

# UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Bartolomé de Las Casas

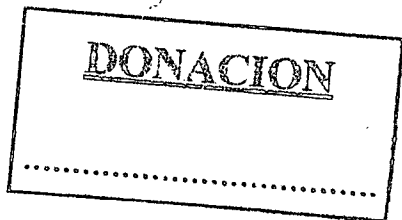
Doctorado en Derecho:

Programa de Derechos Fundamentales

Tesis:

## Los secretos de Estado

(Un acercamiento a sus controles en el  
Estado de Derecho)



Director de la tesis:

**Prof. Dr. Eusebio Fernández García**

Investigador:

**José Antonio Guevara Bermúdez**



Marzo de 2003

Título de la Tesis:

**Los secretos de Estado: (Un acercamiento a sus controles en el Estado de Derecho)**

Doctor José A. Guevara B.

Director de Tesis: Eusebio Fernandez García  
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

En la tesis se analiza la idea de razón de Estado, fundamento del entonces y actual secreto de Estado. Después de estudiar el contexto histórico en que nace dicha idea, se arriva al significado contemporáneo de la misma.

Posteriormente, se delimita el concepto del secreto oficial así como los diferentes actores del escenario político que pueden clasificar información para proteger determinados intereses, incluida la seguridad nacional, por medio del análisis de la legislación comparada de un número considerable de países "occidentales".

También se analizan los diferentes mecanismos que el derecho comparado ofrece para controlar a los Estados y gobernantes al emplear el secreto de Estado: la ley, los organismos públicos de control de los actos de gobierno, el control parlamentario y el control judicial.

Asimismo, se evalúan los efectos que acarrea la existencia del secreto de Estado en el Estado de Derecho.

Se concluye que los secretos de Estado deben estar en Ley, considerados como excepción al derecho a la información, limitar el tipo de materiales sujetos a clasificación y deben de contar con toda clase controles: parlamentario, judicial, adeministrativo y estatal.

---

# TABLA DE CONTENIDO

<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>1</b>
<b>CAPÍTULO I</b> .....	<b>28</b>
<b>UN BREVE ACERCAMIENTO A LA IDEA DE RAZÓN DE ESTADO: FUNDAMENTO DEL SECRETO DE ESTADO</b> .....	<b>28</b>
<b>A. Contexto histórico en el que germina la idea de la <i>razón de Estado</i></b> .....	<b>28</b>
<b>B. Condiciones político-jurídicas que facilitaron el surgimiento de la idea de <i>razón de Estado</i></b> .....	<b>37</b>
<b>C. La génesis de la idea de <i>razón de Estado</i></b> .....	<b>48</b>
1. El debate de la buena contra la mala <i>razón de Estado</i> .....	48
2. El debate contemporáneo sobre el origen y significado de la idea de <i>razón de Estado</i> .....	57
a) Maquiavelo inventó la <i>razón de Estado</i> .....	60
b) La <i>razón de Estado</i> se conocía antes de Maquiavelo .....	64
c) La <i>razón de Estado</i> se descubre después de Maquiavelo .....	65
d) Para Maquiavelo era imposible problematizar sobre la <i>razón de Estado</i> .....	68
<b>D. El significado de la idea de la <i>razón de Estado</i></b> .....	<b>70</b>
<b>E. La dirección de la <i>razón de Estado</i></b> .....	<b>81</b>
<b>F. La <i>razón de Estado</i> contemporánea</b> .....	<b>90</b>
<b>CAPÍTULO II</b> .....	<b>106</b>
<b>EL SECRETO OFICIAL</b> .....	<b>106</b>
<b>A. La formulación del secreto oficial</b> .....	<b>106</b>
1. El secreto oficial en el poder ejecutivo .....	120
2. El secreto oficial en el poder legislativo .....	126
3. El secreto oficial en el poder judicial .....	133
<b>B. El contenido del secreto oficial</b> .....	<b>137</b>
1. Materiales clasificables .....	141
2. Materiales no clasificables .....	149
3. Gradación en la clasificación .....	150
4. La duración del secreto .....	153
5. Intereses protegidos .....	157
a) La intimidad, el honor y la vida privada de los particulares .....	159
b) La prevención, persecución y castigo de los ilícitos .....	169
c) El funcionamiento y la toma de decisiones de los órganos de la administración pública .....	173
d) La conservación de la <i>secretaría</i> derivada de otras leyes .....	179
e) Los recursos naturales y geológicos .....	180
f) La seguridad nacional .....	181
(i) La <i>defensa del Estado</i> .....	196
(ii) Las <i>relaciones exteriores del Estado</i> .....	201
(iii) Los <i>intereses económicos del Estado</i> .....	206
<b>C. La protección adicional del secreto</b> .....	<b>211</b>
<b>CAPÍTULO III</b> .....	<b>218</b>
<b>LOS CONTROLES DEL SECRETO DE ESTADO</b> .....	<b>218</b>
<b>A. El control de origen: la ley</b> .....	<b>218</b>
<b>B. El control de los organismos públicos</b> .....	<b>226</b>
1. Los organismos públicos de acceso a la información .....	226
a) Naturaleza y Composición .....	226
b) Nombramiento y duración del cargo .....	229
c) Funcionamiento .....	232
d) Poderes .....	234
2. Los organismos públicos de protección de Derechos Humanos .....	238

B. El control parlamentario .....	240
C. El control judicial .....	250
1. El contencioso administrativo .....	271
2. El proceso penal .....	272
<b>CAPÍTULO IV.....</b>	<b>278</b>
<b>EL SECRETO DE ESTADO EN EL ESTADO DE DERECHO.....</b>	<b>278</b>
A. La transformación del Estado: los elementos del Estado de Derecho .....	278
B. ¿Existe un deber del Estado de garantizar la publicidad de sus actos e informaciones? .....	294
C. El secreto de Estado: ¿es una excepción al principio de publicidad del Estado? .....	302
D. El secreto de Estado: ¿es un privilegio incontrolable? .....	324
E. El secreto de Estado: ¿vulnera Derechos Humanos? .....	331
1. La libertad de expresión y el derecho a la información .....	343
2. La participación en los asuntos públicos del Estado .....	351
3. La tutela judicial efectiva .....	360
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>373</b>
<b>REFLEXIONES EN TORNO A IDEAS PARA UNA POSIBLE TEORÍA DEL SECRETO DE ESTADO EN EL ESTADO DE DERECHO .....</b>	<b>373</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>400</b>
LIBROS .....	400
ARTÍCULOS .....	408
ARTÍCULOS EN LIBROS COLECTIVOS .....	413
INSTRUMENTOS JURÍDICOS.....	422
DOCUMENTOS DE ORGANISMOS GUBERNAMENTALES Y NO GUBERNAMENTALES .....	423



## INTRODUCCIÓN

La imposibilidad de que se puedan aportar todos los medios de prueba necesarios para garantizar una tutela judicial efectiva y que los controles entre los poderes del Estado de Derecho puedan funcionar; la limitación al acceso a la información requerida para el ejercicio de otros derechos, entre los cuales están la libertad de expresión y los derechos políticos; la creación de grupos paramilitares y la contratación de mercenarios por parte de gobiernos para la lucha contra la disidencia, el terrorismo y el desconocimiento de sus formas de financiamiento público; el uso de los servicios secretos para la utilidad personal, para el encubrimiento de la corrupción y los abusos por parte de los gobernantes; el ocultamiento de la información relativa a graves violaciones de derechos humanos, genocidios, crímenes de guerra y crímenes contra la humanidad y un enorme etcétera de aberraciones nos llevaron a plantearnos la necesidad de un análisis teórico sobre los secretos de Estado, así como de sus fundamentos y sobre todo sus mecanismos de control. De inicio se suscita una contradicción entre la existencia de un Estado de Derecho que tiene por propósito el proteger y garantizar derechos fundamentales y las prácticas abusivas mencionadas ocultas bajo el manto del secreto.

Este trabajo busca desentrañar lo anterior, ya que pareciera como si no hubiera duda de que el secreto ha sido, y actualmente es, necesario para los fines para los cuales se diseñó. Es por ello que resulta sorprendente como el secreto de Estado es una idea de fácil comprensión, pero de difícil limitación. Esa carencia de duda, la ambivalencia de su concepción y el grado de penetración que ha logrado en el subconsciente de la sociedad, incluso la

contemporánea, como un instrumento que beneficia al Estado en su conjunto, son tres de los grandes logros del secreto de Estado. Sin embargo, en este trabajo no haremos un desarrollo teórico sobre los efectos del secreto en general y el secreto de Estado en particular, en las mentes de las personas y en la sociedad, desde la perspectiva de la psicología. Más bien, reconocemos que este primer trabajo introductorio sobre el secreto de Estado, se inserta en lo que Norberto Bobbio entiende como filosofía política; ya que lo que buscamos desentrañar son las justificaciones sobre las que recae esta institución. En este sentido intentaremos lograr un acercamiento al tema desde la óptica o moralidad del Estado de Derecho (y de sus elementos, por supuesto), desde sus orígenes históricos.

Este trabajo de investigación tiene por objeto el tratar de explicar los fundamentos del secreto de Estado, poderosa herramienta del poder político que surge y se emplea para la dominación de los soberanos sobre los gobernados. El instrumento nace en la etapa de la consolidación del Estado y conforme este se transforma aquel también lo hace. El secreto se utiliza para ocultar las estrategias y prácticas del Estado en su afán por consolidarse como poder único, mantenerse y expandirse. Al lograr ese objetivo y con el desarrollo del constitucionalismo el secreto se incorpora a él con el propósito de protegerlo.

Para entender la institución mencionada, primero se tiene que hacer un estudio acerca de sus orígenes históricos. Como su nombre lo indica el secreto de Estado tiene sus orígenes durante el proceso de acumulación de poderes en el soberano y se desarrolla con la misma organización de lo que

conocemos como Estado (primero feudal, luego estamental, luego absoluto, de Derecho y ahora democrático de Derecho). La razón de Estado y el secreto de Estado fueron de gran utilidad para la centralización de poderes y la emancipación de las nuevas naciones de los poderes imperiales y papales. Los grandes tratados que versan sobre dichos temas (la razón y el secreto) se formulan en esta época.

La idea de razón de Estado es un concepto histórico que tiene su génesis en el *tránsito a la modernidad* y va de la mano de la conformación del Estado mismo; es decir, cada vez que el Estado cambia, su razón también lo hará. En este sentido, la razón de Estado es un criterio de justificación (con lo cual se hace lo justo) que busca la conservación y la existencia del Estado, así como la potencia de su fuerza. Esta razón de Estado se ha expresado, según las necesidades del Estado, de diversas formas.

Los siglos XVI y XVII se caracterizaron por albergar grandes y numerosos conflictos políticos, territoriales y religiosos. Dichos conflictos se desarrollaron en el contexto de la caída del régimen feudal, el crecimiento y la expansión económicos de las ciudades, el nacimiento de movimientos religiosos locales y del fortalecimiento e independencia de centros políticos respecto de los poderes universales. En general, en estos tiempos se produce el desmoronamiento de las estructuras feudales y se da el surgimiento de los *grandes Estados territoriales y coloniales*. Precisamente, el nacimiento del Estado moderno se da en el contexto de este conflicto, primero religioso, político después, que además se manifestó, por supuesto, en el terreno del pensamiento o de la ideas. Las partes de la controversia buscaban resolver la

cuestionante acerca del “modo según el cual debe ser dirigido espiritualmente en esta tierra hacia la propia salvación”.

Como se verá, la aparición de la *razón de Estado* coincide con el nacimiento del Estado mismo; pero para que éste pudiera existir, primero, se tuvieron que haber satisfecho un gran número de precondiciones políticas y jurídicas.

La religión, sin pretender subestimar su importancia y alcances como instrumento político, sirvió como símbolo que logró una gran concentración de poder en pocos soberanos del otrora pluralismo político-jurídico feudal. Las monarquías de la época lograron, poco a poco, dicha concentración de poder. Este proceso de acumulación de poderes, comenzó desde el medievo durante la dominación imperial romana y se vio plenamente concretizado con la Paz de Westfalia en 1648, que, además de ser un hecho relevante en la historia de la tolerancia religiosa, constituyó un reconocimiento de hegemonía de algunos sobre poblaciones y territorios concretos. Las luchas eran producto de la búsqueda de varios grupos por alcanzar y controlar un determinado espacio político económico y una población, lo cual se reflejaba en la política, economía y la religión.

Esos conflictos se veían reflejados o derivaban de grosas confrontaciones políticas en, y entre, las ciudades italianas de Florencia y Venecia; las situaciones críticas derivadas de la vocación imperial de la monarquía de Carlos V con los intentos de consolidación de la corona francesa; asimismo, en los intereses del Papa por seguir siendo el representante de Dios en la tierra –en toda su expresión– que presionaban a todas las monarquías no-

católicas europeas y, finalmente, en los pequeños principados alemanes tenían la necesidad de independizarse tanto del papa como del emperador.

En este contexto conflictivo, aparece la Reforma protestante que fue relevante en el proceso emancipatorio que ahí nace; ya que, para unos, la nueva visión del mundo, de la política, de la economía y de la moral, sirvió de argumento para justificar su liberación de ataduras políticas y económicas (por ejemplo Gran Bretaña y los principados alemanes respecto del Papa). Para otros, sirvió como justificación para endurecer sus posturas, como lo fue la monarquía de Carlos V sobre todo en su afán por lograr, en todos sus territorios, una sólida sumisión a su poder: de designación divina.

El Concilio de Trento celebrado entre 1545 y 1643, dio como resultado la radicalización de la posición de las monarquías católicas frente a las nuevas ideas reformistas y frente a una realidad que representaba el rompimiento de la unidad política, religiosa y jurídica del catolicismo. En resumen, sus expresiones fueron el regreso a la ortodoxia con la creación del índice o index, la imposición de la inquisición en las monarquías católicas y la educación de elites en la fe verdadera a cargo de los jesuitas.

Frente al nacimiento del Estado y a la problemática sobre relación que la política debiera de tener con la religión, surgen dos vertientes de pensamiento, que representaban a su vez las dos fuerzas religioso-políticas principales en pugna: la Reformista y la Contrarreformista o Reformista Católica.

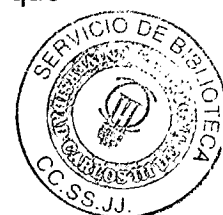
En ambos sectores, reformistas y contrareformistas, se buscaba justificar y legitimar un monopolio del uso de la fuerza, un monismo jurídico y una sola

religión para todo reino, con lo cual, se podría alcanzar la paz, el orden y la prosperidad anheladas.

La diferencia entre las posturas se basaba, fundamentalmente, en tratar de identificar y caracterizar la buena *razón de Estado* con el bien común cristiano y la mala con el interés del Príncipe.

En esta pugna entre reformistas y contrareformistas, también expresada en el mundo de las ideas y en el universo de las doctrinas políticas, los teóricos barrocos de la monarquía de Carlos V consideraban que, el arte de gobernar, esto es, la política, debería estar impregnada de los principios católicos. Con esta propuesta ponían en contacto medios y fines, unían principios y propósitos. Se somete entonces la política a la moral cristiana y se identifica así una idea acerca del arte de gobernar; se crea la buena razón de Estado, descalificando a la mala y definiéndola como la razón de príncipes, o razón de establo, en palabras de Baltasar Gracián. El debate entre los reformistas o ateos o realistas o tacitistas o políticos y los contrarreformistas se centraba en que éstos traban de apropiarse de la idea de razón de Estado, vaciando de contenido lo que ellos consideraban como *mala*, lo cual, en suma, reflejaba una lucha semántica, una lucha por conservar el concepto, dotarlo de contenido y así conservar o alcanzar el poder.

En ambos casos, la *razón de Estado* se ofreció como el motor –criterio de justificación, logos del actuar político, racionalización del ejercicio del poder– que permitió la actuación de los gobernantes para consolidar un Estado fuerte que resolviera los conflictos de la época. Con la *razón de Estado* se colocó al Estado como el estandarte de la paz y la estabilidad. Es desde entonces, que



la idea de la *razón de Estado* se define desde entonces como un medio que tiene como fin/principio o *ratio* la propia existencia del Estado. Ya sea que se afirmara la primacía de la política sobre la moral o viceversa, el interés "estatal" siempre primó en ambas corrientes.

A Nicolás Maquiavelo se le atribuye la paternidad de la idea de razón de Estado, lo cual, es falso. Para Maquiavelo los príncipes deberían de comportarse de la forma que él consideraba adecuada, con el propósito de conservar su poder, conservar el estado; entendido este, más como situación de dominación, más como estatus, más como una posición concreta en un espacio de poder, frente a un grupo de aspirantes al mismo, que como lo entendemos actualmente, esto es, como un conjunto de elementos: territorio, población y gobierno. Los consejos que Maquiavelo le da a Lorenzo de Medici en *El Príncipe* (circa 1515-1520), eran una serie de lineamientos que le servirían al monarca para protegerse y defenderse de las amenazas tanto del interior, como del exterior de su reino. Vemos con esto que el príncipe gobernaba en una época inestable, en donde sus lazos y vínculos de legitimación se encontraban endebles, flacos y débiles y que para mantenerse ahí, tenía que escuchar a su consejero.

Con esto tenemos una distinción académica, que en la época pretendía marcar una postura política. Si entendemos que hay una buena razón de Estado suponemos una racionalidad estatal moralizada, con cristianismo por supuesto; la cual, se ve reflejada en el tratadística de la razón de Estado que más adelante explicaremos. Por otro lado, si vemos a la "mala razón de Estado" como un simple instrumento al servicio del príncipe, no sometido a

ningún principio ni a ningún código moral, aquella se expresará exclusivamente en las mismas reglas de la política, dejando entonces de ser necesaria una distinción relevante, ya que política y razón de Estado serían lo mismo. Tenemos, pues, que la razón de Estado "buena" atiende a los intereses de todo lo que conforma el estatuto o estado monárquico, mientras que la mala sirve para mantener en el poder al monarca, sin importar las mejoras, ni el fortalecimiento de los vínculos o nexos que legitiman su posición.

