Simmel (aún más, la preservación de ciertos espacios de lo secreto, como vimos, parece una de las razones de legitimidad del poder).

Entre las múltiples definiciones de la democracia, Bobbio ofrece una que pone precisamente de relieve la importancia de esta cuestión, y es de esa noción de la que vamos a partir por cuanto, además, permite advertir con la ma-

³² Como he tratado de mostrar, en De Lucas 1988 y 1990, la exigencia del principio de publicidad y la exclusión correlativa del engaño y del secreto recorren toda la obra de Kant. Especialmente tajantes son sus afirmaciones sobre la incompatibilidad del secreto con los principios de acción política y sobre la mentira como el mayor crimen por cuanto niega aquello de más básico que hay en el hombre: su capacidad de comunicar con los demás.

³³ Laporta 1990, p. 16.

yor claridad la ambivalencia del principio de publicidad. Efectivamente, ya en un artículo para la *Enciclopedia Einaudi*, al examinar la dicotomía público/privado, ofrecía un concepto de lo público que enlaza con la noción misma de democracia tal y como la ha desarrollado en obras posteriores³⁴: democracia no sería otra cosa sino el gobierno del «poder visible», el «gobierno del poder público en público», donde se reúnen ambas acepciones de lo público, la que se contrapone a lo privado y aquella otra que es el antónimo de lo secreto. En realidad, la definición de Bobbio no es, desde luego, una novedad. Habría que referirse como mínimo a las repetidas afirmaciones de Madison, como la que se contiene en la carta de 23 de noviembre de 1787 («el carácter público del poder consiste en que está abierto al público»), o aquella advertencia, más conocida, en su carta a V. I. Barry de 4 de agosto de 1822: «Un gobierno del pueblo, en la ausencia de toda información del pueblo o de los medios que le permiten acceder a ella, no es más que el prólogo de una farsa o de una tragedia, es decir, de una tragicomedia. El conocimiento le llevará siempre por encima de la ignorancia. Un pueblo que quiere ser su propio soberano debe procurarse el poder que le facilita el conocimiento», donde se advierte el motivo ilustrado de la relación entre poder y conocimiento, en un sentido diverso, desde luego, de la tesis de Bacon³⁵. Así, como suele indicarse³⁶, la democracia, precisamente en cuanto se sitúa en la esfera de la política, esto es, de la cosa pública, tendría como regla general la transparencia, el principio de publicidad, y sólo de modo excepcional puede dar cabida al secreto, mientras que el secreto sería la regla en el orden de lo privado, porque, como la define Wolfe, la democracia no sería sino «el ideal político que aboga por el máximo de participación de todos los ciudadanos, a fin de crear una comunidad basada en la interacción mutua y respetuosa de todos, que se dirige hacia objetivos decididos de común acuerdo»³⁷. La conclusión parece evidente: no hay representación real, ni participación posible, ni, en definitiva, legitimidad democrática, sin principio de publicidad, porque, por otra parte, no hay control donde no hay transparencia, y sin control eficaz del poder no cabe democracia. Por eso parece tener razón Habermas cuando sostiene que no cabe hablar de ciudadanía hasta tanto la publicidad política activa

³⁴ Así, Bobbio 1985, 1986 y 1987.

³⁵ Además de en Kant, la conexión puede advertirse con toda claridad en Fichte, quien significativamente data su Reivindicación de la libertad de pensamiento en Heliópolis, en el último año de las viejas tinieblas (1793). Las citas de Madison pueden encontrarse en Padover 1953.

³⁶ Por ejemplo, Barile, 1987, pp. 11 y ss.

³⁷ Wolfe, 1984, p. 24.

se convierte en principio organizativo del Estado (lo que sucede con el Estado liberal de Derecho)³⁸.

En realidad, como se deduce del propio concepto, corresponde a la propia definición de secreto las notas de excepcionalidad y restricción y eso es precisamente lo que puede salvar su compatibilidad con las reglas de juego de la democracia: de ahí, como he señalado en otros lugares, cabe deducir algunos principios sobre las reglas de juego del secreto en democracia. Resumiré en lo que sigue aquella argumentación:

El primero (P1) es que lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que éstos escapen a la ley, mejor, al Derecho, que no estén regulados jurídicamente (lo que resulta conceptualmente imposible respecto al engaño o la mentira, que sí son incompatibles con las reglas de juego propias de la democracia). Efectivamente, la clave de la existencia de control es la idea de responsabilidad pública, que tiene diferentes dimensiones: la moral, la política, la jurídica. Dejo para las otras sesiones del seminario la discusión al respecto (una cuestión, por otra parte, capital, sobre todo cuando se producen intentos de escapar al ejercicio de la responsabilidad pública reduciéndola únicamente a la responsabilidad jurídica: «hasta que no haya una sentencia de los tribunales no cabe establecer responsabilidades políticas»; o bien, «ya establecerán los ciudadanos la responsabilidad política con su decisión en las urnas»). Lo interesante es subrayar la existencia de una *responsabilidad reglada* como *conditio sine qua non* para la democracia. Pueden faltar otras dimensiones de la responsabilidad, pero sin ésta, deja de existir la respuesta, la rendición de cuentas ante quien ejerce el control. Lo importante es que existan esas instancias de control, aunque sean diversas y no todas operen de la misma manera.

Insisto, lo imprescindible es que el recurso al secreto, en las democracias, sea una actividad reglada, que tenga en cuenta las notas de excepcionalidad y provisionalidad propias de tal recurso y exija por ello especiales garantías. El problema de la relación entre democracia y secreto no parece consistir, pues, tanto en la existencia de secretos cuanto en la extensión en la vida pública del discurso burocrático que tiene en el monopolio y preferencia por el secreto uno de sus rasgos característicos³⁹. Precisamente lo característico de la democracia

³⁸ Habermas 1981, p. 139.

³⁹ Aunque inmediatamente trataré de precisar a qué me refiero cuando hablo de discurso burocrático, puedo adelantar, ya que me parece especialmente significativo del mismo, el uso que se hace de sus razones en los ámbitos de la política de seguridad (interior: policía, y exterior: defensa), que es tradicionalmente considerada la «espiná dorsal del Estado», con argumentos que se remontan a MARSÍ-

es que se sabe *quién, cuándo, cómo y por qué* cabe restringir el acceso al conocimiento y que la decisión sobre todo esto, es decir, la decisión sobre el estatuto jurídico de los secretos, queda en manos del pueblo a través de sus representantes. Son ellos quienes deben decidir, por tanto, hasta qué punto cabe extender el régimen de la utilización del secreto sin que ello vulnere la excepcionalidad del mismo. Esto se puede articular a través de tres mecanismos de control: el Parlamento, la opinión pública y el poder judicial. Sobre la última añadiré algunas consideraciones elementales al final. Me remitiré ahora sólo a las dos primeras.

2. Reglas del control de los secretos en democracia

Ante todo, es preciso recordar los dos mecanismos básicos de los que dispone la democracia para el control del secreto.

1. De una parte, el control por el Parlamento, que tiene dos instrumentos básicos, aunque a pesar de todo limitados:

1.1. El control sobre la financiación de las actividades sobre las que recae el secreto (defensa y servicios secretos, a lo que hay que añadir los fondos reservados a disposición de los Ministerios de Interior, Defensa, Presidencia y Asuntos exteriores) y

1.2. El control que supone el propio conocimiento a través de las Comisiones Parlamentarias y muy específicamente de la que conoce sobre los secretos.

2. De otra, el control que pueda ejercer la opinión pública a través de los medios de comunicación: pienso, por ejemplo, en la tarea decisiva desempeñada por la prensa en la investigación sobre el GAL.

Como consecuencia de ese control es evidente un segundo principio, esto es (P2), en todo aquello que no cae bajo la protección de la exclusión excepcional y reglada de conocimiento que es el régimen jurídico del secreto, el poder está desnudo y es responsable. Frente a las concepciones mágicas o sacralizantes de la democracia, que entran en crisis no bien se denuncia la existencia de supuestos como los mencionados (*a fortiori*, desde luego, si se comprueba, pero esto último no es estrictamente necesario: hay pocos muros de Jericó

LIUS, HOBBS o HEGEL. He tratado de analizar la cuestión —que es en buena medida el problema de la extensión de un discurso militarizado a la vida pública— en un trabajo aparecido en estas mismas páginas: De Lucas 1985.

que se derrumben tan fácilmente como las convicciones de los que proclaman su fe democrática como convicción religiosa), habrá que insistir, una vez más, en que lo característico de la democracia no es que no exista el abuso o la corrupción, sino precisamente la posibilidad de denunciarlo y exigir responsabilidades, lo que no es concebible, desde luego, sin prensa (o medios de comunicación) libre y sin tribunales independientes.