Repetimos, la razón de Estado para los tratadistas contrareformistas, son una serie de motivos, lineamientos, reglas y principios del arte de gobernar, que buscan fortalecer y engrandecer el reino, la monarquía, el principado o el imperio; mientras que, para los ateos o tacitistas, la razón de Estado sólo busca el acceso y la manera de conservar cierta posición en las relaciones de poder. Maquiavelo, por tanto, aconseja proteger la seguridad del poder del príncipe frente a posibles usurpadores del trono, no busca proteger al trono en sí, como entendemos que los "tratadistas" contrareformistas y los reformistas buscaban hacerlo.

La contrarreforma española, encargada de la vuelta a la ortodoxia definida en Trento, y portadora de los intereses del imperio y del papa, generó un gran movimiento teórico-político, basado en los grandes textos de la razón de Estado: la tratadística.

Los tratados de la razón de Estado, como ya dijimos, son cuerpos doctrinarios que enuncian y explican los medios, la proporcionalidad en su aplicación y los fines que debe perseguir el gobernante; sea príncipe, rey,



emperador, oligarca o lo que sea, para fortalecer su Estado. El Estado, en estos tratados y por la interpretación que le da, por ejemplo, Dominique Reynié, son una serie de relaciones, vínculos y símbolos que permiten a uno o a unos dominar a otros. Dominación, soberana y divina, que la ejercen los elegidos sobre tierras y personas, premisas de los conceptos que más adelante en el tiempo aparecerán y que M. Foucault explicará abundantemente: soberanía y gobernabilidad. El tipo de organización que conformaba al Estado, fuera monarquía, república, oligarquía o democracia, para los tratadistas de entonces, eran sinónimos. El Estado era, la situación misma de, por ejemplo, la monarquía; entonces bien, la razón de Estado para la monarquía sería: una razón de monarquía. En relación con lo anterior, nuestro análisis sobre la historia político-jurídica del siglo XVI y XVII no se llevó a cabo con categorías posteriores, como algunos autores pretenden acusar, por ejemplo Michel Senellart, sino con conceptos de la época.

Ahora bien, la razón de Estado se entendían como los lineamientos que los gobernantes o soberanos tenían que seguir con el objeto de consolidar los vínculos, relaciones y símbolos que los legitimaban o que legitimaban su estatus. Por ello, los tratados de la razón de Estado beneficiarían a todos en el reino, a gobernantes y a gobernados, a nobles y plebeyos, a siervos y esclavos, a los agricultores y a los granjeros, a los comerciantes y a los artesanos. Los tratados de la razón de Estado buscaban, entonces, el fortalecimiento, el crecimiento y la expansión del Estado como todo orgánico. Este fortalecimiento del poder del Estado trataba de establecer en tiempos de paz, reglas de gobiernos basadas en la moral cristiana, expresadas en la "justicia" y la "prudencia". Por otro lado, los tan citados tratados establecían la

forma en la que se debería organizar la fuerza, militar por supuesto, para siempre estar lista para defender o atacar, todo aquello que amenazara o pusieron en peligro al reino. Lo anterior nos muestra como la razón de Estado tenía su vertiente civil y su aspecto militar, y por consiguiente ambas, a su vez, establecían líneas de comportamiento que guiarían a los monarcas en sus relaciones con otros estados o monarquías. A nuestro parecer los tratados de la razón de Estado son el primer indicio de la racionalidad del poder, o los antecedentes del constitucionalismo moderno.

La razón de Estado es, en un primer momento, un conjunto de saberes y técnicas que tienen como objetivo la protección, seguridad, conservación, potencia y sobre todo la existencia del Estado que se reflejan en un texto. Ésta es la que se conoce como la *tratadística* y ve su plena realización en la Contrareforma. Los asuntos del reino, en tiempos de paz, se encaminaron a regular la vida y convivencia civil con los lineamientos que esos tratados marcaban. Para los cristianos de la época estas normativas tenían que cumplir con los principios de la moral y derecho cristianos; mientras que para los "ateos" se podían emplear todos aquellos principios y moralidades que fueran útiles. Sin embargo, cuando se diera una situación de crisis, la verdadera fuerza de la razón de Estado se vería expresada. El uso de la expresión "por razón de Estado" suponía la falta de discusión posterior sobre lo hecho, incluso cuando se hubieren roto todos los principios morales y jurídicos que rigieran en el Estado. Esto es a lo que nos referimos con criterio de justificación.

Vemos entonces que, la razón de Estado es la racionalidad del Estado que aparece también como producto de un proceso de acumulación de poderes (centralización). Siguiendo la dinámica histórica de la organización estatal, la razón de Estado se transforma con el Estado. En el proceso de consolidación del Estado, la tratadística tiene como fin el solidificar la concentración del poder. Sin tratar de confundir, vemos a la razón de Estado como un tratado y como una excepción al mismo tiempo. Es decir, mientras no haya crisis se siguen las líneas del tratado, cuando los problemas aparecen se permite el quebrantamiento de la moral y del derecho; la razón de Estado se convierte entonces en una justificación excepcional que se invoca cuando se pone en peligro la existencia del Estado. Consolidado el poder en los Estados modernos, la razón de Estado deja de ser una serie de reglas y se convierte sólo en justificación, una arbitrariedad que tiene por objeto reprimir cualquier movimiento que atenta contra la seguridad del Estado. La razón de Estado, en este escenario, se ve como mera ilegalidad, como arbitrariedad.

El Estado de Derecho se integra por cuatro elementos que en teoría son contrarios a la razón de Estado; estos son: el imperio de la ley, la separación de poderes, los controles a los poderes y el respeto de derechos y libertades fundamentales. La democracia como parte estructural del Estado de Derecho derivada de las ideas de imperio de la ley y derechos políticos, marca un principio esencial del Estado de Derecho que es el de publicidad del poder público. Esta publicidad es de suma importancia para entender otros principios característicos del Estado de Derecho como lo son la seguridad jurídica, la libertad, el voto informado, la tutela judicial efectiva y la participación en la elaboración de las decisiones públicas.

Una vez que aparece el Estado liberal de Derecho la razón de Estado se transforma, ya que se expresará en las mismas leyes como situación de excepción. Esto significa que el Estado puede incumplir con algunos de los principios que lo legitiman (protección de derechos fundamentales de los ciudadanos), por ejemplo, en aras de conservar la seguridad del Estado y defenderlo de las fuerzas que lo amenazan.

A pesar del progreso moral que trajo el Estado de Derecho no pudo eliminar por completo esta facultad "necesaria" para conservar la estructura del mismo Estado: la razón de Estado, y la misma se ve reflejada, en el mejor de los casos, en las constituciones como Estados de excepción. El tratamiento a estos estados de excepción ha variado al pasar los años ya que los momentos de crisis se han perpetuado, y por consiguiente las formas ideadas para contrarrestar las amenazas contra la seguridad del Estado se han normalizado también. La lucha contra el terrorismo y contra el narcotráfico son ejemplos claros de como la excepción se normaliza y la legalidad se ve truncada por la imposición de los valores que siempre han acompañado al Estado: la seguridad y defensa. Vemos entonces como la razón de Estado al ser instrumento (como tratados y como justificación) de la seguridad del Estado se refleja en el Estado de Derecho. Los Estados de excepción los vemos en la tratadística y en las constituciones de los Estados de Derecho. En ambos casos velan por la seguridad del Estado frente a amenazas del interior y del exterior. No obstante lo dicho, la seguridad y la defensa del Estado como fines fundamentales del Estado de Derecho se equiparan a la protección y garantía de derechos fundamentales también fines del Estado de Derecho moderno y son valores que se deben ponderar. Dentro de esta

juridificación de la razón de Estado, se idean órganos encargados de actuar o estar preparados para actuar o estar preparados para actuar en esos casos de necesidad y excepcionalidad; éstos, en la actualidad son los servicios secretos o servicios de inteligencia.

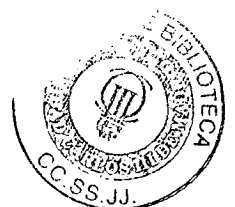
Como mencionamos, que los regímenes de excepción se incluyen en las constituciones como situaciones jurídicas derivadas de una necesidad de hacer frente a un problema por ejemplo, de seguridad o de salud preciso, sin deber de satisfacer los procedimientos ordinarios para resolverlos. Sin embargo, estos regímenes deben de cumplir, por lo general, con un procedimiento formal de inicio, con una duración o vigencia limitada, y con facultades exorbitantes también limitadas para satisfacer las necesidades concretas. Como esbozamos, esta incorporación de la *razón de Estado* al nuevo Estado, a través del Derecho, ve su expresión más clara en los estados de excepción constitucionalmente reconocidos en aras de la *seguridad y conservación* del Estado o la Democracia. Sin embargo, en ciertos países, estas medidas han dejado de ser excepcionales y se han transformado permanentes para la protección de la Constitución y sus instituciones. Además, las democracias contemporáneas contemplan la posibilidad de que órganos del Estado mantengan cierta información fuera del conocimiento público. Esa facultad de no divulgar información se le confiere, por lo general, a los tres poderes del Estado; es decir al Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial.

La razón que justifica la existencia de los secretos de Estado es la seguridad y defensa del Estado y de sus instituciones que inicia su desarrollo teórico-

práctico al mismo tiempo que la doctrina de la razón de Estado. Para abordar estos temas tomamos como hilo conductor al Estado (haciendo énfasis a la idea de razón de Estado como la sombra que acompaña al cuerpo), como materia central de análisis en términos *meineckianos* (se refiere al Estado como eje central de la historia). Los orígenes del Estado –o mejor dicho el proceso de centralización del poder estatal que da inicio en el *tránsito a la modernidad*– la aparición de los Estados modernos y la siguiente configuración de los Estados contemporáneos, son tres momentos clave en la historia del proceso estatal (proceso que va desde su configuración, consolidación –momento en el que se caracteriza como de Derecho– y de posterior desarrollo –es decir la actualidad–) que se ven en nuestro trabajo. No dejamos fuera de nuestro análisis a todas las demás expresiones de Estado (socialistas reales, comunistas, teocráticos) aleatoriamente sino intencionalmente, ya que conforme definimos al Estado de Derecho, aquellos no tienen cabida alguna en nuestra definición; a pesar de que cada uno tendrá su propia *razón de Estado*. Es decir, de haber abordado en nuestro estudio a esta clase de Estados los elementos que conceptualizan al Estado se hubieran desnaturalizado; entonces hablaríamos de los Estados como realidades fácticas de ejercicio de poder soberano sobre cierto territorio con la ayuda del Derecho, dejando de lado y sin importancia conceptual a la división de poderes, los controles entre los poderes, el principio de legalidad y sobre todo, el respeto de derechos y libertades fundamentales; lo cual nos habría dejado sin código moral para evaluar a las instituciones materia de investigación.

Además, a partir de dichas corrientes liberales, los derechos fundamentales se tradujeron en una finalidad del propio Estado, lo cual se verá reflejado en las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII, americana y francesa, que además sirvieron para patentar la existencia de Derechos previos a la organización del Estado, limitando así el actuar estatal al impedirle interferir en esa esfera individual de las personas, ya que aquél nace precisamente para garantizarle sus derechos.

La llegada de las revoluciones burguesas trajo consigo una nueva forma del ejercicio del poder. El Derecho como instrumento y límite del ejercicio del poder tuvo que impedir ciertas prácticas contrarias a la idea de poder público. El poder público contra el que luchaban los "ilustrados" era oculto, no transparente; de hecho, lo relacionado al poder público se definía por su confidencialidad, por ser secreto, mientras que lo privado tenía que ser público. Nace entonces la antagonía público/privado expresado en la dicotomía transparente/intimo. Con dichas revoluciones los papeles se invierten y el poder público, siguiendo a Norberto Bobbio, se ejerce en público. No obstante, vemos como el poder revolucionario para ser ejercitado con eficacia reconoce la importancia de guardar cierto oscurantismo (la información es poder dice un cliché) y por tanto los burgueses del siglo XVIII lo utilizan también; en menor medida claro, pero finalmente legitimándolo política y jurídicamente. El secreto de Estado entonces pasa a formar parte del Estado de Derecho (sobre todo como límite a ciertos Derechos Fundamentales) ya que es uno de los instrumentos "idóneos" y "necesarios" para garantizar la seguridad del Estado y de sus ciudadanos.



Los secretos de Estado también son una constante en la vida de los Estados; lo cual nos hace suponer que son un elemento esencial para el funcionamiento del mismo. Los secretos de Estado son aquellas informaciones excluidas del conocimiento público relativas a la seguridad del Estado y cuya divulgación pueda poner en peligro la existencia del mismo. La defensa y seguridad del Estado invocan la protección de la existencia, permanencia y buen funcionamiento de las instituciones democráticas y constitucionales. Sobre todo las actividades de seguridad y defensa se abocan a la protección de dichas instituciones frente ataques violentos provenientes del interior o del exterior, con el uso permitido del secreto de Estado. No obstante las "nobles" intenciones de mantener la figura del secreto de Estado en las democracias contemporáneas, las consecuencias derivadas de un abuso de ellos a nos llevan cuestionarnos sobre la necesidad de conservarlos.

Esta forma de ver históricamente el secreto de Estado representa un gran conflicto con otros valores que conforman la propia idea de Estado de Derecho, y además, al analizar la funcionalidad y utilización del mismo, nos encontramos que puede llegar a romper con los valores que legitiman al poder democrático.

El secreto de Estado, desde sus orígenes, ha sido un instrumento de cobertura de la impunidad y la corrupción, que en definitiva afecta, en principio, tres pilares del Estado de Derecho: el derecho a la información, el derecho a la participación en los asuntos públicos y la tutela judicial efectiva.



Como se verá, en las democracias modernas, el secreto de Estado se regula por la ley. Por consiguiente, el problema del secreto de Estado en una sociedad democrática reside en que, a pesar de su existencia y de su posible uso desmedido, la legislación que lo regula garantice al mismo tiempo la protección de los intereses que justifican el secreto oficial, así como el derecho a la información, el derecho al debido proceso legal y la participación de las personas en los asuntos públicos del Estado. Además, para que el secreto no sea empleado para esconder abusos de los gobernantes, es necesario que se cuente con alguno o algunos de los medios de control que más adelante se detallan.

El Estado de Derecho y la Democracia, por tanto, también hacen referencia a controles al poder; controles que se expresan en varios sentidos. Uno de ellos se efectúa a través del principio de publicidad del actuar político, que sirve de instrumento proveedor de información para la decisión colectiva y es fundamental para el desarrollo de la democracia; ya que la publicidad es en valor contrario al secreto, característicos del absolutismo, ya que gracias al ocultamiento. El Estado puede mentir o engañar al pueblo.

El principio de publicidad tiene por objeto limitar la actuación del gobierno. La publicidad como principio autónomo es considerada como un límite al poder, ya que es una precondition para el control entre los poderes. Es decir, se trata de una "condición" que permitirá que las instituciones que controlan efectivamente al poder puedan funcionar. Estas instituciones son el parlamento, el poder judicial y la prensa (la opinión pública). No se podría pensar, entonces, en un parlamento que no tenga acceso a la información en

manos del poder Ejecutivo, ni una prensa sin tener las garantías suficientes para acceder a los archivos públicos, ni un poder judicial al que se le priven de los medios necesarios para poder garantizar la tutela judicial efectiva.

El secreto, en términos generales, es la anulación "excepcional" del principio general de publicidad, que afecta, como hemos esbozados, a los titulares del derecho a conocer los asuntos de la vida pública del Estado (lo cual no supone reconocerle una vida privada). El establecimiento de secretos implica la elección de las personas que pueden conocerlos y, sobre todo, las materias que serán objeto de la "clasificación". Como se verá en este trabajo, la "cosa" materia o material de clasificación como secreta puede ser cualquier información, acto, documento, noticia, actividad(es) o cualquier otro elemento cuya difusión dañe o pueda dañar los valores que se consideran por el propio Estado como superiores.

A pesar de que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información no son derechos absolutos, ya que se pueden ver limitados para garantizar otros bienes jurídicos, el secreto de Estado, en principio vulnera la libertad de expresión ya que mediante el secreto se limita el acceso a los registros o documentos en poder del Estado y ello se entiende como *derecho instrumental que coadyuva a la formación de una opinión pública libre*.

Desde la perspectiva jurídica, el Estado de Derecho protege y garantiza diversos tipos de secreto. La defensa de los Derechos de la persona (incluidos su dignidad, su intimidad, su honor, su libertad y su seguridad jurídica) se considera como principio de legitimidad, principio organizativo y fin del Estado; imponiendo límites al ejercicio del poder público. Esto es que,

además de los fines del Estado que son la paz y la seguridad del mismo, también están el respeto y garantía de los derechos de las personas. Nos encontramos entonces que el Estado juridifica el secreto de conformidad con cierto tipo de intereses; esto es que el secreto atiende a intereses privados o públicos. Los secretos de interés privado que por tanto son un reflejo de protección de los valores que expresan los Derechos Fundamentales podrían ser encapsulados en los siguientes conceptos: secreto profesional, secreto de las comunicaciones, secretos relacionados procedimientos jurisdiccionales y administrativos. Estos secretos, en última instancia, lo que buscan garantizar es la dignidad de la persona, por medio de la protección de la intimidad, el honor, la libertad y la seguridad jurídica.

Por otro lado tenemos la juridificación de los secretos por interés público, los cuáles se vinculan a la protección de la seguridad y defensa del Estado. Es aquí en donde nuestro estudio hará más énfasis, ya que dentro de la protección jurídica del secreto de Estado encontramos, en el Derecho comparado, un gran número de asuntos y materias que se extraen del conocimiento público.