Como conclusión del principio P2, y tal y como ha escrito Ferrari⁴⁰, el secreto puede ser considerado como un recurso democráticamente legítimo precisamente si —y sólo si— traduce un interés público con fundamento constitucional, si su necesidad se vincula a las exigencias del sistema constitucional: De ahí derivan otros principios que se condensan en los siguientes corolarios:

P2.1) La necesidad de que haya una expresa previsión legislativa al respecto, cuyas características podríamos formular en las siguientes propuestas:

P2.2) Habida cuenta del carácter excepcional y provisional (no permanente) del recurso al secreto, es necesario que esa habilitación para recurrir al secreto.

P2.2.a) Esté claramente tasada, de modo que no se produzca una extensión a otros supuestos, lo que supone la limitación o reducción de las materias objeto de secreto a lo estrictamente necesario.

P2.2.b) Asimismo, exige su delimitación temporal.

P2.2.c) Y, finalmente, la regulación de sus restringidos depositarios.

Es decir, el secreto sólo es un recurso democráticamente legítimo precisamente cuando —y sólo si— traduce un interés público con fundamento constitucional. De ahí derivan otros principios como la necesidad de que haya una expresa previsión legislativa al respecto, que esté claramente tasada, de modo que no se produzca una extensión a otros supuestos, así como la limitación o reducción de las materias objeto de secreto a lo estrictamente necesario, su delimitación temporal y la regulación de sus restringidos depositarios. A la luz de todo ello, por consiguiente, lo que hay que examinar, el auténtico debate, es si existe tal legislación, si reúne esas características, si se aplica correcta y escrupulosamente, y si se dan las condiciones para que funcionen con libertad esas instancias de control, y en su caso tomar las iniciativas para que se modifique el régimen legal en cuestión: aprovechar, pues, las posibilidades que ofrece el juego democrático, antes que descalificar globalmente unas u otras posiciones desde uno u otro fundamentalismo.

⁴⁰ Ferrari, 1983: 82 y ss.

Y es que se trata ante todo, como el propio *leit-motiv* de la democracia, de una cuestión de desconfianza: no sólo de la tradicional desconfianza frente al poder traducida en la célebre frase de lord Acton, sino en particular de la desconfianza agravada respecto al poder eficaz. Como nos enseñara Weber, «el gobierno burocrático es, por su misma tendencia, un gobierno que excluye la publicidad... la burocracia oculta en la medida de lo posible su saber y su actividad frente a la crítica... Toda burocracia procura incrementar la superioridad del saber profesional por medio del secreto de sus conocimientos e intenciones». Por eso, la mayor fuerza de la burocracia estriba precisamente en «la conversión, a través del concepto de secreto profesional, del saber relativo al servicio en un saber secreto, o sea, en un medio en última instancia para asegurar a la Administración contra los controles»⁴¹. Por supuesto, como veíamos más arriba, la burocracia actúa aquí según la ley de bronce de las organizaciones que, como mostrara Michels, prima la supervivencia del propio aparato sobre los objetivos fundacionales, reforzada por cuanto el principio básico es el mismo de toda casta sacerdotal hacia lo sagrado: la tarea de custodia acaba imponiéndose sobre la de mediación, y por ello, no es difícil que se ceda al espejismo de que aquello que en principio se administraba es en realidad una propiedad que se debe defender *erga omnes*, y, en primer lugar, paradójicamente, frente a los administrados y a los políticos (que no forman parte de esa clase universal y permanente como la vio Hegel)⁴². La relación ente burocracia y secreto ha sido expresada apropiadamente por Robertson, que indica que el nivel de secreto depende de dos factores: el grado en que la burocracia es responsable ante representantes elegidos, y la extensión de un modelo de responsabilidad jerárquico y no individual. Para Robertson, parece demostrado que el principio de secreto marca la línea divisoria entre la actuación basada en criterios ideológicos y la actuación basada en razones: festivamente, frente a lo que pretende el tradicional discurso burocrático/tecnocrático, se acude al secreto precisamente cuando el criterio de actuación no puede superar la discusión y crítica y no cuando la complejidad de la cuestión la hace inaccesible al sentido común⁴³.