Tenemos entonces que considerar como de suma importancia el mecanismo de control del Secreto de Estado ya que sólo a través de él podríamos saber del uso y del abuso del mismo. Los mecanismos de control se podrían encasillar respecto de los órganos encargados de ponerlo en marcha en: 1) Controles administrativos; 2) controles judiciales; 3) controles parlamentarios; y, sin ser considerado órgano formal la estructura gubernamental del Estado, pero dada la relevancia que importa para nuestra realidad concreta, 4)

controles sociales, como por ejemplo la prensa, el voto de castigo y en un forma extraordinaria y más contestataria el escándalo público y los juicios populares. Esta último no será analizado en este trabajo.

Hemos dividido esta investigación en cinco capítulos. En el capítulo uno haremos un acercamiento a la idea de razón de Estado, que en mi opinión es el fundamento del actual secreto de Estado. Para demostrarlo analizaré brevemente, el contexto histórico en el que nace y se desarrolla la idea de razón de Estado, así como las condiciones político-jurídicas que permitieron ese nacimiento. Asimismo, presentaremos las diferentes posiciones que en el transcurso de los años se han dado acerca de la idea de razón de Estado, para lo cual analizamos el debate inicial entre *reformistas* y *contrareformistas* sobre la *buena* y la *mala* razón de Estado. Posteriormente discerniremos sobre las posturas acerca de si Maquiavelo inventa la razón de Estado, se conoce con anterioridad o posterioridad a aquél, o bien, si a Maquiavelo le era imposible problematizar sobre dicho asunto. También, determinaremos el significado de la idea de razón de Estado y los ámbitos en los que se expresa la misma. Finalmente, trataremos de ofrecer, a la luz de todo lo analizado, una idea contemporánea de *razón de Estado*.

En el capítulo segundo nos acercaremos al concepto del secreto oficial. Para ello analizaremos cómo es que en las democracias contemporáneas los tres poderes que la componen guardan informaciones como secretas. Para ello analizaremos cuales son las técnicas que emplean los poderes ejecutivo, legislativo y judicial para ocultar información del público, así como los tipos de información. Analizamos también los contenidos del secreto o el secreto

oficial en sí. Para ello desmenuzaremos el concepto en las materias que pueden ocultarse, el grado de ocultamiento que pueden recibir y la duración de los mismos. Finalmente, haremos un acercamiento a los intereses que se pretenden ocultar con los secretos oficiales, a saber: la intimidad, la investigación de los delitos, el buen funcionamiento de los órganos de la administración pública, el cumplimiento de las leyes, la preservación de los recursos naturales y geológicos, así como la seguridad nacional. Ésta la entendemos con una mezcla de intereses no definidos claramente como lo son la defensa, las relaciones exteriores y los intereses económicos del Estado. Finalmente, en este capítulo analizamos como los Estados para asegurar el secreto establecen prohibiciones legales a los funcionarios públicos y en ocasiones a la prensa de divulgar información considerada como secretos oficiales, para lo cual establecen conductas punibles por el derecho penal.

En el capítulo tercero analizamos los diferentes tipos de mecanismos que se tienen en las democracias contemporáneas para controlar el uso y abuso del secreto de Estado. En primer lugar, estudiamos lo que denominamos como el control de origen que, en pocas palabras, se trata de la legalidad o la ley. Posteriormente, hacemos un análisis breve los organismos públicos de acceso a la información que, a nuestro parecer, se trata de instrumentos de suma utilidad para acceder a la información que en principio debe ser pública. Para ello revisamos, en el derecho comparado, algunos de dichos organismos; en particular, su naturaleza jurídica, la manera en la que se integran, la duración y el procedimiento para nombrar a los titulares, el procedimiento a través del cual se puede obtener la información, así como el

alcance que tienen los poderes de dichos organismos. Finalmente, discutimos sobre el rol que pueden desempeñar los organismos públicos de protección de los derechos humanos en la búsqueda por obtener información en poder del Estado. En el capítulo tercero también analizamos la manera en la que el parlamento puede y debe garantizar que en el secreto no se oculten abusos del poder que en principio deben de controlar, es decir, del Ejecutivo. Por último, discutimos la manera en la que el poder judicial puede acceder a la información privilegiada, sea por medio del procedimiento contencioso administrativo o mediante el proceso penal.

En el capítulo cuarto tratamos de ubicar al secreto de Estado en el Estado de Derecho. Para ello analizamos los elementos que componen al Estado de Derecho o, de conformidad con la nomenclatura empleada en este trabajo, a las democracias contemporáneas. Además, estudiamos el principio de publicidad como elemento característico de la democracia y cuáles son las excepciones al mismo. Posteriormente, tratamos de establecer una serie de principios que nos permitirán determinar si ese privilegio, por lo general del Ejecutivo, tiene posibilidades de ser limitado, y cual sería la manera idónea. Finalmente discutimos si el secreto de Estado efectivamente se contrapone a los derechos de libertad de expresión y acceso a la información, al derecho a participar sin restricciones en los asuntos públicos del Estado y a la tutela judicial efectiva.

En el capítulo quinto, o de conclusiones, tratamos de esbozar ideas para una teoría del secreto de Estado en una sociedad democrática. Para ello intentamos de establecer los límites que deben de ser satisfechos para que

los secretos no logren desnaturalizar al Estado de Derecho. Por consiguiente, concluimos que el secreto de Estado se formula por limitado órgano del Estado, sobre ciertas materias estrechamente acotadas y por un periodo también muy limitado. Asimismo, el secreto de Estado debe tener por fundamento una ley y siempre entendida como la última razón para asegurar la existencia de una sociedad democrática. Finalmente, consideramos que para que el secreto de Estado esté debidamente controlado se debe de contar con un organismo autónomo, y sus decisiones deben de poder ser revisadas por el poder judicial. Por último, el control político del secreto de Estado debe de estar en manos del parlamento.

En relación con lo anterior y con respecto a las fuentes que consultamos, para la selección de los textos que versan sobre la idea de la razón de Estado tomamos en consideración los trabajos que la estudiaran desde la perspectiva histórica, y para efectos puntuales utilizamos algunos textos de la época de la tratadística. Esto con el objeto de tener una visión más general de la idea y de los usos que se le dieron a través del tiempo y no quedarnos con usos particulares de situaciones concretas que nos impedirían entenderla desde la perspectiva histórica. Por otro lado, usamos los textos básicos de la doctrina contemporánea (si se me permite la expresión), española sobre todo, para conceptualizar al Estado de Derecho y así contar con los elementos materia de análisis para abordar nuevamente a la razón de Estado y sus expresiones contemporáneas pero desde esta nueva óptica. Por último tratamos el tema del secreto de Estado desde la teoría política que encontramos en una gran gama de artículos y revistas de distintas realidades que analizaban sobre todo las situaciones concretas (politico-jurídicas) del

secreto de Estado en países "democráticos", de donde tomamos la información pertinente para reconstruir la idea del secreto de Estado y los fines y principios que la han justificado y justifican en el presente. Además, empleamos las legislaciones de los países que podríamos considerar que han consolidado sus democracias y que hubieran publicado sus leyes antes del año 2001. Aclaremos lo anterior ya que en nuestro estudio no pretendimos abarcar la totalidad de las legislaciones existentes y de reciente publicación en los países que han "transitado" a la democracia, tales como los países del otrora bloque socialista o algunos países de América Latina como México. Además de que en las democracias "consolidadas", básicamente en Europa y Norteamérica, es en donde encontramos el más abundante número de publicaciones de doctrinarios y jurisprudencia sobre la materia.

De entre los documentos que se estudiaron y emplearon para esta investigación encontramos un número considerable de libros, artículos de revistas y de obras colectivas, notas periodísticas, resoluciones de organismos internacionales, estudios de organismos no gubernamentales, sentencias y opiniones consultivas de tribunales internacionales y poderes judiciales nacionales, leyes y tratados internacionales, entre otros. Es importante aclarar que la poca bibliografía existente en idioma español nos obligó a acudir a otras fuentes en idiomas francés y sobre todo inglés, lo cual trajo aparejado un grave problema de estudio de diferentes sistemas jurídicos. Asimismo, al analizar las fuentes empleadas para el estudio de estos temas no se tomaron en consideración (o se trató de hacerlo lo menos posible) los datos e información relativa a la conformación concreta de las



instituciones en lugares determinados, porque creemos que eso merece un tratamiento profundo y aparte, que tome además en cuenta toda la literatura relacionada a la organización socio-política y jurídica de los países por estudiar.

Los documentos que se emplearon en la elaboración de esta tesis, en gran medida, fueron consultados y fotocopiados, gracias las visitas efectuadas a la Biblioteca de la Universidad Carlos III de Madrid, la Biblioteca Nacional (en Madrid), la Biblioteca de la Universidad Complutense de Madrid, la Biblioteca del Instituto de Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia, la Biblioteca del Salzburg Seminar en Austria, la Biblioteca del Instituto Holandés de Derechos Humanos de la Universidad de Utrecht en Holanda, la Biblioteca de la Universidad de Lobaina en Bélgica, la Biblioteca de la Organización de las Naciones Unidas en Ginebra, la Biblioteca conjunta del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en San José, Costa Rica, la Biblioteca del Washington College of Law de la American University, la Biblioteca y el Centro de Documentación del National Security Archive de la Universidad George Washington, la Biblioteca del Congreso de los Estados Unidos de América, la Biblioteca de la Universidad Iberoamericana en la Ciudad de México, la Biblioteca del Colegio de México, la Biblioteca Central y la Biblioteca del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Finalmente, me gustaría darle las gracias a mis padres, Ana y Roberto, por haberme educado y enseñado el significado vivo de lo que es la libertad y por

haberme dado las bases que me permiten siempre sentirme ofendido por los abusos de poder. Además, gracias a su amor, así como el de mis hermanas Ana Claudia y Ana Paula, este proyecto ha sido posible. Quisiera agradecer a mi director, el Doctor Eusebio Fernández, por haber tenido la confianza en mí y apoyarme en la elaboración de esta investigación. Sin su guía y paciencia este proyecto no hubiera podido llevarse a cabo. También agradezco a todos mis profesores de los cursos de Doctorado en Derecho: Programa de Derechos Fundamentales generación 1996-1998 por haber compartido sus conocimientos e investigaciones, y en particular le doy las gracias al Doctor José María Sauca Cano por su apoyo. Asimismo, agradezco a Santiago Corcuera por su cariño y amistad. Además, le doy las gracias por el esfuerzo que empleo en tratar de conseguir que la Universidad Iberoamericana, a través de su rector, el Maestro Enrique González Torres y el Licenciado Salomón Hamud Escárcega titular de la Dirección de Asuntos Universitarios y Estudiantiles me apoyaran en esta investigación, además de que autorizaran mi estancia de investigación en Washington. A ellos también les estoy agradecido. Siempre le tendré gratitud al Decano Claudio Grossman por su generosidad al recibirme como *Visiting Scholar* en el Washington College of Law de la America University por un periodo de once meses (agosto 2001-julio 2002), así como también por el apoyo incondicional que me brindo durante esa estancia de investigación. Sin su ayuda nunca hubiera podido terminar con la lectura de un importante sector de la bibliografía empleada y sobre todo la escritura del borrador de la tesis. Agradezco al Dr. Jorge Traslosheros por el tiempo que dedicó a la lectura de la tesina y a sus incisivos comentarios, muchos de los cuales podrá ver reflejados en varias

partes de la tesis. A Deborah Chenillo le agradezco haberle revisado el estilo al borrador final de la tesis. Finalmente, agradezco a todos mis entrañables amig@s y cómplices por haber aguantado mis caprichos, haber estado junto a mi en este proceso y sobre todo por haber proveído los medios necesarios para saciar mis mas primitivas y frívolas nece(si)dades: Raúl Mejía Garza, Magdalena Sepúlveda Carmona, Elvira Dominguez Martínez, Soledad García Muñoz, Joaquín Gomá Torres, James Bernard Veliz, Claudia Martín, Diego Rodríguez Pinzón, Alejandro Alday, Eduardo Bertoni, Leopoldo Rigoletti, Arturo Rodríguez García, Salvador Tinajero. Por último, quisiera agradecer a mis colegas de trabajo de la Universidad Iberoamericana, en particular a Esther Cruz Jaimes, por todo el apoyo brindado, sobre todo en la última fase de la elaboración de la tesis.

## CAPÍTULO I

### UN BREVE ACERCAMIENTO A LA IDEA DE *RAZÓN DE ESTADO*: FUNDAMENTO DEL *SECRETO DE ESTADO*

#### A. Contexto histórico en el que germina la idea de la *razón de Estado*

Los siglos XVI y XVII se caracterizaron por albergar grandes y numerosos conflictos políticos, territoriales y religiosos.<sup>1</sup> Dichos conflictos se desarrollaron en el contexto de la caída del régimen feudal, el crecimiento y la expansión económicos de las ciudades, el nacimiento de movimientos religiosos locales y del fortalecimiento e independencia de centros políticos respecto de los poderes universales.<sup>2</sup>

Es en aquéllos momentos cuando los pequeños Estados alemanes buscaban su consolidación como poderes independientes del Emperador y de la alta jerarquía de la Iglesia Católica; además de que es cuando la corona francesa intentaba desprender a Europa de la dominación española, buscando a su vez su propia consolidación como Estado.<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> La existencia de dichos conflictos "[...]supone la quiebra definitiva del ideal de la *res publica christiana universal* encarnado en el Sacro Imperio, y muestra el rostro más descarnado de la política como lucha por el poder: los conflictos territoriales y las guerras de religión asolan Europa". PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", en La razón de Estado en España. Siglos XVI-XVII (Antología de Textos), Selección y Edición de Jesús Castillo Vegas, Enrique Marcano Buenaga, Javier Peña Echeverría y Modesto Santos López, Ed. Tecnos, Madrid 1998, p. XXII

<sup>2</sup> Uvalle Berrones lo describe de la siguiente manera "Disputas territoriales y geográficas, alimentadas por conflictos entre las clases sociales, marcan el escenario que influye en la disputa por conquistar y retener el poder. Es (sic) etapa donde las divisiones y las luchas reflejan cómo el poder se ejerce atendiendo a la coexistencia de núcleos diversificados, carentes de integración política. Tal es el panorama de la Italia medieval en los siglos XV e inicios del XVI". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón de Estado y la Administración Pública, Ed. Plaza y Valdés Editores, Col. Folios Universitarios, 1a ed., México 1992, p. 31

<sup>3</sup> Estos problemas muestran una fuerte crisis, sin embargo se refleja más intensamente en algunos países, como lo señala por ejemplo Gonzalo Balderas. En sus palabras: "En ningún lugar se manifiesta más claramente la fragmentación social y política de Europa que en los Países Bajos. La mayor parte de la Europa noroccidental era, por supuesto, predominantemente agrícola, un mundo de campos de labor, en el que la riqueza y el poder

En general, en estos tiempos se produce el desmoronamiento de las estructuras feudales y se da el surgimiento de los *grandes Estados territoriales y coloniales*.<sup>4</sup> Se trata, en suma, de la decadencia de las instituciones medioevales y el surgimiento de las modernas: "El Estado moderno surge cuando se inicia la caída del feudalismo. A partir de entonces, la *razón de Estado* cobra sentido y proyección como tecnología peculiar del propio Estado. Un contenido político nuevo conforma las relaciones de poder. La sustancia del Estado es la fuerza organizada que empieza a detentar. Reclama potestad y espacio para el ejercicio del poder. Reclama autodeterminación para dirigir la sociedad sin mediatizar sus acciones. Reclama autonomía para decidir por sí mismo aquello que concierne a su ámbito de competencia. Es, por tanto, organización política que empieza a

---

dependían de los productos de la tierra. Sin embargo, fue en el sur de los Países Bajos donde se dieron pasos hacia una civilización *urbana e industrial*. La primera revolución industrial europea tuvo lugar en el siglo XIII. A comienzos del siglo XIV el cinturón de tierra que corresponde a la parte occidental de la Bélgica moderna (Flandes y Brabante) y la esquina del nordeste de Francia (Artois) comprendían un número de ciudades cuyos habitantes vivían de una industria de la lana muy desarrollada. Brujas, Gante e Ypres, en Flandes; Bruselas y Malinas, en Brabante; Douai y Arrás, en Francia; eran algunas de las más importantes. Se calcula que había unos 4000 tejedores cuando menos, y sin contar otros gremios relacionados con la industria, en la ciudad de Gante hacia mediados del siglo XIV. La industria a esta escala había conducido a la existencia de importantes capitalistas. La Revolución Industrial de la Baja Edad Media trajo consigo el derrumbamiento del feudalismo; con ésta, se derrumban las relaciones feudales de producción. La servidumbre disminuye, y el Señor debe encargarse eventualmente de la explotación directa de sus propiedades ya no valiéndose de mano de obra ligada a él feudalmente, sino comprando trabajo". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma y la Contrarreforma (Dos expresiones del Ser Cristiano en la modernidad), Ed. Universidad Iberoamericana-Departamento de Ciencias Religiosas, 1a ed., México, D. F. 1996, p. 88. De la misma manera, R. Uvalle reconoce que un "Ejemplo de ello, es la lucha que Portugal emprendió contra España no sólo para emanciparse de ella, sino para disputarle y ganarle posiciones territoriales. Es el caso de forma en que salieron posiciones de poder en el Paraguay en el año de 1767. La misión evangelizadora de la Compañía de Jesús es combatida por representar en el fondo un problema de poder. También las luchas de Francisco I Rey de Francia con Carlos V obedece a la razón de Estado. Un ejemplo más es la lucha de los Hugonotes con los católicos de Francia y la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), en la cual participaron Dinamarca, Suecia, Francia y España y las Provincias Unidas". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], op. cit., p. 40

<sup>4</sup> "En tal sentido, si alguna época resume y refleja acciones de conquista, colonización y sometimiento, es la de los siglos XVI y XVII, tiempos donde la expansión por motivos políticos,

configurarse y a reclamar no por sus enemigos; sino a pesar de ellos, el derecho que le asiste para sobrevivir como centro de poder".<sup>5</sup>

Esa caída de las instituciones medioevales se favoreció con el surgimiento de la *Reforma Protestante*;<sup>6</sup> que además, contribuyó al declive de la hegemonía *Imperial y Papal*.<sup>7</sup> Dicho movimiento tuvo sus orígenes en Alemania con Martín Lutero, sin embargo tuvo manifestaciones igualmente importantes en múltiples lugares de Europa, como por ejemplo en algunos cantones suizos,<sup>8</sup> la Alsacia,<sup>9</sup> Francia<sup>10</sup>, Gran Bretaña,<sup>11</sup> entre otros. La *Reforma* nace como movimiento religioso, pero al poco tiempo se tradujo en un movimiento

---

económicos, militares y religiosos, adquiere su máxima evidencia". UVALLE Berrones, Ricardo. *La Teoría de la Razón[...]*, *op. cit.*, p. 34

<sup>5</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. *La Teoría de la Razón[...]*, *op. cit.*, p. 32

<sup>6</sup> Owen Chadwick define protestantismo de la siguiente manera: "Protestantism was given its name at the Diet of Speyer in 1529. At that imperial assembly the Roman Catholic princes of Germany, along with the Holy Roman emperor Charles V, rescinded most of what toleration had been granted to the followers of Martin Luther three years earlier. On April 19, 1529, a protest was read against this decision, on behalf of 14 free cities of Germany and six Lutheran princes, who declared that the decision did not bind them because they were not a party to it, and that if forced to choose between obedience to God and obedience to Caesar they must choose obedience to God. They appealed from the diet to a general council of all Christendom or to a congress of the whole German nation. Those who made this protest became known as Protestants. The name was adopted not by the protesters but by their opponents, and gradually it was applied as a general description to those who adhered to the tenets of the Reformation, especially to those living outside Germany. In Germany the adherents of the Reformation preferred the name evangelicals and in France Huguenots. The name Protestant was attached not only to the disciples of Luther (c. 1483–1546) but also to the Swiss disciples of Huldrych Zwingli (1484–1531) and later of John Calvin (1509–64). The Swiss Reformers and their followers in Holland, England, and Scotland, especially after the 17th century, preferred the name Reformed". CHADWICK, Owen. *Voz: Protestantism, Enciclopedia Britannica 2002*, CD-ROM.