Creo que lo interesante de la lección de Weber es que apunta a dos fenómenos que constituyen rasgos del modelo actual de democracia: el proceso de

⁴¹ Weber, 1966, pp. 744 y 1100.

⁴² Insisto en que se trata de dos órdenes de razones que se refuerzan mutuamente, aunque en el orden de lo cotidiano opera, desde luego, sobre todo la primera, de la que encontramos ejemplos regocijantes en los guiones de la conocida serie de TV «Yes, Minister».

⁴³ Robertson 1982, pp. 19, 180 y ss.

concentración del poder y la dificultad en el control del ejecutivo, que vienen a unirse al otro fenómeno ya aludido anteriormente (la «democratura»): la verdad es que no parecen el resultado sólo de la creciente complejidad de las tareas de gobierno, sino también de las contradicciones que dan lugar a lo que algunos dieron en llamar, a finales de los 70, el «Estado dual»⁴⁴ que llevaría consigo la sustitución de la opinión pública como factor político, la negación de la publicidad, la pérdida de la ciudadanía activa y la desintegración del sentimiento de comunidad política⁴⁵. Precisamente en la política de defensa y seguridad es donde se ha puesto de manifiesto en su máxima perfección la instauración del secreto como principio de acción, porque, como indica Canetti⁴⁶, nuestros medios técnicos han permitido el grado más inimaginable de concentración de un secreto que es el que potencialmente afecta a más seres humanos en la Historia. Esta ideología militarizada de la seguridad y defensa, a la que subyace una concepción de las libertades como lujo (que no siempre se podrá pagar) y que recurre con no poca frecuencia a lo que el psicoanálisis nos muestra como el «agresor externo» (el comunismo, el imperialismo, las fuerzas de ocupación centralistas, la conspiración judeomasónica), conducen a la inversión de las reglas de juego de la democracia, criminalizando la mera disidencia, haciendo de la excepción norma, anteponiendo, por ejemplo, la eficacia policial a las garantías constitucionales, o invocando la complejidad de la cuestión (la im-

⁴⁴ Me refiero, entre otros, a Wolfe, pp. 208 y 348 y a Offe 1981, que señalan las contradicciones entre lógica de la acumulación y exigencias de legitimidad, entre el lado interno, en el que las decisiones son adoptadas por las élites del «aparato militar-industrial, en base al criterio de eficacia y al cálculo racional, con importantes restricciones de la publicidad, y la dimensión «pública» (¿o habría que llamarla televisiva?, donde se actúa y decide con el recurso continuo —hasta que ya no puede quedar más claro su efecto trivializador— a la encuesta, a la muestra de opinión que refuerza las decisiones públicas. Desde el otro lado, coincide en buena parte del análisis de los síntomas, aunque no en el diagnóstico ni en la terapia, BELL 1976. No puede dejar de señalarse que tras las denuncias de Wolfe no se encuentra, como tan a menudo se le achaca, el fantasma de la visión «conspiratoria» de la Historia. Wolfe está muy lejos del recurso fácil —demagógico— a nada tan abstracto como las alusiones a un enésimo «Gran Viejo», responsable de todos los males: desde el terrorismo internacional al narcotráfico. Sus tesis sobre la política internacional y la militarización de la vida pública (coincidentes en buena medida con las sostenidas por Chomsky, por el contrario, se apoyan en un estudio exhaustivo de documentación y trabajos de comisiones del Congreso.

⁴⁵ Aunque buena parte de cuanto de positivo tiene el derrumbe de la separación entre primer y segundo mundo a la que venimos asistiendo en este último año sea la recuperación de la primacía de la autonomía individual, no puede dejar de señalarse que el riesgo de individualismo, de abandono de los vínculos de solidaridad, del objetivo de igualdad, viene primado desde la escala de valores que interesadamente se repone por parte de quienes, en realidad, no parecen sino seguir anclados en las más rancias pautas del liberalismo economicista para el que no puede sino servir de espléndida plataforma esa exaltación del monadismo.