<sup>7</sup> Al respecto, Ver: BALDERAS Vega, Gonzalo. *La Reforma[...]*, *op. cit.*, p. 159

<sup>8</sup> El movimiento reformista lo encabezó Ulrich Zwinglio. Para un breve acercamiento, Ver: BALDERAS Vega, Gonzalo. *La Reforma[...]*, *op. cit.*, págs. 165 y ss.

<sup>9</sup> El reformista de Estrasburgo, capital de Alsacia, se llamó Martín Bucer. Ver: BALDERAS Vega, Gonzalo. *La Reforma[...]*, *op. cit.*, p. 178 y ss.

<sup>10</sup> Juan Calvino fue el reformista francés. Ver: BALDERAS Vega, Gonzalo. *La Reforma[...]*, *op. cit.*, p. 182 y ss.

político<sup>12</sup> que trajo como consecuencia el fortalecimiento de grandes Estados territoriales. En principio, ello se debió a que impulsaba la construcción de un nuevo esquema religioso, de comprensión del mundo y del hombre, así como el establecimiento de pautas de conducta para el comportamiento social, incluido el político. Su razón de ser deviene, además del cansancio de miembros del clero de la corrupción impregnada en las instituciones católicas,<sup>13</sup> de obsoletas interpretaciones del dogma.<sup>14</sup>

---

<sup>11</sup> Sobre la Reforma Anglicana también Ver: BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], op. cit., p. 207 y ss.

<sup>12</sup> Luis Carlos Amezúa, al respecto, nos dice lo siguiente: "Primero, de la Iglesia, pues ante la fractura religiosa que causa la Reforma protestante, todos los Príncipes, incluso los que se mantienen bajo la égida católica y aceptan la autoridad del Papado, deben decidir sobre cuál es la verdadera confesión; así que es el propio poder estatal el que, si quiere, se autolimita en materia eclesiástica y al hacerlo disuelve la legitimidad de cualquier otra pertenencia comunitaria distinta de la estatal, comenzando por la comunidad de la fe, que sigue existiendo pero *en* el Estado". AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de la *razón de Estado*", en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomo XVI, 1999, Universidad de Valencia y Boletín Oficial del Estado, p. 186. Para G. Balderas "La esencia de la Reforma luterana estaba constituida por la convicción de que el hombre no puede ni tiene necesidad de salvarse por sí mismo, sino que más bien, la salvación le es dada 'sólo por gracia' en Cristo, y tan sólo puede ser aceptada en la fe confiada. Partiendo de este sencillo pensamiento, *se originó una nueva concepción de la Iglesia, del sacerdocio, los sacramentos, la devoción y la conducta moral, así como del matrimonio y del mundo, incluyendo la política y la economía*. Martín Lutero en modo alguno se proponía desfasar al hombre de su esencial relación con Dios, en la que logra desplegarse enteramente la persona humana". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], op. cit., p. 159

<sup>13</sup> C. J. Friedrich sobre la corrupción de la iglesia católica nos dice "[...]the corrupt popes of his time (Machiavelli) and the immoral state of the church that Machiavelli had objected, and not to the Christian religion as such. Here, certainly, is a link between the pagan Florentine and the religious reformers of the North. The matter has been obscured by the moral, and more especially Christian indignation which other aspects of Machiavelli's thought have aroused". FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason of State: The Survival of the Constitutional Order, Ed. Brown University Press, Providence-Rhode Island 1957, p. 56

<sup>14</sup> Nuevamente C. J. Friedrich afirma "Thus Luther like Machiavelli could not really see the problem of reason of state in its full dialectic. For Luther all politics was bad, in the Christian perspective, and hence its problems could only be handled by men who acknowledged their depravity and sinfulness and made the best of a bad bargain. The state, devoid of true justice, is fully and inexorable involved in man's depravity[...] Luther stresses the doctrine of vocation or calling. This doctrine is embedded in older Christian orthodoxy. But it acquires a new emphasis in Luther and through Luther, because of the sanctification of all manner of work. To put it dramatically, work is the test of faith. This doctrine of work he juxtaposes to the doctrine of justification through work". FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], op. cit., p. 57

La *Reforma*, entonces, rompe con la *unidad cristiana* y con ello la unión de la política y la religión: "Esta unión tan estrecha entre lo religioso y lo político llevaba en ese entonces a considerar que en ese contexto, ser hombre era sinónimo de ser cristiano; prácticamente en la Edad Media no se podía ser hombre fuera de la Iglesia".<sup>15</sup>

Frente a ello, por su lado, tanto el *Imperio* como la Iglesia se reorganizaron y lucharon por todos los medios a su alcance por tratar de mantener el *status quo*.<sup>16</sup> La reacción papal se aferraba a la idea de consolidar y conservar su hegemonía sobre el entonces territorio italiano; ya que éste alojaba a los viejos grupos romanos conservadores y por tanto poco modernizados. En este periodo Carlos V bogaba por el restablecimiento del *Sacro Imperio* bajo un mandato bicéfalo conformado por el *Papa* y el *Emperador*. Esta iniciativa se veía favorecida por la presión que los turcos imprimían sobre Europa, lo cual obligaba a los Príncipes europeos a celebrar una alianza para poder luchar en su contra.

En este contexto, el Concilio de Trento es un hito en la identificación de la posición *Católica*. En principio, porque estableció la postura de la *Iglesia* y el

---

<sup>15</sup> BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 114-5

<sup>16</sup> Hernán Gutiérrez señala que "Los primeros años del siglo XVII[...]son los que cobijan la severa represión española en los Países Bajos, la persecución de los hugonotes en Francia, los conflictos entre el católico Jacobo I de Inglaterra y los protestantes, la expulsión de los moriscos de España, el ascenso y caída de los grandes favoritos: el duque de Lerma con Felipe III y del conde-duque de Olivares con Felipe IV, la consolidación de algunos estados protestantes en Alemania y la acción de la Inquisición dentro de los países católicos". (p. 20) "[...]entre 1640 y 1659, varios acontecimientos perfilan el fin de la hegemonía española en Europa: la pérdida de Portugal, la ocupación francesa del Rosellón, la rebelión de Nápoles, la Paz de Westfalia, la Batalla de las Dunas y el Tratado de los Pirineos. Es de destacar que en 1648, con la Paz de Westfalia, termina la guerra de los Treinta Años, que tiene entre otras consecuencias, el sentar las bases de una tolerancia política entre los católicos y los protestantes. Puede entonces señalarse este período como el fin de la era que comienza un siglo antes". (p. 20-1) GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares", en SETTALA, Ludovico. La razón de Estado, Ed. FCE, Traducción de Carlo Arienti, Madrid 1988.



*Imperio* frente a la *Reforma* y sobre todo frente a los Estados *Protestantes*. El Concilio "[...]presentó y (en parte) definió (a) la Iglesia, como *institución de salvación, institución objetiva, anclada en el papado universal*. Contra todos los temores previos de la Curia Romana, el tridentino acabó siendo el Concilio más papista de la historia antes del Concilio Vaticano I".<sup>17</sup> Por consiguiente, gracias a ello, el Catolicismo logró una reforma que venía gestándose de siglos antes y cuya falta de resultados impulsó a Lutero y a los otros a consolidar su movimiento de ruptura.<sup>18</sup> Además de que sirvió de fundamento para la proliferación de una nueva doctrina católica,<sup>19</sup> en la que se enmarcara la tratadística de la *razón de Estado*. Recordemos que este Concilio: "[...] se efectuó a instancias del emperador Carlos V para detener los avances del movimiento de Reforma que había prendido en Alemania y que con éxito llegó a países como Suiza, los Países Bajos, Polonia, Italia y Escandinavia. Todo aquello que se inclinara a lo que no fuese el dogma católico, fue combatido con medidas drásticas. La fuerza espiritual de la

---

<sup>17</sup> BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 291

<sup>18</sup> Gonzalo Balderas considera que "Los decretos del Concilio de Trento fueron publicados con la aprobación del Papa en enero de 1564. Cubrían una enorme gama de problemas en los campos del dogma y de la disciplina[...] Es cierto que las decisiones del Concilio de Trento eran de excepcional importancia, al proporcionar firmes respuestas a problemas que habían provocado largos y ásperos debates religiosos. Pusieron en claro, por ejemplo, que la *Iglesia postridentina estaría totalmente subordinada a las decisiones del Papa*, pues el papado había emergido con su poder indemne y acrecentado. Sería una Iglesia dedicada a la lucha contra los protestantes, con sus dogmas definidos ahora de acuerdo con el espíritu y la letra de la teología escolástica". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 294-5

<sup>19</sup> Se trató de un Concilio que refundó la doctrina, ya que "El grueso de la enorme cantidad de decretos que produjo el Concilio de Trento se referían a *cuestiones doctrinales*. La Iglesia de Roma salió del Concilio tridentino con un cuerpo de puntos de fe mucho más claro y con una definición de la posición ortodoxa en todas las cuestiones discutibles, cosa que no sólo posibilitó la puesta en práctica de una *uniformidad* hasta entonces desconocida, sino que terminó también con la considerable diversidad del pasado y con las dudas y diputas que en él se habían registrado. El Concilio de Trento marca el final de la vieja Iglesia latina única y universal, y la aparición del *moderno catolicismo romano* con una denominación cristiana más entre otras varias". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 276

Iglesia Católica fue apoyada con medidas de Estado hasta conseguir la derrota de los protestantes. Ser protestante era sinónimo de herejía. Por tal motivo, Calvino y Lutero son combatidos y condenados. La Contrarreforma es la negación de lo secular y laico; de no subordinar la religión a la política y niega la emancipación del espíritu humano".<sup>20</sup>

Con Carlos V,<sup>21</sup> primero, y con Felipe II,<sup>22</sup> después, España se adjudicó el cometido de propagar y defender la fe católica. La política de la monarquía, por tanto, estuvo impregnada de principios católicos e influenciada ampliamente por la jerarquía religiosa de Roma.<sup>23</sup> La relación con el Papa nunca fue de sometimiento, como pudiera haberse pensado después del Concilio.<sup>24</sup> Para ejemplificar lo anterior, Gonzalo Balderas nos recuerda que:

---

<sup>20</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 39

<sup>21</sup> Para Ricardo Uvalle "España no se queda atrás en su lucha contra la Reforma. Participa activamente frente a los herejes. Sólo que fue una lucha librada en dos frentes, ya que Carlos V, al expandir su poder hacia Alemania, emprende acciones para contener el avance de los protestantes. Si alguna etapa de la historia política de España revela como en nombre de la razón de Estado llevaron a cabo luchas por conquistar el poder y ampliarlo con éxito, es durante el reinado de la Casa de los Habsburgo. Exponentes regios como Fernando el Católico y Carlos V, demuestran la calidad de hombres de Estado versados en las artes de la política. Gobernaron con apego a la razón de Estado". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 40

<sup>22</sup> Así, G. Balderas nos recuerda que "[...] Felipe II[...] Continuó, y pretendía continuar, siendo el defensor de la fe, pero la defendería a su manera y cuando lo creyese conveniente". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 304

<sup>23</sup> En esa época se expandió ampliamente el poderío Español, ya que "Abarcó América, Europa, las Islas Canarias, las Filipinas, los Países Bajos. Aunque el Imperio Español alcanzó su etapa de plenitud, también llegó a su ocaso. Pero es testimonio de cómo la razón de Estado se invoca para multiplicar el poder. La expansión que llegó a consolidar, fue la caída de su grandeza. Lo que caracteriza a la monarquía española, no obstante su trato con la Iglesia Católica, es que no dejó jamás que ésta se involucrara en las decisiones supremas del Estado. No hay duda que había influencia pero no supeditación. De otra forma, no es posible explicar la contendencia del poder que demostró para derrotar rivales, concertar alianzas, negociar posiciones y ganar personalidad propia". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 40

<sup>24</sup> Sobre la posición de España, G. Balderas nos dice "Una cosa era la alianza con Roma y otra la subordinación de España. Felipe II se mostró decidido desde el principio a ser dueño de su casa y a mantener un firme dominio sobre las extensas prerrogativas y patronazgos pertenecientes a la Corona". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 303

"Felipe II, por su parte, era un Príncipe de irreprochable ortodoxia; y él sólo poseía los recursos militares suficientes para sostener la lucha de la Iglesia contra el protestantismo y el Islam. También los enemigos de Felipe II lo eran de la Iglesia: los turcos en el Mediterráneo y los protestantes en los Países Bajos. Como Felipe, por su parte, necesitaba el apoyo moral de Roma y los substanciales subsidios eclesiásticos que Roma debía autorizar, parecía que una alianza entre España y el papado iría en beneficio de ambos".<sup>25</sup>

También es en ésta época en la que se da el nacimiento y fortalecimiento de la Inquisición. Gracias a Juan Pedro Carafa, entre otros, "[...]la política papal entró en una fase de implacable represión. En julio de 1542, Carafa consiguió de Pablo III la Bula *Licet ab initio* en virtud de la cual se creó una Inquisición totalmente reformada en Italia. Esta Bula anulaba las atribuciones de los obispos concentrando en Roma todos los poderes para la lucha contra la herejía; hacía a Carafa inquisidor general con potestad sobre todas las personas de todos los lugares de la península italiana, cualquiera que fuese su posición social y le concedía poderes para realizar pesquisas, encarcelar, y confiscar bienes. Como era de esperar, la persecución no se limitó a aquéllos que verdaderamente habían roto con la Iglesia y habían adoptado formalmente las doctrinas protestantes, anabaptistas o antitrinitarias, sino que también eran vistos con recelo y suspicacia los reformistas ortodoxos, los hombres del *Consilium* y los de tendencias parecidas".<sup>26</sup> También es la

---

<sup>25</sup> BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 302

<sup>26</sup> BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 271

época en la que se publica el *Index Librorum prohibitorum* (1559)<sup>27</sup> y se reconoce, tanto de los protestantes como de los católicos, el empleo desmedido de la tortura y la muerte con fines políticos.<sup>28</sup>

A partir de aquel cuadro histórico de pugnas, el Estado aparece como *el pacificador*,<sup>29</sup> como el único medio para alcanzar el orden y seguridad que urgía; en palabras de Peña Echeverría: "En estas circunstancias, el Estado aparece como última instancia de pacificación, de reconstrucción del orden mínimo necesario para la coexistencia, cuya posición, por consiguiente, es necesario consolidar, tanto práctica como teóricamente, porque es la condición necesaria para la persecución de cualesquiera otros fines, incluida la defensa y propagación de la verdadera fe[...]. En una situación así, la existencia misma del Estado, así como la constitución de un poder suficiente para cumplir la misión primordial de garantizar la seguridad, se convierte en fin primordial al que se subordinan los demás fines. Y ello se traduce en la

---

<sup>27</sup> Gonzalo Balderas nos recuerda como "En 1543, Carafa, en su calidad de inquisidor general publicó una larga orden, en la que remitió contra todos los libros e impresores con los que estaba en desacuerdo. El *Index Librorum prohibitorum* (1559) se inauguró precisamente en el pontificado de Carafa. En su primera edición, el *Index* era muy voluminoso y estaba lleno de expresiones incorrectas, posteriormente experimentó frecuentes variaciones en el mismo siglo XVI, y desde entonces hasta Paulo V constituyó un exponente de los cambios de actitud de la Iglesia de Roma frente a la evolución intelectual del mundo moderno". BALDERAS Vega, Gonzalo. *La Reforma[...]*, *op. cit.*, p. 272