⁴⁶ Canetti 1982, p. 292.

plicación de sectores tecnológicos «de punta», que es otra modalidad del ya casi trasnochado tren de las tecnologías) desde el paradigma del discurso paternalista: el padre que todo lo ve y el hijo a quien no queda sino obedecer ciegamente. Es aquí donde puede producirse más claramente el «secuestro de la opinión pública» al que ha aludido Thomson en un ya clásico trabajo⁴⁷, acudiendo al ya mencionado mecanismo de la apariencia de debate, de máxima consulta, cuando en realidad en ese debate hay con no poca frecuencia espectáculo y noticia (propaganda, inducción de opinión) pero no información. De quienes, desde el juego político (Gobierno u oposición) o desde las instancias de poder (quienes crean opinión: de los grandes conductores de la televisión o la prensa o radio, a los intelectuales, que son tanto o más responsables que los políticos «profesionales») propiciaran esa falacia bien podría predicarse el duro juicio de Kant relativo a los gobernantes que no hacen otra cosa que mercadería, que negociar con su propio pueblo, aquellos también que, en todo momento, invocan una moral que justifique —inútilmente— su actuación.

Coda: sobre el papel de la jurisdicción en el control del secreto

Permítaseme, para concluir, dos palabras sobre un problema de enorme calado que va a ser debatido en otras sesiones de este seminario, pero que, en cierto modo, no puede dejar de ser aludido sobre todo después de referirme a los mecanismos de control del secreto en democracia: ¿cuál es el papel de los tribunales ordinarios?

Creo que de lo que he apuntado hasta este momento puede deducirse fácilmente mi posición⁴⁸. No trato de negar la vigencia del derecho de tutela judicial efectiva, ni el no menos evidente principio de que el secreto no puede oponerse como tal al procedimiento de investigación y castigo de conductas ilícitas y criminales que llevan a cabo los tribunales. Pero es imposible desconocer cuáles son los límites en la actividad de control del secreto por la jurisdicción: en primer lugar, porque existen modalidades de secreto que cabe oponer con eficacia y legitimidad procesal (el secreto profesional, p. ej.). Además, y lo que es más importante en este caso, si la función y la legitimidad de la juris-

⁴⁷ Thompson 1981, p. 192.

⁴⁸ Que, desde luego, no trata de poner en duda la legitimidad democrática del Poder judicial en su actividad de control, aun reconociendo, como es obvio, que su legitimidad democrática no procede como en el caso de los otros dos poderes *ab origine*, sino *ex exercitio*, en el cumplimiento de la vinculación a la ley, o, mejor, a la Constitución.

dicción es cognitiva, decir el Derecho (más que decir la ley, desde luego) difícilmente los tribunales pueden constituirse en algo más que controladores de las reglas del secreto, esto es, no en controladores del contenido de los secretos. Finalmente, porque, como ha sugerido inteligentemente R. Del Aguila siguiendo una pista kantiana, porque es preciso deslindar dos lógicas que operan en este conflicto: de una parte, la del discurso jurisdiccional, una lógica de reconstrucción de la verdad normativa, que actúa con el instrumento del control de legalidad como test, de otra parte, la lógica prudencial característica del control de la autoridad, en la que no hay el sistema de referencia indubitado (si es que, por otra parte, el principio de legalidad, sobre todo en cuanto legalidad constitucional, lo es, tesis más que criticable a partir del análisis del funcionamiento de elementos no normativos —principios, directrices, valores— como constitutivos de ese criterio) propio del control de legalidad. Por eso la responsabilidad política que es la cuestión que subyace indefectiblemente en este debate entra en una tensión con la responsabilidad jurídica que me parece difícilmente resoluble, al menos no tan sencilla como la mera supeditación de aquella a ésta.

IV. NOTA BIBLIOGRÁFICA

- ARENA, 1984, *Il Segreto Amministrativo*, Padova, Cedam.
- ARENDRT, 1972, *Crises of the Republic*, N. York, Harcourt Brace Jovanovich.
- BARILE, 1987, *Democrazia e Segreto in Italia*, Il Mulino, Bologna.
- BENTHAM, *Oeuvres*, Paris, Dumont.
- BERGIER, 1975, *Secret Armies: The Growth of Corporate and Industrial Espionage*, Indianapolis, Bobbs-Merrill.
- BOBBIO, 1985, *Stato, Governo, Società*, Einaudi, Torino.
- BOBBIO, 1986, *El futuro de la democracia*, Barcelona, Plaza y Janés.
- BOBBIO, 1987, «Democracia y ciencias sociales», *Papers*, 28.
- BOK, 1978, *Lying: Moral Choice in Public and Private Life*, Nueva York, Pantheon Books.
- BOK, 1986, *Secrets. Concealment and Revelation*, Oxford, O. University Press.
- BONACICH, Ph., 1976, «Secrecy and Solidarity», *Sociometry*, 39, pp. 200 y ss.
- BOTERO, G., 1956, *The Reason of State* (ed. de P & D Waley), London, Routledge & Kegan.
- CALAMANDREI, 1920, *La Cassazione Civile*, Torino, Bocca.
- CANETTI, 1981, *Masa y Poder*, Muchnik ed., Barcelona.