<sup>28</sup> Hernán Gutiérrez nos dice que "La persecución inquisitorial de las ideas a través de las torturas y la muerte de los hombres es justamente la mejor demostración del maquiavelismo que se condenaba. Satanización de palabra, aceptación de hecho". GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...]", *op. cit.*, p. 32

<sup>29</sup> Las ideas de un Estado surgen como propuesta innovadora ya que "Para los hombres del siglo XVI el Estado es ante todo una nueva y arrolladora experiencia que se presenta en su radicalidad primero en Italia con el hundimiento de las formas tradicionales de convivencia. Precisamente la filosofía política florece en los momentos de crisis y muy agudamente sirve para detectar un cambio de paradigma cuando la política es puesta en entredicho al haberse desprendido de los marcos de referencia que le proporcionaban su comprensión y sentido normativo. Por eso es en este concreto momento histórico de configuración del Estado, en un mundo en el que chocan los fines, cuando se descubre un logos propio de la política, ajeno a la tutela de la Iglesia o el Derecho". AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...]", *op. cit.*, p. 186

práctica en una evolución de la posición relativa del poder hacia la discrecionalidad y el carácter absoluto, lo que se expresa en el plano teórico con la doctrina bodiana de la soberanía, así como en el desarrollo de la doctrina de la *razón de Estado*".<sup>30</sup>

## **B. Condiciones político-jurídicas que facilitaron el surgimiento de la idea de *razón de Estado***

Precisamente, el nacimiento del Estado moderno se da en el contexto de este conflicto, primero religioso, político después, que además se manifestó, por supuesto, en el terreno del pensamiento o de la ideas.<sup>31</sup> Las partes de la controversia buscaban resolver la cuestionante acerca del "modo según el cual debe ser dirigido espiritualmente en esta tierra hacia la propia salvación".<sup>32</sup> En todo caso, el problema consistía en dar una explicación al poder de tal manera que se satisficiera la exigencia que consistía en

---

<sup>30</sup> PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XXII. También Ver: GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones históricas de la Razón de Estado", en García Pelayo, Manuel. *Obras Completas (Volumen II)*, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 1202. Nora Rabotnikof señala que es indispensable tener en consideración la historia de las guerras de religión para entender el absolutismo. También apunta que "[...]la estructura política del Absolutismo supuso la creación de un campo de acción suprarreligioso, de orientación racionalista, delimitado por las políticas del Estado". RABOTNIKOF Maskivker, Nora. *El espacio público: caracterizaciones y expectativas*, Tesis de Doctorado, México 1996, p. 71. Jean Ziegler afirma que 'prácticamente' la totalidad de los hombres de Estado evocan como justificación de sus actos a la razón de Estado. Considera que el Estado y su razón (la razón de Estado) se deben a una extensa concentración del poder. Acusa a "la burguesía capitalista comerciante de Europa" de la difusión y globalización de "la figura del Estado y su violencia". ZIEGLER, Jean. *¡Viva el Poder! Crítica de la razón de Estado*, Ed. IEPALA y Ed. Fundamentos, Traducción de Daniel Almada Strippoli, Madrid 1987, págs. 9-11

<sup>31</sup> En el siglo XIV, la formación y el crecimiento del Estado es una preocupación de índole estética, mientras que en el XVII ya es una necesidad política, las cuáles se reflejan en las obras de ambas épocas. El Estado "[r]esponde tanto a la concepción del quehacer político en cuanto arte, como a la enorme dificultad del nacimiento y desarrollo del Estado, que es desde el siglo XIV una de las preocupaciones de los humanistas y que para el siglo XVII se ha convertido en una obsesión de los pensadores políticos como Settala o Maquiavelo". GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...], *op. cit.*, p. 8

<sup>32</sup> FOUCAULT, Michel. "La gubernamentalidad", en Castel, R.; Donzelot, J.; Foucault, M.; de Gaudemar, J.P.; Grignon, C.; Muel, F. *Espacios de Poder*, Ed. La Piqueta y Ed. Endymion, Traducción de Julio Varela y Fernando Alvarez-Uría, Colección "Genealogía del poder", 2a. ed., Madrid 1991, p. 10

proporcionar una *doctrina adecuada a los tiempos* para "hacer frente a la mutación fundamental operada en el espacio político europeo con la aparición del Estado moderno[...]".<sup>33</sup>

Como esbozamos, la aparición de la *razón de Estado* –como más adelante se definirá– coincide con el nacimiento del Estado mismo;<sup>34</sup> pero, para que éste pudiera existir, primero, se tuvieron que haber satisfecho un gran número de precondiciones políticas y jurídicas.<sup>35</sup>

Las circunstancias de inestabilidad e inseguridad, evidenciaron la ineficacia de la estructura jurídico-política vigente para satisfacer las exigencias de pacificación. Y esa exigencia de paz y seguridad es el motor que permite o facilita el nacimiento del Estado; es decir, el Estado no nace del vacío sino que es el resultado e inicio de un proceso de acumulación de ciertas funciones o poderes que con el paso del tiempo llega a definirse como lo entendemos actualmente.<sup>36</sup> Con el Estado nace, pues, la teoría de la *razón*

---

<sup>33</sup> PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XIX

<sup>34</sup> D. Reynié finca la aparición del Estado Moderno en el siglo XVI por la constitución de los reinos con fronteras, la invención de los Estados administrativos y su consecuente transformación de la gestión gubernativa, la persecución de la homogeneidad social, el declive del rey guerrero en pro del estadista, la revalorización de la riqueza, la importancia de conocer el número de habitantes por fines fiscales y bélicos, etc. REYNIÉ, Dominique. *Le regard souverain. Statistique sociale et raison d'Etat du XVIe au XVIIIe siècle*, en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politique, París 1992, p. 43-58

<sup>35</sup> Para R. Uvalle "El origen de la razón de Estado, principio vital del Estado moderno, se ubica en el ámbito de condiciones materiales e históricas que las definen no sólo como expresión, sino como concepto. Es concepto que explica la formación del poder estatal. Indica el momento en que se invoca, proclama y defiende el derecho del Estado para vivir, sobrevivir y conservarse como organismo político". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 55

<sup>36</sup> Nuevamente para R. Uvalle "La idea de razón de Estado corresponde a tiempos históricos y políticos que transcurren en los siglos XVI y XVII en el mundo occidental. Su origen obedece a condiciones de carácter estructural que anuncian la emergencia de una nueva era política[...]. El tránsito del feudalismo a la vida moderna es a la vez el inicio de una nueva forma de organización política. A los poderes feudales los sustituye un poder centralizado

de Estado, como una "[...]técnica de conservación y ampliación del poder político".<sup>37</sup> Para Antonio Truyol y Serra, "[...]la idea de la *razón de Estado*, que en definitiva había brotado en el mundo anárquico de los pequeños estados italianos para plasmar luego en la autoafirmación del estado territorial de impronta más o menos nacional (y en todo caso dinástica), del brazo del absolutismo hasta convertirse en fuerza arrolladora".<sup>38</sup>

En consecuencia, y como mencionamos, primero se tuvo que haber dado una acumulación de poderes en el soberano (el Príncipe, el rey) que dieran lugar a la existencia del legítimo monopolio del uso de la fuerza en su manos,<sup>39</sup> que en definitiva es una característica propia del Estado Moderno. Al respecto, Weber nos recuerda que "[...]un 'Estado' no se puede definir por el contenido de lo que hacen. En efecto, no existe apenas tarea alguna que una asociación política no haya tomado alguna vez en sus manos, ni tampoco puede decirse de ninguna, por otra parte, que la política haya sido siempre exclusivamente propia de aquellas asociaciones que se designan como políticas, y hoy como Estados, o que fueron históricamente las precursoras del Estado moderno. Antes bien, sociológicamente el Estado moderno sólo puede definirse en última instancia a partir de un *medio*

---

que reclama para sí la potestad política sin compartimientos ni relaciones laxas; y de este modo, organiza la nueva sociedad". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 303

<sup>37</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1203

<sup>38</sup> TRUYOL Y SERRA, Antonio. Razón de Estado y Derecho de Gentes en tiempo de Carlos V, Trabajo reproducido al castellano del original en Alemán incluido en la *Festschrift für Alfred Verdross* (Viena, Springer Verlag), Köln, Graz: Böhlau, 1960, p. 195. Asimismo, Ver: ZARKA, Yves Charles. "Introduction: Philosophie politique et raison d'Etat", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994, p. 1

específico que, lo mismo que a toda asociación política, le es propio, a saber: el de la coacción física[...] Por supuesto, la coacción no es en modo alguno el medio normal o único del Estado –nada de esto– pero sí su medio específico. En el pasado, las asociaciones más diversas –empezando por la familia– emplearon la coacción física como medio perfectamente normal. Hoy, en cambio, habremos de decir: el Estado es aquella comunidad humana que en el interior de un determinado territorio –el concepto del 'territorio' es esencial a la definición– reclama para sí (con éxito) el monopolio de la coacción física legítima. Porque lo específico de la actualidad es que a las demás asociaciones o personas individuales sólo se les concede el derecho de la coacción física en la medida en que el Estado lo permite. Éste se considera, pues, como fuente única del 'derecho' de coacción".<sup>40</sup>

Para identificar esa acumulación de poderes, siguiendo a García Pelayo, se crearon en la Roma clásica y medieval, las instituciones político-jurídicas de la *ratio status*<sup>41</sup> y la *necessitas*; principios que, en términos generales, permitieron la ampliación del ejercicio del poder y, a su vez, concentraciones mayores del mismo en manos de los Príncipes. Con el uso de la *ratio* y la *necessitas*, se le permitía a los gobernantes contravenir ciertas normas morales y jurídicas para resolver problemas concretos.

---

<sup>39</sup> Gran parte de esta explicación se basa en la obra: GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*

<sup>40</sup> WEBER, Max. *Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva)*, traducción al español por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynes y José Ferrater Mora, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1998, p. 1056

<sup>41</sup> Para un análisis sobre los conceptos históricos *ratio publicae utilitatis* y *ratio status*, Ver: POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis, ratio status et *raison d'Etat* (1100-1300)", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Eds.) *Le pouvoir de la raison d'Etat*, Ed. Presses Universitaires de France (PUF), Colección Recherches Politiques, Paris 1992.



Por *ratio* "se entendía primordialmente la adecuación entre la medida en cuestión y los principios trascendentes que justificaban al orden público mismo; por *necessitas*, dado que era un *casus*, sólo podía ser aducido *casualiter* y no *normaliter*[...]"<sup>42</sup> C. J. Friedrich nos dice que "La *ratio* o razón de ser de algo no es principalmente su fin o propósito, sino su modo de operación. Por consiguiente, la *ratio* se refiere a leyes generales o principios, así como a exigencias particulares de un ser viviente. Dicho ser viviente puede ser un ser humano, una familia, un gremio, una ciudad o finalmente un Estado. Cada uno de estos grupos tienen sus propias *rationes* generales, así como una *particular*. Estas exigencias naturales, sean generales o particulares, pueden satisfacerse solamente por acciones racionalmente ajustables a sus fines. Por consiguiente cada una de estas *rationes* se componen de aquéllos principios generales que le son verdaderos (*inter alia*) a todos los seres humanos, todas las familias, todos los gremios, todas las iglesias, todas las ciudades y todos los Estados, así como de todas aquellas necesidades particulares y exigencias de cada ser particular".<sup>43</sup>

Por su parte, H. Kantorowicz nos recuerda que el emperador, a pesar de que no estaba legalmente obligado a cumplir el Derecho –ya que él era el derecho mismo, el *derecho vivo* (*lex animata*), la *encarnación de la justicia*<sup>44</sup>–

---

<sup>42</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1187

<sup>43</sup> (Traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 64-5

<sup>44</sup> Para E. H. Kantorowicz "The earlier Middle Ages had attributed to the legislating Roman Emperors and instrumentality comparable to that of inspired Prophets and Sibyls: 'Through the mouths of pious Roman Emperors, inspired by God, there were promulgated the venerable Roman Laws,' wrote Pope John VIII, and his words later penetrated into the collections of Canon Law[...] the influence of Roman Civil Law became effective, the Prince not only appeared as the *oraculum* of the divine power: he himself became the *lex animata*, the living or animate Law, and finally an incarnation of Justice". KANTOROWICZ, Ernst H.

voluntariamente se sometía a la ley y vivía conforme a ella.<sup>45</sup> Sin embargo, se reconocía que los monarcas estaban siempre obligados por la *razón*, misma que cuando era guiada por la *necessitas* podía llevarlos a alterar la ley positiva.<sup>46</sup> Dicha *razón de monarca* a la que estaban sometidos los gobernantes se traducirá más adelante en la *razón de Estado*<sup>47</sup> o su sucesor, el *interés de la Razón de Estado*.<sup>48</sup>

Por otro lado, M. García Pelayo considera posible que los juristas del medioevo apelaran con frecuencia a la *necessitas* "[...]como un fenómeno correlativo al fortalecimiento del poder del rey a costa de los privilegios y

---

The King's Two Bodies (A Study in Mediaeval Political Theology), Ed. Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997, p. 127

<sup>45</sup> Nuevamente, para E. H. Kantorowicz "They pointed out that the emperor though not legally bound by the laws, yet bound himself to the Law and lived voluntarily in accordance with the Law[...]" KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two[...], *op. cit.*, p. 105

<sup>46</sup> E. H. Kantorowicz señala que "What that statement amounts to may be called the Prince's *voluntas ratione regulata*, his 'Will directed by Reason'. The emperor, in his manifesto, strongly emphasized that he was *legibus solutus*, but at the same time he acknowledged that he was bound to Reason which commands all kings. The general proportions were similar to those which he established when he expounded in his law-book the *lex regia* and proclaimed himself the father and son of Justice. The passage again reveals the emperor, theoretically, as the intermediate part: he is free from all laws; he is above the ties of Positive Law, which Reason, complying with public Utility and changing Necessity, may alter at any time, and of which Reason is the mother as he is the father; but Reason is also above the Prince as she is above any king, and to her the emperor is bound: he is *legibus solutus*, but *ratione alligatus*". KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two[...], *op. cit.*, p. 107

<sup>47</sup> Finalmente, nos dice E. H. Kantorowicz que "The doctrine was not without danger, since the interpretation of Reason might easily depend on the Prince alone. Indeed, less than a century later this semi-divine *Ratio* becomes a *ratio regis et patriae*, synonymous with Reason of State, and what formerly was a goal in itself will turn into a tool, a mere instrument, a statecraft. Reason, in many respects, was all that already under Frederick II; yet, in legal philosophy she still showed the features of a goddess -a manifestation of Nature equal to God". KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two[...], *op. cit.*, p. 107

<sup>48</sup> Henri de Rohan en el siglo XVII dice en un discurso "[Los Príncipes dirigen a los pueblos y el interés a los Príncipes. El conocimiento de este interés está tan por encima de las acciones de los Príncipes, como ellos mismos lo están por encima de los pueblos. El Príncipe se puede equivocar, su consejo puede estar corrompido, pero el interés es el único que no puede faltar jamás. Según que se bien o mal comprendido, hace vivir o morir los Estados, y como tiene siempre por objetivo su desarrollo, o, por lo menos, su conservación, también para conseguirlo es preciso que él cambie según el tiempo[...]" Del Interés de los Príncipes y Estados de la Cristiandad, en PÈRE, Joseph; ROHAN, Enrique de. Del Interés de los

situaciones particulares".<sup>49</sup> Sin embargo, el empleo de la *necesidad* como figura excepcional, empleada para casos extraordinarios,<sup>50</sup> tiende a normalizarse con el paso del tiempo. Gracias a ella, las facultades que se empleaban en casos de emergencia, para defender el territorio o para mantener el orden, se transforman en facultad permanente o incluso intrínseca de los propios gobernantes, como más adelante se verá; es decir, los Estados tendrán el monopolio legítimo del uso de la fuerza para lograr sus fines: pacificación, orden permanente, seguridad o dominación, entre otros.<sup>51</sup>

De esa misma manera se regularizan o normalizan los impuestos requeridos para cubrir los gastos que aquellas *necesidades* extraordinarias exigían, como por ejemplo, los requeridos para alguna empresa militar particular o para la defensa del territorio. Ello nos lo recuerda Kantorowicz de la siguiente manera: "Originalmente, el fundamento para el cobro de impuestos era *casus necessitatis*, que se refería a emergencias surgidas principalmente para la defensa de la *patria* frente a incursiones hostiles, para participar en una guerra en contra de enemigos políticos o religiosos, o para enfrentar rebeldes, herejes, o incluso para enfrentar al poder espiritual. Sin embargo,

---

Estados, traducción de Primitivo Mariño y María Isabel Hernández, Ed. Tecnos, Col. Clásicos del Pensamiento, Madrid 1988, p. 74

<sup>49</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1187

<sup>50</sup> Luis Carlos Amezúa nos dice que "Desde antiguo se admitía que para defender la utilidad o bien común, el emperador y el rey podían en caso de necesidad transgredir la ley positiva, quebrar las inmunidades e incluso la costumbre, lo que resume el brocardo *necessitas non habet legem*, procedente del desplome final de la república romana y también asumido por santo Tomás". AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...], *op. cit.*, p. 189

<sup>51</sup> Rafael del Águila al respecto señala que "Es hora de que hablemos de ese concepto clave para la razón de Estado, el de necesidad, porque ése es el reducto de la justificación de las transgresiones y de la autorización para dudar, siquiera un momento, de la perfecta armonización de bien común y justicia que con tanto ahínco han buscado los teóricos de la razón de Estado". DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal: Política y Razón de Estado, Ed. Grupo Santillana de Ediciones-Taurus, Buenos Aires-México-Colombia-Madrid 2000, p. 107

cerca del año 1300, la noción de *necessitas* comenzó a enfocarse también a las necesidades ordinarias y presupuestarias (por decirlo de alguna manera) de la administración, por lo que los gobiernos llegaron a la nueva ficción de la *perpetua necessitas*, misma que implicaba [...] la perpetuación de algo que, por definición, era excepcional o bien se trataba de alguna condición particular o desviación momentaria de la regla".<sup>52</sup>

Casualmente, y como mencionamos anteriormente, también la necesidad por conservar o garantizar la seguridad del Estado se *perpetualizó*. De hecho, la seguridad y defensa del Estado se convirtió en una de los fines del propio Estado, y la *razón de Estado* vino a ser la justificación –o racionalización– de dicha exigencia. Para lograr esa seguridad, por consiguiente, se requería de la creación de ejércitos permanentes o recursos para la manutención permanente de los mismos,<sup>53</sup> el envío y manutención de delegaciones diplomáticas permanentes, el fortalecimiento de la administración, mecanismos para lograr un amplio conocimiento de los recursos económicos del Estado y el bienestar de su población, entre otros.