- CATTANEO, 1966, *Illuminismo e Legislazione*, Milano, Comunità.
- COK, A. M., 1975, *The Myths of National Security and the Right to know*, Boston, Beacon Press.
- CROSS, H., 1953, *The people's Right to know*, N. York, Columbia University Press.
- DAHL, 1987, *El control de las armas nucleares. Democracia versus meritocracia*, GEL, B. Aires.
- DE LUCAS, 1985, «La noción de defensa y la crisis de legitimidad», *Anuario de Filosofía del Derecho*.
- DE LUCAS, 1987, «Anotaciones sobre el principio kantiano de publicidad», *Dianoia*.
- DE LUCAS, 1988, «Sobre el origen de la justificación del paternalismo en la Grecia clásica», *Doxa*, 5/1988, pp. 243-253.
- DE LUCAS, 1989a, «Maquiavelismo y tacitismo en el Barroco español», *Homenaje a S. Romeu*, U. de Valencia.
- DE LUCAS, 1989b, «Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución del 89: el modelo del Code Napoleón», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI/1989, pp. 129-135.
- DE LUCAS, 1990a, «Über das Verhältnis von Politik und Moral: Das Publizitätsprinzip im Werk Immanuel Kants», *Spanische Studien zur Rechtstheorie und Rechtsphilosophie*, Dunckler & Humblot, Berlin.
- DE LUCAS, 1990b, «Democracia y transparencia (sobre poder, publicidad y secreto)», *Anuario de Filosofía del Derecho*, VII/1990.
- DE LUCAS, 1990c, «Die Institutionalisierung der öffentlichkeitsprinzips bei BENTHAM und in der französische Kodifizierung», *Rechtstheorie*, 1990/4.
- DE LUCAS (ed.), 1991, *¿Es conveniente engañar al pueblo?*, Madrid, CEC.
- DE OTTO, I., 1985, *Defensa de la Constitución y Partidos Políticos*, Madrid, CEC.
- DE VEGA, P., 1985, «El principio de publicidad parlamentaria y su proyección constitucional», *REP*, 43/1985, pp. 45 y ss.
- DENNINGER, 1987, «El derecho a la autodeterminación informativa», en Pérez Luño, 1987.
- DÍEZ PICAZO, 1984, *Sistema de Derecho Civil*, Madrid.
- DORSEN & GILLERS, 1974, *None of Your Business: Govrenment Secrecy in Amerita*, N. York, Viking Press.
- EMERSON, TH., 1976, «Legal Foundations of the Right to know», *Wash. Univ. Law Quarterly*, 1/1976, pp. 1 y ss.

- FENET, 1968, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Osnabrück, O. Zeller.
- FERRARI, 1983, «L'Avventura del segreto nella Italia repubblicana negli anni tra il 60 e il 80», *Cedam*, Padova.
- FIGUERUELO, A., «Opinión pública, Principio de publicidad y garantías parlamentarias», *RCG*, 14/1988.
- FOUCAULT, 1975, *Surveillir et Punir. Naissance de la Prison*, Paris, Gallimard.
- FRAENKEL, E., 1964, «Der pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen demokratie», *Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages*, 1964, Bd. II, pp. 5 y ss.
- FRANCK & WEISBAND (eds.), 1974, *Secrecy and Foreign Policy*, N. York, Oxford University Press.
- FRIEDRICH, 1970, «Secrecy versus Publicity», *Nomos*, 12.
- FRIEDRICH, C., 1972, *The Patology of Politics: Violence, Betrayal, Corruption, Secrecy and Propaganda*, N. York, Harper & Row, 1972.
- FRIEDRICH, C. J., 1975, *Gobierno constitucional y democracia* (vol. II), Madrid.
- GALNOR (ed.), 1977, *Government Secrecy in Democracies*, Harper & Row, N. York.
- GEORG, S., 1968, «Staat, Verfassung und Politik bei A. Hamilton», *Festschrift für Schieder*, 1968, p. 15 y ss.
- GOLDSCHMIDT, L., 1954, «Publicity, Privacy and Secrecy», *Western Political Quarterly*, 7/1954, pp. 401-416.
- GUIZOT, 1851, *Histoire des origins du gouvernement representatif en Europe*, Bruxelles, 1851.
- HÄBERLE, P., 1969, «Öffentlichkeit und Verfassung», *ZFP*, 16/1969, pp. 273 y ss.
- HÄBERLE, P., 1970, «Struktur und Funktion der Öffentlichkeit im demokratischen Staat», *Politische Bildung*, 3/1970, pp. 3 y ss.
- HÄBERLE, P., 1967, «Zur gegenwärtigen Diskussion um das Problem der Souveranität», *AÖR*, 92/1967, pp. 259 y ss.
- HABERMAS, 1981, *Historia y crítica de la opinión pública*, Barcelona, G. Gili.
- HALPERIN & HOFFMANN, 1977, *Top Secret: National Security and the Right to Know*, Washington, N. Republic Books.
- HÄMMERLEIN, H., 1966, *Öffentlichkeit und Verwaltung*, 1966.
- HELLER, H., 1985, *Teoría del Estado*, Madrid, FCE, 1985.

- HENKIN, L., 1971, «The Right to Know and the Duty to Withhold: the Case of Penatagon Papers», *Univ. Pennsylvania Law Rev.*, 120/1971, pp. 271 y ss.
- HÖLSCHER, 1979, *Öffentlichkeit und Geheimnis*, Stuttgart, Klett-Cotta.
- HÖLSCHER, 1984, «Öffentlichkeit», en *Historisches Wörterbuch der Rechtsphilosophie*, B.6., Basel/Stuttgart Schwabe R.
- KATZENBACH, N. de B., 1973, «Foreign Policy, Public Opinion and Secrecy», *Foreign Affairs*, 52/1973, pp. 1 y ss.
- KELSEN, H., «Esencia y valor de la democracia», en *Kelsen*, 1989.
- KELSEN, H., 1989, «Crisis del Parlamentarismo», *Escritos sobre Democracia y Socialismo*, Madrid, Debate, 1989.
- KLEIN, H. H., 1965, «Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe», *DÖV*, 1965, pp. 755 y ss.
- KOSER (1921), *Geschichtes Friedrichs des Grossen*, Stuttgart, (IV Bd.).
- KRAUS (ed.) (1966), *Est-il utile de tromper le peuple?*, Eingeleitet und herausgegeben von W. K., Berlin, Akademie V. (Deutsche Akademie der Wissenschaften. Schriften des Instituts für Romanischen Sprachen und Kultur, Bd. 3).
- KRAUS, W. H., 1959, «The Democratic Community and the Problem of Publicity», *Nomos*, vol. 4 (Community, a cargo de C. Friedrich), 1959, pp. 225-255.
- KRIELE, M., 1980, *Introducción a la Teoría del Estado*, B. Aires, 1980.
- LANDSHUT, 1953, «Volkssouveranität und öffentliche Meinung», *Festschrift für Laun*, Hamburg, 1953, pp. 583 y ss.
- LAPORTA, 1990, «Ética y Política. Algunas claves básicas», *Claves de Razón Práctica*, 2.
- LOBREAU, 1987, «La société secrète, forme marginale de la sociabilité, l'exemple des bons cousins charbonnières», en Dujardin, *Le Secret*, Ed. du CNRS, Lyon.
- LORCH, N., 1973, *El Parlamento y los medios de comunicación audiovisuales*, Madrid, ICP, 1973.
- MAGIERA, S., 1979, *Parlament und Staatsleitung in der Verfassungsordnung der Grundgesetzes*, Berkin, Dunckler & Humblot, 1979.
- MANZELLA, *Il Parlamento*, Bolonia, Il Mulino, 1977.
- MARCIC, R., 1965, «Öffentlichkeit als staatsrechtliches Prinzip», *Richter und Journalisten*, 1965, pp. 153 y ss.
- MARTENS, W., 1969, *Öffentlichkeit als Rechtsbegriff*, 1969.
- MCGUIRE, M., 1965, *Secrecy and The Arms Race*, Cambridge, Harvard University Press.