El uso de la *necessitas*, que en un principio pudiera parecer cuestionable, se convierte, entonces, en algo justo<sup>54</sup> y legal por *necesario*.<sup>55</sup> Esta facultad real

---

<sup>52</sup> (Traducción nuestra) KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two[...], *op. cit.*, p. 286

<sup>53</sup> E. H. Kantorowicz nos dice que "But even the defense of *patria* was now perpetualized. There was, in the fourteenth century, as yet no permanent professional army of an individual government, although the companies of mercenary knights then roaming about Italy represented, so to speak, independent armies in permanence. There was, nevertheless, permanent taxation for military purposes". KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two[...], *op. cit.*, p. 289

<sup>54</sup> Rafael Del Águila señala que "La necesidad es capaz de armonizar justicia y bien común porque aspira a vincular de tal modo comunidad y Estado que cualquier fisura quede definitivamente cerrada". DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 110

de ejercicio de poder tuvo como resultado la dominación de las personas, o bien es una lógica que justifica o legitima al poder debido a que se alcanzaron condiciones tales que pusieron "a uno en situación de mandar y a los otros en situación de obedecer".<sup>56</sup>

Es así como la *comuna*, nos explica García Pelayo, por motivo del cambio en los factores económicos, sociales y políticos, se transforma en *signora*. Primero, se rompen los lazos de unidad de aquella "[...]que era el supuesto de la comuna y, con ello, se hizo imposible la vigencia de la forma democrática u oligárquica, ya que una y otra, aunque medida distinta, sólo son posibles cuando hay concordia en lo sustancial aunque ocasionalmente pudiera no estarse de acuerdo en lo accesorio".<sup>57</sup> Posteriormente, y para lograr una nueva unidad se sometió a la ciudadanía (*multitudine*) a la dominación de un hombre,<sup>58</sup> en "[...]una magistratura excepcional, como una especie de dictadura comisoraria destinada a garantizar la *pax et tranquillitas* de la ciudad en los tiempos revueltos en que la intensidad de los antagonismos hacía imposible el gobierno consular colegiado. La institución se origina en la segunda mitad del siglo XII y se encuentra definitivamente

---

<sup>55</sup> R. Del Aguila "La idea de necesidad como fundamento de la razón de Estado requiere de una presuposición: tal necesidad debe ser considerada como 'natural' u 'objetiva'[...] la situación que rige las acciones impone la fuerza de lo 'objetivamente necesario' DEL ÁGUILA, Rafael. *La senda del mal[...]*, *op.cit.*, p. 369-70

<sup>56</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1184

<sup>57</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1189

<sup>58</sup> Manuel García Pelayo lo explica señalando que "[...]la estructura corporativa del poder se transformó en la pura dominación, dicho en volgere: en tiranía[...]signoria[...]significa no sólo la irrupción en la política del nudo poder, sino también individualismo, pues, frente a la ordenación corporativa de la Edad Media, se establece una organización basada en la dominación ejercida por un hombre, a título propio, menospreciando toda especie de legitimidad y sobre unos hombres que ya no son rigurosamente hablando, popolo, sociedad ordenada, sino conjunto amorfo de individuos, *multitudine*". GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1189

establecida en el curso del XIII hasta el punto que se acuña la graciosa expresión andar *in signoria* para referirse a alguien que ejercía el cargo de podestá”.<sup>59</sup>

En principio, el fundamento jurídico de esta *signoria* –que contó con distintos nombres según los lugares *Dominus Generalis, Capitano e Singore del Comune e popolo, Capitane Generale, Defensor pacis, Rector*– fue “[...]una trascendencia incondicional *plenísima y perfecta* al señor de los poderes que antes pertenecían al pueblo y la comuna, quiénes le otorgan así *la totalidad de su imperio*”.<sup>60</sup> Esta especie de *lex regia*, con el paso del tiempo se olvida y el Príncipe o *magistrado de la ciudad* “[...]deja de ser un poder derivado para convertirse en absolutamente originario y superior a cualquier norma jurídica positiva”.<sup>61</sup> De todo lo anterior, “[...]se desprende que la *signoria* era un puro *status*, una situación real y concreta de dominación, agotada en la nuda relación de mando y obediencia, sin institucionalización de ninguna especie y sin intervención de otros factores ordenadores”.<sup>62</sup>

Con la *signora* se prescinde de legalidad, de legitimidad y desaparecen los vínculos entre el gobernante, el territorio y el pueblo; ahora el Príncipe es poder absoluto, puede vender, adquirir, perder o cambiar el Estado;<sup>63</sup> en

---

<sup>59</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1190. También, Ver: POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis[...], *op. cit.*

<sup>60</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1193

<sup>61</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1193

<sup>62</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1195

<sup>63</sup> Al respecto Gonzalo Balderas nos dice que "La institución constitucional independiente, que el pueblo crea para sí mismo en su lucha con los linajes nobles, es decir, el 'Podestá', el 'Capitano del popolo', puede llegar a convertirse en tirano, apoyado por la efectiva aclamación del pueblo. Y entonces, surge la constitución de la 'Signorie', en el cual el

otras palabras, todo aquello se convierte en su patrimonio<sup>64</sup> y se legaliza por el simple hecho de que son actos derivados del *status*.<sup>65</sup>

Esta desvinculación entre el pueblo y el Príncipe, así como la incertidumbre de su permanencia en el poder, hacen que el segundo esté en constante defensa de su poder, de su estado (*status*) que es deseado por *enemigos internos y externos*. Esta *signoria* pues, "[...]por su propia naturaleza, estaba sujeta a un constante dinamismo, a una constante inquietud de tal intensidad que no permitía estabilizar nada, de modo que ni el Príncipe estaba cierto en su poder ni el súbdito podía vivir *in ordine e sicuramente*".<sup>66</sup> El moderno monopolio del uso de la fuerza del Estado es producto de ese proceso

---

'Signore tiene, desde el principio, la perspectiva de poder dar a su cargo carácter hereditario, valiéndose de las tropas mercenarias de que dispone. Esta es la vía que reconocen todas las ciudades de la llanura del Po: *Milán, Verona, Mantua, Plasencia, Parma, Lodi, Módena, Ferrara* y todavía algunas otras, situadas más al sur". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 73

<sup>64</sup> Para Kantorowicz en el Continente Europeo no se desarrolla la figura jurídico medioeval de los *Dos Cuerpos del Rey*, que consistía en las dos partes jurídicas que componían al monarca. Por un lado la ficción de ente moral o persona jurídica que consistía en la figura del monarca como tal, con el patrimonio estatal, los intereses y actos de Estado, entre otros, y por la otra la figura del Rey como persona física con sus intereses particulares, patrimonio personal, etc. Dicha distinción entre sus *cuerpos* se llega incluso a manifestar por la jurisprudencia inglesa del medioevo. Nos recuerda que: "This, thereofre, must have been the ordinary and conventional terminology of the English jurists of that period and of the generations to follow. It is true that continental jurisprudence, too, arrived at political doctrines concerning a dual majesty, a *maiestas realis* of the people and a *maiestas personalis* of the emperor, along with a great number of similar distinctions. Continental jurists, however, were unfamiliar with parliamentary institutions such as those developed in England, where 'Soverignty' was identified not with the King alone or the people alone, but with the 'King in Parliament'. And whereas continental jurisprudence might easily attain to a concept of the 'State' in the abstract, or identify the Prince with that State, it never arrived at conceiving of the Prince as a 'corporation sole' -admittedly a hybrid of complicated ancestry- from which the body politic as represented by Parliament could never be ruled out. At any rate, to the English 'physiologic' concept of King's Two Bodies the Continent did not offer an exact parallel -neither terminologically nor conceptually". KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two[...], *op. cit.*, p. 20

<sup>65</sup> Luis Carlos Amezúa señala que "Es el caso de la doctrina medieval de la *ratio status*, tal como fue por vez primera expuesta por Juan de Salisbury, en donde obrar conforme a ella es obrar según justicia, implica sumisión a un orden ético y presupone el respeto a la ley". AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...]", *op. cit.*, p. 188

<sup>66</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1196

histórico que se fue consolidando a partir de pugnas entre poderes rivales y que, al parecer de F. Meinecke se logró por medios "inmorales" y "antijurídicos".<sup>67</sup>

### **C. La génesis de la idea de *razón de Estado***

#### **1. El debate de la buena contra la mala *razón de Estado***

Frente al nacimiento del Estado y a la problemática sobre relación que la política debiera de tener con la religión, surgen dos vertientes de pensamiento, que representaban a su vez las dos fuerzas religioso-políticas principales en pugna: la Reformista y la Contrarreformista<sup>68</sup> o Reformista Católica.<sup>69</sup>

Para los *reformistas protestantes*, siguiendo a C. J. Friedrich, la *razón de Estado* abría una dimensión al pensamiento *maquiaveliano* al privilegiar, respecto de cualquier otro valor, la sobrevivencia y seguridad.<sup>70</sup> La religión para ellos era un instrumento adicional del quehacer político, ya que se servía para la dominación de los súbditos y para el distanciamiento de la corrupción de la Iglesia y de la expansión del Imperio, sin embargo siempre se limitaba por principios de la ética y el derecho.

---

<sup>67</sup> Ver: MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Traducción de Felipe González Vicen, Madrid 1993.

<sup>68</sup> Se trata de un término conflictivo. Según nos recuerda G. Balderas "En cuanto a si el resurgimiento del catolicismo en la segunda mitad del siglo XVI, ha de llamarse *Contrarreforma* o *Movimiento de la Reforma Católica* en una cuestión en la que los historiadores aún no se han puesto de acuerdo". BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma[...], *op. cit.*, p. 262

<sup>69</sup> Ver: FOUCAULT, Michel. "La gubernamentalidad[...]", *op. cit.*, p. 10. Ver: PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XIII

<sup>70</sup> C. J. Friedrich nos dice que "The Protestant perspective on reason of state may serve to open up a dimension of Machiavelli's thought which links him to the constitutional theorists



Con la amenazante obra de Maquiavelo, la Reforma Protestante llegando a más lugares, a la luz del Concilio de Trento y motivados por intentar recuperar la hegemonía europea en manos del Emperador y el Papa, los teóricos católicos desarrollaron lo que se conoce como la doctrina *Contrarreformista*. Para ellos, resultaba necesario regular el actuar de los Príncipes con base en los principios de la religión católica; pero sobre todo, para que el Estado pudiera sobrevivir, consideraban que era necesario que se instituyera y se protegiera esa religión como la única.<sup>71</sup> Con ello, además, se podría recuperar la lealtad de los Príncipes hacia el Emperador y hacia el Papa.<sup>72</sup> Así la Contrarreforma o *reforma católica* negaba "[...]la diferencia entre la política y la religión. Sostiene que entre una y otras no hay dicotomía. Hay por el contrario, relación directa. Luchan por hacer compatible el saber confesional y el saber político. Ello provoca que la lucha entre los Estados

---

with those thought on survival and security we are primarily concerned". FRIEDRICH, C.J. *Constitutional Reason[...]*, *op. cit.*, p. 26

<sup>71</sup> Rafael De. Águila señala que "Prácticamente ningún autor de los que recriminan agriamente al florentino por ser el iniciador de esa 'inmoralidad' llamada razón de Estado (Rivadeneira, Gracian o Saavadra) deja de tolerar ciertas transgresiones morales (fraude, simulación, etc.) cuando son necesarias a la reputación del monarca o a la preservación del Estado. Quizá ello se deba a que la razón de Estado y la lógica de la necesidad que le acompaña se ponen al servicio no ya del arte del Estado, sino del arte de la estabilidad o, quizá mejor aún, de la estabilización de las relaciones políticas existentes, del orden político prevaleciente, del *statu quo*, y en eso unos y otros teóricos están, sin advertirlo, básicamente de acuerdo". DEL ÁGUILA, Rafael. *La senda del mal[...]*, *op.cit.*, p. 109

<sup>72</sup> Ricardo Uvalle afirma que "[...] es en Italia donde la obra de Maquiavelo se combate. La reacción contra el proyecto de vida del Renacimiento y los avances de la Reforma no se hacen esperar. Las fuerzas de raigambre no emancipadora se agrupan para contener los pasos de los movimientos laicos y seculares. No aceptan los cambios que tiran hacia la vida moderna. Son reacios para aceptar que la religión católica quede subordinada a la política. Proclaman una posición inversa. Es decir, que la política sea la que ceda el lugar dominante a la religión. Es la respuesta a relaciones de poder. A relaciones donde la influencia de antaño tenía éxito. Se busca que los estados asuman la tarea de proteger la vida espiritual y católica, lo cual equivale a que la Iglesia y el Papado recobren hegemonía no sólo religiosa, sino política". UVALLE Berrones, Ricardo. *La Teoría de la Razón[...]*, *op. cit.*, p. 38

sea mas cruenta, ya que la religión es bandera para conquistar posiciones de poder".<sup>73</sup>

La *Contrarreforma*, como esbozamos, trajo consigo el inicio de una polémica acerca del término *razón de Estado* y, por supuesto, de los usos que se le podían dar, los calificativos que se le atribuían y los fines que con aquélla se perseguían. Su definición buscaba, en última instancia, hacer una distinción entre una buena y una mala *razón de Estado*.<sup>74</sup> La diferencia entre las posturas se basaba, fundamentalmente, en tratar de identificar y caracterizar la buena *razón de Estado* con el bien común cristiano y la mala con el interés del Príncipe.<sup>75</sup> Ello nos lo recuerda L. C. Amezúa de la siguiente manera: "De modo que no se puede identificar la obra reactiva de los teóricos de la *razón de Estado* con una causa religiosa estrictamente definida, si bien parecen haber sido los jesuitas los más esforzados en demostrar la compatibilidad

---

<sup>73</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 38

<sup>74</sup> H. Gutiérrez nos recuerda cómo "En 1630, Antonio Mirandola con *La razón de estado del Gobernador de Judea en la pasión de Jesucristo*, hace una advertencia a los lectores <ya que la Razón de Estado se toma en bueno y en mal sentido, de modo que si el Príncipe emplea la verdadera prudencia y las justas estratagemas para conseguir el bien público y privado de los súbditos en la adquisición y conservación del estado, será bueno; y, si quiere valerse del arte astuto y malicioso para su propio interés[...]será mala y reprobable[...]>". (p. 23) Hernán Gutiérrez también menciona las diferentes razones de Estado (Buenas y Malas) expuestas por los tratadistas de la época (siglo XVII), como Girolamo Fracheta (1592), Calderini Apollinare (1597), Giovanni Antonio Palazzo (1604), Pietro Andrea (1614), Tommaso Campanella (1620), Ludovico Zuccolo (1621), Federico Bonaventura (1623), Gabriel Zinano (1626), Antonio Mirandola (1630). (p. 21). El autor incluye un largo listado de las obras publicadas entre los años 1552 y 1652 que atacan al maquiavelismo, por ejemplo: Scipioni Chiarimonti (1633), Vicenzo Igualdi (1640), Scipioni Amati (1648), Marco Antonio Scipioni (1650), entre otros. (p. 24-6). GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...]", *op. cit.*

<sup>75</sup> Ver: DEL ÁGUILA, Rafael. "Razón de estado y razón cívica", en Claves de Razón Práctica, número 52, mayo 1995, p. 14. Michel Senellart nos dice que para Maquiavelo la razón de Estado se rige bajo la máxima de la "prudencia" dictada por la necesidad (noción compleja que incluye la maldad humana, los cambios de suerte o la urgencia en situaciones particulares) con el objeto de conservar el Estado. Contra esta razón de Estado surge una en contra, que sería la de los Contrarreformistas 'antimaquiavélicos', que, a decir del autor "se trata de la resistencia del espíritu medieval frente al progreso del racionalismo del Estado". SENELLART, Michel. *La raison d'Etat antimachiavelienne*, en Lazzeri, Ch.; Reynié, D.



entre política y religión, haciendo frente al nuevo humanismo maquiavélico y tacitista con sus mismas armas y lenguaje, pero recuperando un humanismo de tradición ciceroniana. Para ello se sirven de la idea de una *verdadera* o buena *razón de Estado*".<sup>76</sup>

Esta gran discusión<sup>77</sup> entre los *moralistas* o *eticistas* (contrarreformistas) y los *realistas* (reformistas y políticos del protestantismo) consistía en que, los primeros, defendían una buena *razón de Estado* fundamentada en la sumisión de la política a la religión católica<sup>78</sup> y por otro lado atacaban a quienes simplemente hacían una distinción entre política y moral. Las diferencias entre estas dos posturas consisten en que, por un lado los eticistas buscan subordinar la política a la moral religiosa –cristiana por supuesto– mientras que los realistas manifestaban la independencia de la política de cualquier otro código normativo. Los primeros, a pesar de la vinculación de la política a su moral, dictan lo que se conocía por *cristiana razón de Estado*, que en última instancia no llegaba a erradicar completamente la *razón de Estado*.<sup>79</sup> La *Contrarreforma* en suma desarrolla no