- MEINECKE, 1952, *Die Idee der Staatsräson in der Neueren Geschichte* (hay trad. cast. de F. González Vicen, *La razón de Estado en la Edad Moderna*, Madrid, CEC, 1983).
- MERMET, 1987, *Democrature. Comment les medias transforment la démocratie*, Aubier, Paris.
- MICHELET, 1952, *Histoire de la Revolution Française*, Paris, Pleiade.
- MIGLIO, 1983, *Il segreto politico*, Cedam, Padova.
- ORESTANO, 1983, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, Cedam, Padova.
- PADOVER (ed.), 1953, *The complete Madison*, Harper, N. York.
- PARAMIO, A. (1985), «El modelo parlamentario y los principios de discusión pública y publicidad parlamentarias en el proceso de formación de la voluntad política», *I Jornadas de Derecho Parlamentario*, Madrid, Congreso de los Diputados.
- PÉREZ LUÑO, 1987, *Derechos humanos, Estado de Derecho, Constitución*, Madrid, Tecnos.
- PÉREZ LUÑO, 1987, «La contaminación de las libertades en la sociedad informatizada y las funciones del defensor del pueblo», *Anuario de Derechos Humanos*.
- PÉREZ LUÑO, 1987, *Problemas actuales de la documentación y la informática jurídica*, Madrid, Tecnos.
- PANIAGUA, R., 1988, «El utilitarismo de J. Bentham y su aplicación a la Política y al Derecho», *R.F.D.U.C.*
- REHBINDER, M., 1962, *Die Öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse*, 1962.
- REVEL, J. F., 1988, *La connaissance inutile*, Paris, Grasset.
- ROBERTSON (1982), *Public Secrets: A Study of the Development of Government of Secrecy*, N. York, St. Martin's Press.
- ROURKE, 1966, *Secrecy and Publicity*, Baltimore, J. Hopkins Press.
- ROURKE (ed.) (1975), «Administrative Secrecy. A comparative Perspective», *Public Administration Review*, 35/1975, pp. 23 y ss.
- ROWAT (ed.), 1979, *Administrative Secrecy in Developed Countries*, N. York, Columbia University Press.
- SAAVEDRA, 1987, *La libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Barcelona, Ariel.
- SAAVEDRA FAJARDO, *Obras Completas*, Madrid, Aguilar, 1946.
- SCARPELLI, 1983, «Democrazia e Segreto», en *Il Segreto nella realtà giuridica italiana*, Cedam, Padova.

- SCARPELLI, 1985, «Definizioni Legislative», en *Teoria Generale del Diritto*, Einaudi, Milano.
- SCHMITT, C., 1926, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Munich, 1926.
- SCHMITT, C., *Teoría de la Constitución*, Madrid.
- SCHWARZENBERG, 1969, *L'Etat-Spectacle*, Paris, Flammarion.
- SHILS, 1956, *The Torment of Secrecy*, Heinemann, London.
- SIMMEL, 1977, *Soziologie. Untersuchungen über die Formen der Vergesellschaftung*, cit. por la trad. cast. *Sociología*, R. de Occidente, Madrid.
- SMEND, R., «Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit», *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, 1955, pp. 11 y ss.
- SOMMERFELD, «Die Philosophische Jugendentwicklung des Kronprinzen Friedrich», *Forschungen zur brandenburgischen und preussischen Geschichte*, bd. 31, pp. 69 y ss.
- TARELLO, 1976, «Assolutismo e Codificazione del diritto», *Storia della cultura Giuridica Moderna*, vol. II, Bologna, Il Mulino.
- TARELLO, 1988, *Cultura giuridica e Politica del diritto* (ed. a cargo de Guastini y Rebuffa), Bologna, Il Mulino.
- TARELLO, 1982, «Ideologie settecentesche della codificazione e struttura dei codici moderni», en Castignone, Gustini, Tarello, *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genua, ECIG.
- TEFT (ed.) (1980), *Secrecy: a Cross-cultural Perspective*, N. York, Human Science Press.
- TOURNIER (1964), *Le secret*, Génève, Ed. Labor et Fides.
- TRIBE, L., 1978, «Acomodating Rights to Know, Rights Not to Know, Open Minds and Closed Communities», *American Constitutional Law*, Minneola, N. York, Foundation Press.
- WEBER, 1978, *Economía y Sociedad*, FCE, México.
- WIGGINGS, J. R., 1964, *Freedom of Secrecy*, N. York, Oxford University Press.
- WOLFE, 1984, *Límites de la legitimidad*, Madrid, Siglo XXI.