---

(Editores). La raison d'Etat: politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, Paris 1992, p. 14-6

<sup>76</sup> AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...], *op. cit.*, p. 192

<sup>77</sup> En realidad el conflicto en mención se podría simplificar (para efectos del presente trabajo sin quitar valor a ninguna de las posturas) a un conflicto de congruencia entre moral y política, en palabras de Javier Peña se trataba de "[...]una genuina preocupación entre teóricos y hombres de Estado por conciliar sus principios morales y su responsabilidad política, y por reorientar la política al servicio del bien común". (p. XXV) "El problema era real, y consistía en conciliar las exigencias de la práctica política en el contexto polémico de la época con el respeto de ciertos límites religiosos y morales que un Príncipe cristiano de debería transgredir. Y la solución fue apelar a otra razón de Estado, la verdadera (o buena) razón de Estado". (p. XXV). PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*

<sup>78</sup> Ver: PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XXX-XXXI

<sup>79</sup> Ver: FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado y Política en el Pensamiento Español del Barroco (1595-1640), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986, p. 15

una *razón de Estado*, sino que también una *razón de Iglesia*, ya que se busca la supervivencia, potenciación y expansión de los Estados, así como de la Iglesia Católica misma.<sup>80</sup>

Los realistas o tacitistas, por su lado, consideraban que para gobernar bien, el cristianismo católico era tan importante como las prácticas maquiavélicas. A pesar de dicha diferencia, los realistas no eran seguidores, estrictamente, de los principios maquiavélicos, sino que además “confiesan su determinación de conservar lo que unánimemente consideran indispensable: el andamio cristiano de la política”.<sup>81</sup> En esta posición se identifican a los *reformistas protestantes*. Nos aclara esta posición Meinecke de la siguiente manera: “[...]tanto el catolicismo como el protestantismo ofrecían ciertos portillos de entrada y cierto espacio para un arte político secularizado: la ética católica, por el reconocimiento de un Derecho natural y, por tanto, también de ciertos deberes y cometidos naturales de la vida terrena; Lutero, por su doctrina de la moral profesional, con la cual ponía en manos de la autoridad

---

<sup>80</sup> C. J. Friedrich señala que “[...]reason of state is at the same time a 'reason of church' that is to say, not only the survival and security of the state are a matter of successfully manipulating the 'laws of power', but the survival and security of the church as well”. FRIEDRICH, C.J. *Constitutional Reason*[...], *op. cit.*, p. 61

<sup>81</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. *Razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 17. Asimismo, Ver: PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XXXI. Como aclaración, Maquiavelo con sus consejos al Príncipe, instrumentaliza a la religión, de tal forma que pasa a estar al servicio de la conservación del estado. En palabras de García Pelayo “La religión es, pues, con independencia de su verdad, un instrumento necesario de imperio. La religión sirve además, para encubrir las empresas y los intereses políticos tanto hacia el interior como hacia el exterior”. (p. 1218) Incluso, más adelante ejemplifica el uso de la religión como justificante de políticas determinadas con un pasaje de la obra *Le Prince* de H. de Balzac de 1631, en sus palabras: “[...]si los españoles usurpan un reino dicen que es para defenderlo de los enemigos de la Iglesia; si su avaricia les hace atravesar los mares e ir hasta el fin del mundo publican que lo hacen por el bien de las almas y la salvación de los infieles, pero lo cierto es que van a los países donde el sol se hace oro, pero no hacia el Septentrión donde hay muchas almas a convertir, pero sólo hielo y nieve a ganar. El <Monstruo> trata de racionalizar los títulos de su tiranía y el más empleado de ellos es el de la religión: ante el mundo se viste con los ropajes de Jesús y de la Cruz, pero en secreto se ríe de estas bellas razones y sigue las máximas maquiavelistas”. (p. 1219) GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*

una espada que podía manejar enérgicamente para combatir el mal; Calvino, por el espíritu de adecuación racional que emanaba de su doctrina y por la disciplina y dominio de los impulsos sensibles. Estos espacios abiertos, dentro de los cuales podía moverse libremente el político, estaban, sin embargo, y permanecieron siempre estrictamente delimitados, porque toda política debía estar al servicio de los fines religiosos supremos. Esta última vinculación era la que ponía en peligro mortal a la doctrina del maquiavelismo".<sup>82</sup>

Para Javier Peña Echeverría también se dio una postura intermedia entre eticistas y los realistas que buscaba el reconocimiento de la independencia de lo político, "pero con sujeción y subordinación a los límites de la ortodoxia. Caracterizados por el casuismo metodológico, y una posición acomodaticia".<sup>83</sup>

Por su lado, Michel Foucault reconoce que "Este gran debate no sólo es visto en relación al texto de Maquiavelo, a lo que tenía de escandaloso y de radicalmente inasimilable para su época, sino en relación a algo que se intentaba definir en su especificidad: un arte de gobierno. Unos refutaban la idea de un nuevo arte de gobierno centrado en el Estado estigmatizándola con el nombre de maquiavelismo; otros refutaban a Maquiavelo por defender que existía un arte de gobernar, al mismo tiempo racional y legítimo, del cual el Príncipe no era más que una aproximación imperfecta, casi una caricatura; otros, en fin, para mostrar la legitimidad de un arte de gobierno justificaban al menos algunos textos de Maquiavelo[...] En todo caso se trataba de

---

<sup>82</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 52

<sup>83</sup> PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XXXI.

distanciarse de una cierta concepción del arte de gobierno que, según sus fundamentos teológicos o sus justificaciones religiosas tuviese por puro objetivo y principio de racionalidad el sólo interés del Príncipe”.<sup>84</sup>

En resumen, estas dos vertientes (realistas y eticistas) no difieren tanto como aparentan, de hecho eran complementarias; ya que, ambas reconocen la importancia de las tesis políticas maquiavélicas, en primer lugar por haber desenmascarado “la naturaleza de la realidad política” y, en segundo lugar, brindar medios a los gobernantes o Príncipes para ejercer el poder sin necesariamente romper las bases éticas cristianas del Estado.<sup>85</sup>

En ambos casos la *razón de Estado* se ofreció como el motor –criterio de justificación, logos del actuar político, racionalización del ejercicio del poder, consejos al Príncipe– que permitió la actuación de los gobernantes para consolidar un Estado fuerte que resolviera los conflictos de la época. Con la *razón de Estado* se colocó al Estado como el estandarte de la paz y la estabilidad.<sup>86</sup> Es así, por consiguiente, como la idea de la *razón de Estado* se define desde entonces como un medio que tiene como fin/principio o *ratio* la propia existencia del Estado.<sup>87</sup>

---

<sup>84</sup> FOUCAULT, Michel. "La gubernamentalidad[...], *op. cit.*, p. 11

<sup>85</sup> Ver: FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 17

<sup>86</sup> Ver: FERNÁNDEZ García, Eusebio. Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política, Ed. Dykinson, Cuadernos Bartolomé de Las Casas No. 4, Madrid 1997, p. 16

<sup>87</sup> Al respecto el profesor García Pelayo dice lo siguiente: “La teoría de la razón de Estado, en cuanto técnica de conservación y ampliación del poder político, tiene tantas más posibilidades históricas de vigencia cuanto más tensas son las relaciones políticas, es decir, cuanto más existencialmente se plantea el problema del poder (siempre bajo el supuesto, téngase presente, de considerar al Estado como centro y eje de la historia)”. GARCÍA Pelayo, Manuel. Obras Completas (Volumen II), Ed. Centro de Estudios Constitucionales,

Ya sea que se afirmara la primacía de la política sobre la moral o viceversa el interés 'estatal' siempre primó en ambas corrientes. El político, como hombre de Estado, al perseguir fines distintos a los de los individuos en general, no se sometía a la moral ni al derecho vigentes en las relaciones horizontales. En este sentido, Bobbio nos dice que "La doctrina de la *razón de Estado* está íntimamente vinculada a la idea de la primacía de la política. No por casualidad tal doctrina nace y se desarrolla al lado de la teoría del Estado moderno. Una de las formas en las que se manifiesta la primacía de la política es la independencia del juicio político frente al juicio moral, o inclusive la superioridad del primero sobre el segundo; que exista una *razón de Estado* diferente de la razón de los individuos quiere decir que el Estado, y más concretamente el hombre político, es libre de perseguir sus propios objetivos sin estar obligado a tomar en cuenta los preceptos morales con los que está comprometido el individuo en sus relaciones con los otros individuos. A la concepción de la primacía de lo espiritual corresponde la doctrina de la subordinación concreta de la acción política a las leyes de la moral, que son los preceptos de la religión dominante: subordinación que se refleja en la figura del Príncipe cristiano; en cambio, a la concepción de la primacía de la política corresponde la doctrina de la necesaria inmoralidad o amoralidad de la acción política que debe contemplar su objetivo propio, la *salus rei publicae*, sin sentirse obligada o comprometida por rémoras de otra naturaleza; primacía que se refleja en la figura del Príncipe maquiavélico con respecto al cual los medios de los que se sirve para vencer y conquistar el

Estado, siempre son, cualesquiera que ellos sean, 'juzgados honorables, y loados por cada cual[...]'.<sup>88</sup>

La *razón de Estado* significa que, en los casos de necesidad o de urgencia y en aras de defender la existencia del Estado era posible ignorar las normas vigentes, ya fueran éticas o jurídicas. Este *uso del derecho natural de defensa*<sup>89</sup> estaba aprobado por todas las grandes religiones y por todos los Estados y por lo tanto supone un grave problema filosófico y ético, ya que éste principio debía ser juzgado de acuerdo con la ley del lugar donde se aplicara.<sup>90</sup> Por ejemplo, autores como Ludovico Settala, buscaban plantear una "estrategia de gobierno" para preservar el Estado en sus diferentes expresiones formales: monarquía (*razón de Estado* de los reyes), aristocracia (*razón de Estado* de los aristócratas), república (*razón de Estado* de la república), tiranía (*razón de Estado* de los tiranos), oligarquía (*razón de Estado* de los oligarcas o de los pocos), democracia (*razón de Estado* democrática o popular).<sup>91</sup>

Finalmente, en otro punto en el que coincidían las partes en la controversia de la época era en el uso del secreto,<sup>92</sup> con fundamento en que, por lo

---

<sup>88</sup> BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad, Ed. Fondo de Cultura Económica, Traducción de José F. Fernández Santillán, México 1992, p. 115-6

<sup>89</sup> Término empleado por Gaines Post.

<sup>90</sup> G. Post caracteriza a la razón de Estado como un principio existente en las organizaciones políticas humanas, no exclusivamente Estatales. Ver: POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis[...], *op. cit.*

<sup>91</sup> Para ello empleo el siguiente aforismo: "Primero es el ser y luego la forma del ser". GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...], *op. cit.*, p. 7

<sup>92</sup> Rafael Del Águila señala que "En la profusa polémica entre maquiavélicos, antimachiavélicos, teóricos de la razón de Estado, tacitistas, etc. que inunda los siglos XVI y XVII, no importa qué posición se ocupe o qué valores se quieran proteger: todos los participantes consideraban el secreto como uno de los principios fundamentales de la ciencia



general, los actos cometidos bajo la cobertura de la *razón de Estado* "[...]resultan injustas y odiosas para 'la razón humana común', de ahí se deduce que sus mecanismos más íntimos deben permanecer ocultos e impenetrables a la mirada de la inmensa mayoría".<sup>93</sup>

Javier De Lucas apunta al Barroco como la época en la que prolifera el secreto de Estado como medio para asegurar el poder<sup>94</sup> porque "[...]es en ese momento cuando se argumenta con la mayor fuerza plástica sobre la característica de (in) visibilidad de poder, sobre el hábito del secreto y la mentira y su relación con la obtención de la obediencia política".<sup>95</sup> Por su lado J. P. Chrétien-Goni señala que durante el siglo XVII la literatura política estaba *obsesionada* por el secreto, la cual definía parte del entonces conocido "arte de gobernar".<sup>96</sup>

## **2. El debate contemporáneo sobre el origen y significado de la idea de *razón de Estado***

Existe discusión sobre a quién se le debe atribuir la paternidad de la idea *razón de Estado*. Algunos autores consideran que se le debe a Nicolás

---

del Estado. El arte de gobierno surge al tiempo que el arte del secreto y la ciencia de la política, en un primer momento, no es otra cosa que una 'disciplina hermética' (Chrétien-Goni, 1992)". DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 307

<sup>93</sup> DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 307

<sup>94</sup> De Lucas menciona una serie de ejemplos que justifican el secreto de Estado en la época del 'Barroco' español. Sobre todo son interesantes las posturas de los tacitistas por ejemplo las de Botero, Cavriana, Bonaventura, Zizano, Ribadeneyra. DE LUCAS Martín, Javier. "Maquiavelismo y Tacitismo en el Barroco Español: El Secreto y la Mentira como instrumentos de la razón de Estado", en Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro, Tomo II, Universidad de Valencia, 1989, p. 50-8

<sup>95</sup> DE LUCAS, Javier. "Estudio Preliminar", en Condorcet; Castellón; Becker. ¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y Filosofía en la Ilustración: El concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar por Javier de Lucas, Madrid 1991, p. XIV

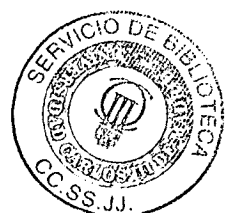
Maquiavelo; otros afirman que éste jamás utilizó la frase *razón de Estado* y que, quien la empleó por primera vez, fue Giovanni Della Casa.<sup>97</sup> Otros se preguntan si dicho concepto estaba acuñado con anterioridad a esta primera mención y si el mismo está íntimamente ligado a las instituciones de dominación política en general –incluso a las antiguas y medioevales– por lo que su origen es previo al Estado Moderno.

En lo que parecen coincidir la mayor parte de los autores es sobre el primer uso literario de la expresión *razón de Estado* que se le asigna Francesco

---

<sup>96</sup> Ver: CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Instituio arcanæ. Théorie de l'institution du secret et fondement de la politique", en LAZZERI, C.; REYNIÉ, D. Le pouvoir de la raison d'Etat, Ed. Presses Universitaires de France, París 1992, p. 134 y ss.

<sup>97</sup> A Della Casa se le atribuye la elaboración del término en un sentido 'peyorativo', que más adelante explicaremos. Ver: PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XV. Asimismo, Ver: GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...]", *op. cit.*, p. 21-2. También, Ver: GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1218-9. Ensayo introductorio de la publicación al español de la obra de Giovanni Botero 'La razón de Estado y otros escritos' editada por el Instituto de Estudios Políticos de Caracas en 1962, en García Pelayo, M. Obras Completas (Volumen II), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.



Guicciardini entre los años 1523 y 1527,<sup>98</sup> y en que fue Giovanni Botero<sup>99</sup> quién se encargó de difundir la idea.<sup>100</sup>

Michel Senellart sistematiza y explica las diversas posturas sobre la génesis de la *razón de Estado*<sup>101</sup> en las siguientes: (i) Maquiavelo inventó la *razón de Estado*; (ii) la *razón de Estado* se conocía antes de que existiera Maquiavelo;

---

<sup>98</sup> Ver: MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 48; BERKI, R.N. Voz: *Razón de Estado*, tomado de BOGDANOR, Vernon. Enciclopedia de las instituciones políticas, versión española de: Jesús Alborés, Ana Balbás, Guillermo Gutiérrez la Rubia, José Antonio Pérez Rey, Marta Sansigre, Montserrat Tiana, Belén Urrutia, Revisión técnica de: Santiago Sánchez González, Alianza Ed., Diccionarios, Madrid 1991, p. 607; GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1200; GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...]", *op. cit.*, p. 21; DEL AGUILA, Rafel. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 102; STOLLEIS, Michael. "L'idée de la raison d'Etat de Friedrich Meinecke et la recherche actuelle", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994, p. 25; VASOLI, Cesare. "Machiavel inventeur de la raison d'Etat?", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994, p. 49

<sup>99</sup> Ver: FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 11-2; PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XV; FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 24 y 30; DEL AGUILA, Rafel. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 111-112; UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 39

<sup>100</sup> Dicha difusión lo hará a través de la *tratadística de la razón de Estado*. Ver: FERNÁNDEZ García Eusebio. Entre la razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 16; TRUYOL Y SERRA, Antonio. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 190; GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...]", *op. cit.*, p. 1200

<sup>101</sup> También Norberto Bobbio nos ofrece una sistematización sobre las diversas corrientes: (i) se refiere a aquéllos autores que fundamentan en la salud pública la ley suprema de salvación del Estado (utiliza la expresión *Salus rei publicae suprema lex*), que viene de la antes vista separación entre moral y política y del principio 'el fin justifica los medios' atribuido a Maquiavelo. Contra esta vertiente ('el fin justifica los medios') aparece el gobierno de leyes en donde "[...]los gobernantes actúen de conformidad con leyes preestablecidas [...] controlados por el consenso popular y [...] responsables de las decisiones que tomen". (p. 149); (ii) se refiere a aquéllos autores que subordinan la política a la moral; no obstante, existen casos de excepción en donde rige la 'necesidad' y no la moral, ya que "Ningún principio moral tiene valor absoluto, vale sin excepciones". (p. 150); (iii) se refiere a la "[...]contraposición insuperable entre dos formas de ética, la ética de los principios y la de los resultados (o de las consecuencias). La una juzga la acción en base a lo que está antes, el principio, la norma, la máxima -no matar, no mentir, cumplir los pactos establecidos-; la otra juzga en base aquello que viene después, es decir en base a los efectos de la acción". (p. 150) Para dicho autor, el actuar político basado en la ética de los principios es la adecuada, en donde no habrá cabida para la razón de Estado como la hemos entendido. Resumiendo, la postura de Bobbio para controlar esta razón está en la democracia como más adelante veremos. BOBBIO, Norberto. *Razón de Estado y Democracia*, en Elogio de la templanza y otros escritos morales, Ed. Temas de Hoy, Traducción por Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribe, Madrid 1997. Y.C. Zarka también hace una reflexión al respecto en ZARKA, Yves Charles. "Introduction: Philosophie politique[...]", *op. cit.*, p. 4

(iii) la *razón de Estado* se descubre después de Maquiavelo; y, (iv) Maquiavelo se encontraba imposibilitado para descubrir la *razón de Estado* a partir de su doctrina. La importancia de dicha discusión para efectos de este trabajo consiste en que dependiendo del origen de la idea de *razón de Estado* –como más adelante la definiremos– se determinará su importancia actual como objeto de estudio, es decir, ello determinará si su *elasticidad* le ha permitido llegar hasta nuestros tiempos como instrumento político y en qué forma.

**a) Maquiavelo inventó la *razón de Estado*.**

Para F. Meinecke –el principal expositor de dicha posición al parecer de M. Senellart– el genio de Maquiavelo reside en romper con las doctrinas universalistas del derecho natural cristiano e imponer así una política pragmática, que buscará siempre satisfacer los intereses concretos del Estado. En sus palabras "La teoría de MAQUIAVELO fue como una espada que se clavó en el cuerpo político de la humanidad occidental, haciéndola gritar y rebelarse. No podía ser de otra manera, ya que con ella no sólo se hería sangrientamente el sentimiento moral natural, sino que, además, se amenazaba mortalmente la conciencia cristiana de todas las iglesias y sectas; es decir, el vínculo más fuerte de unión de los hombres y los pueblos, la potencia espiritual más elevada en ellos".<sup>102</sup>

La *razón de Estado* no ofrece un problema ético exclusivamente, sino que también se trata de un vector del historicismo (*vecteur de l'historicisme* según

---

<sup>102</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 51

Senellart);<sup>103</sup> para lo cual, es posible hacer una historia de la *razón de Estado* a partir de Maquiavelo.<sup>104</sup> El punto de partida histórico para el estudio de la idea de la *razón de Estado* –para Meinecke– es Maquiavelo, ya que sólo en su época estuvieron dadas las condiciones ético-políticas para ello, además de que las condiciones particulares de Maquiavelo le permitieron vivir y actuar "dentro del ámbito de un fin supremo del Estado perfectamente determinado. Y de igual manera, todo su pensamiento político no es otra cosa sino reflexión continuada sobre la *razón de Estado*"<sup>105</sup>; para él, *Maquiavelo es el fundador del pensamiento político moderno*.<sup>106</sup> La obra clásica de Meinecke – *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*– se compone de sucesivos estudios sobre la *razón de Estado* a la luz del pensamiento de diversas corrientes y autores a partir de la aparición de la obra de Maquiavelo.<sup>107</sup> Señala que Maquiavelo fue el primero en *dedicarse con serenidad clásica a reflexionar sobre la razón de Estado*, a pesar de que

---

<sup>103</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 18-20

<sup>104</sup> F. Meinecke señala que "La idea de la razón de Estado, empero aparecería así más en sus consecuencias históricas que en su aprehensión consciente como idea[...] Escribir la historia de la razón de Estado, significa, en cambio, investigar la clarificación y aprehensión teóricas de la razón de Estado en el curso del tiempo". MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 21

<sup>105</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 31

<sup>106</sup> Al respecto también sugerimos, Ver: STOLLEIS, Michael. "L'idée de la raison[...], *op. cit.*, p. 17

<sup>107</sup> Meinecke divide su libro en tres grandes apartados. El primero de ellos se refiere a la *Época de la Constitución del Absolutismo*, el segundo a la *Época de Madurez* del mismo y el tercero al *Maquiavelismo, Idealismo e Historicismo en la Alemania Contemporánea*. En dichos apartados analiza a Maquiavelo, Gentillet, Bodino, Botero, Boccacini, Campanella, Naudé, Grocio, Hobbes, Spinoza, Puffendorf, Courtiz de Sandras, Rousset, Federico el Grande, Hegel, Fichte, Ranke, Treitschke, entre otros. Para C.J. Friedrich, dicho libro "en su totalidad tiende a ser una serie de ensayos sobre autores individuales, compilados de manera casi incoherente (*rather loosely*), no por un idea definida de razón de Estado, sino por la palabra misma". (traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 124

nunca "comprimió todavía en una expresión tópica sus ideas sobre la *razón de Estado*".<sup>108</sup>

En esta misma línea argumental, Ricardo Uvalle señala que: "*EL PRÍNCIPE* es por tanto, testimonio de cómo el gobernante ha de obrar por motivos de *razón de Estado*. Con él, los modos del actuar político quedan inscritos para enfrentar y triunfar sobre los adversarios".<sup>109</sup> Considera dicho autor que el quebrantamiento del derecho y la moral, el abuso del poder, entre otras prácticas *delictuosas* o *nefastas* se llevan a cabo para alcanzar un bien superior,<sup>110</sup> por ejemplo, para que se "[...]evite y erradique de la vida política desobediencia, inestabilidad, desorden y desmanes. La energía del Príncipe es consustancial a la energía del Estado: protegerla, conservarla y desarrollarla es su objetivo. De otra manera, los cimientos del poder estatal se agrietan y debilitan".<sup>111</sup>

Sin embargo, para Rafael del Águila, el contexto jurídico político de la época en la que Maquiavelo vivió no se podía entender el actuar de un gobernante – Príncipe– sin ataduras legales y jurídicas.<sup>112</sup> Para él en la obra de Maquiavelo hay pruebas de que en esa época estaba reglado por el derecho el actuar de

---

<sup>108</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 31

<sup>109</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 37

<sup>110</sup> Ver: Capítulo VIII. *De his qui per scelere ad principatum pervenere (De los que han llagado al principado mediante delitos)* de *El Príncipe*. Ahí Maquiavelo nos dice "Por tanto, hay que señalar que cuando se conquista un estado, el que lo ocupa tiene que pensar cuáles son los ultrajes que va a tener que cometer y hacerlos todos de una vez, para no tener que cometer un nuevo cada día, asegurándose de esa forma la fidelidad de los hombres y ganándose los con los beneficios que les ofrece". MAQUIAVELO, Nicolás. El Príncipe, traducción por Eli Leonetti Jung, Ed. Espasa Calpe, Colección Austral, 26ava ed., Madrid 1996, p. 75

<sup>111</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 61

<sup>112</sup> Ver: DEL AGUILA, Rafel. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 65



los Príncipes. Rafael del Águila nos dice que incluso se da "[...]la aparición en la obra de Maquiavelo de un sujeto, disciplinado, normado y regulado capaz de acción política. Hay en los *Discorsi* (I, 58) una corta frase que resulta pertinente analizar: 'Un Príncipe que puede hacer lo que quiera está loco' (*un principe che può fare ciò ch'ei vuole é pazzo*). Y esta referencia a la ausencia de disciplina y su relación con la locura es importante".<sup>113</sup> La cordura, en contraposición a la locura o ser "idiota" generaba en la época la incursión en la definición jurídica de incapaz, lo cual privaba a cualquier sujeto de su capacidad de ser sujeto de derechos.<sup>114</sup>

Para dicho autor: "El maquiavelismo ofrece a 'cualquier sujeto' (un tirano, por ejemplo) un saber sobre su seguridad y lo liga a la necesaria indiferencia por la calidad ética de los medios (transgresores) que deben ser juzgados únicamente por su eficacia en la consecución del fin. Ese fin es, igualmente, 'cualquier fin' que el sujeto se haya propuesto, aunque se suele suponer que el fin está vinculado de algún modo a la seguridad y al mantenimiento o engrandecimiento del propio poder y de la propia situación de dominio. Así pues, el maquiavelismo se dirige a 'cualquier sujeto' y le recomienda medios

---

<sup>113</sup> DEL AGUILA, Rafel. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 79

<sup>114</sup> Para Rafael Del Águila "Según nos señala De Santi (1979, 83 y ss.), la idea de locura está vinculada a otro término, *sfrenato* ("desenfrenado"), entendido como condición en la que el ser humano pierde el control de sus capacidades racionales e intelectuales y se convierte en incapaz e inútil (*IF*, VII, 3). Tal incapacidad y tal inutilidad le excluyen de lo político y lo convierten en un "idiota", en el sentido que los griegos daban a esa expresión ("incapaz de participar en la política de la ciudad") y acaso también en el nuestro. Y ante este modelo de individuos se alza otro, aquel que ha sido corregido por buenas leyes y buenas costumbres y que, incardinado en ellas, es capaz de releer la realidad sin cegarse por sus deseos, pero también sin cegarse por sus ilusiones". DEL AGUILA, Rafel. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 79. Cesare Vasoli también le niega a Maquiavelo la paternidad de la razón de Estado. Ver: VASOLI, Cesare. "Machiavel inventeur[...]", *op. cit.*, p. 66

eficaces (aunque éticamente transgresores) para conseguir fines relacionados con su propia seguridad y su potenciación".<sup>115</sup>

### **b) La *razón de Estado* se conocía antes de Maquiavelo**

El expositor principal es Gaines Post, quien señala que la *razón de Estado* es una noción atemporal. Para él la *razón de Estado* siempre ha existido en todo tipo de comunidades como regla de conducta en periodos de peligro o urgencia, por lo menos; por consiguiente la *razón de Estado* se puede aplicar en las comunidades modernas, primitivas, antiguas o medievales.<sup>116</sup> Se trata de una práctica política constante, de un principio que (i) privilegia al interés común por encima de intereses particulares en caso de conflicto; (ii) legitima el empleo de medios extraordinarios en situaciones de urgencia; (iii) admite compromisos con las leyes morales para servir a un fin ético más elevado; (iv) tolera "males menores" a fin de evitar los "mayores"; (v) justifica medios para llegar a fines.<sup>117</sup>

Al respecto, R. del Águila nos dice que "[...]autores como Post (1992) o Kantorowicz (1985, 109 y ss.) llevan razón al afirmar la existencia de multitud de antecedentes de esa '*razón de Estado* maquiavélica' en el mundo antiguo o en la Edad Media[...]. Es decir, con autores que consideraban que no siempre la política era reducible a la razón o el interés a lo honesto o el gobierno a lo justo. Autores que nos hablan de las escisiones entre bien común y justicia, política y ética, seguridad y moral. Y, en efecto, el argumento de que la necesidad o la utilidad pública justifican ciertas

---

<sup>115</sup> DEL AGUILA, Rafael. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 356

<sup>116</sup> POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis[...], *op. cit.*, p. 26



transgresiones en la práctica del gobierno, se encuentra profusamente en los mas diversos autores del mundo antiguo y medieval cuando tratan de periodos de peligro y excepcionalidad. Y la idea de que la preservación de la comunidad puede entrar en conflicto (debido a circunstancias que escapan al control del gobernante) con la ley 'normal', la justicia 'habitual', o la razón 'humana', ha existido desde hace tanto tiempo que parece difícil rastrear su origen".<sup>118</sup>

Sin embargo, R. del Águila le niega la paternidad de la *razón de Estado* a Maquiavelo y, más aún, a todas aquellas expresiones, como la de G. Post, que consideran que la razón de Estado es un producto previo al nacimiento del Estado moderno; principalmente debido a que no le dan un "reconocimiento de elementos ligados a un fin común superior –que en suma es lo que da el origen a la idea de *razón de Estado*, ya que la noción de Estado que manejan se refiere más bien a *la condición del Príncipe*/titular-del-poder frente a la población, los enemigos, los ejércitos, entre otros".<sup>119</sup>

### **c) La *razón de Estado* se descubre después de Maquiavelo**

Michel Foucault es quien dice que es después de Maquiavelo cuando nace la *razón de Estado* ya que surge el problema del Estado como un fin específico

---

<sup>117</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 20-1

<sup>118</sup> DEL AGUILA, Rafel. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 59

<sup>119</sup> En este mismo sentido crítico sobre los orígenes de la razón de Estado previos a Maquiavelo, Ver: STOLLEIS, Michael. "L'idée de la raison[...], *op. cit.*, p. 22 y ss. Del Aguila, al respecto señala que "De todos modos hay otro inconveniente para otorgar la paternidad de la razón de Estado a Maquiavelo: la inexistencia de una concepción maquiaveliana del Estado, tal y como después se desarrollaría en la teoría y la práctica políticas. En efecto, el término *stato* en el florentino no remite a ningún sujeto de acción, sino que más bien es sinónimo de 'condición' (como en nuestro uso actual de 'estado civil', por ejemplo). Cuando se habla de lo *stato* del Príncipe, se trata de la condición del Príncipe, no del Estado que el

en el arte de gobernar. Senellart nos recuerda que para Foucault: "El problema de Maquiavelo, no es el Estado, sino el Príncipe, su seguridad, la defensa de su territorio; razón de Príncipe pues, no *razón de Estado*."<sup>120</sup>

Existe una diferencia entre la *razón de Estado* y los consejos que Maquiavelo da en *El Príncipe*. Siguiendo a Michel Foucault, Maquiavelo le aconseja a los Príncipes los medios, las formas y las estrategias que deben seguir para mantener su poder, su poderío que ejercen sobre sus dominios. Estos consejos servirán para proteger y defenderse de sus enemigos internos y externos, reconociendo la realidad de que los vínculos entre el gobernante y su dominios no son sólidos y muchas veces ni legítimos.<sup>121</sup> Es decir, debido a que el Príncipe tenía una relación extrínseca con su principado por razón de que su vínculo derivaba de violencia o adquisición (por medio de tratados, alianzas, etc.), el Príncipe era objeto de amenazas constantes del interior y del exterior. Estas amenazas no implicaban la aceptación del Príncipe por su principado, sino que al contrario el Príncipe se preocupaba de conservar sus dominios a través del arte de gobernar enseñado por Maquiavelo.<sup>122</sup>

Por el otro lado la *razón de Estado* se plantea el problema de la existencia misma del Estado y es por eso que "los teóricos de la *razón de Estado* procuraron permanecer tan alejados de Maquiavelo como fuera posible; este tenía mala reputación, y no podían considerar que su problema fuera el

---

Príncipe preside. Lo *stato* no se liga ni con el bien común, no con un aparato abstracto de dominio". DEL AGUILA, Rafel. *La senda del mal*[...], *op. cit.*, p. 91

<sup>120</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 21

<sup>121</sup> En este sentido Ver: VASOLI, Cesare. "Machiavel inventeur[...], *op. cit.*, p. 43-66

<sup>122</sup> FOUCAULT, Michel. "La gubernamentalidad[...], *op. cit.*, p. 12

mismo que el de ellos[...] quienes se oponían a la *razón de Estado*, intentaron comprometer este nuevo arte de gobernar, denunciando en él la herencia de Maquiavelo[...] la *razón de Estado* supone, sin embargo, la emergencia de un tipo de racionalidad extremadamente –aunque sólo en parte– diferente de la de Maquiavelo”.<sup>123</sup>

Señala M. Senellart que la soberanía para Foucault es un cierto tipo de poder cuya fuente es una voluntad que se manifiesta bajo la forma de leyes y se impone por la obediencia.<sup>124</sup> Voluntad, ley y obediencia son términos que definen, de hecho, una relación circular de poder en sí mismo. La ley que impone el soberano, de donde su voluntad toma su legitimidad le autoriza hacerlo, en efecto, como bien público y ello traduce esencialmente en obediencia a la ley por parte del resto de la población. El soberano no requiere más que la sumisión a la soberanía.<sup>125</sup> Foucault habla de la batalla difusa, polimorfa y permanente por el poder: “El ejercicio del poder consiste en conducir conductas y en controlar probabilidades. El poder en el fondo, está menos en el orden del enfrentamiento entre dos adversarios, que en el sometimiento de uno a otro que en el orden del gobierno está dentro de éste como 'modo de acción sobre las acciones de otros' y no dentro del consentimiento o la violencia”.<sup>126</sup>

---

<sup>123</sup> Ver: FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim: Hacia una crítica de la *razón política*", en *Tecnologías del yo (Y otros textos afines)*, Paidós e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Traducción de Mercedes Allendesalazar, Barcelona 1996 (3a reimpresión), p. 125

<sup>124</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 22

<sup>125</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 22

<sup>126</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 23.

En ese mismo tenor, L. C. Amezúa nos recuerda que "El uso más próximo al actual de la palabra Estado lo hace a veces Maquiavelo, sobre todo en *El Príncipe*, destacando la diferencia entre el sujeto y el objeto del mandato, y significa poder político, preeminencia, autoridad que se ejercita sobre una determinada agrupación de hombres. En breve se llamará soberanía a esa capacidad de unir todos los recursos en una organización racionalizada de poder, que ordena y pacifica, suprema en el interior e independiente frente al exterior. Pero aún no designa el sujeto pleno de Derecho, el soberano bodiniano capaz de *donner et casser la loi*, cuya autosuficiencia jurídica se manifiesta históricamente en la *potestas iuris condendi* en cuanto centro de imputación de normas".<sup>127</sup>

Por su lado, C. J. Friedrich nos recuerda, en este mismo sentido, que James Harrington en su obra *System of Politics* señala que *El Príncipe* de Maquiavelo no se refiere a la *razón de Estado* sino a *la razón de una tiranía*.<sup>128</sup> La razón de Estado, para esta corriente, nace con los tratados o tratadística de la razón de Estado.<sup>129</sup>

#### **d) Para Maquiavelo era imposible problematizar sobre la *razón de Estado***

Se le atribuye a Carl Joachim Friedrich<sup>130</sup> esta teoría. Para él la *razón de Estado* es el conflicto que se genera entre el sistema de valores y el imperativo de seguridad. En sus palabras "La tendencia constante de las

---

<sup>127</sup> AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...].", *op. cit.*, p. 185-6

<sup>128</sup> FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 36

<sup>129</sup> También vemos esta esta postura en las siguientes obras: BALDINI, Enzo. *Botero et Lucinge: Les racines de la Raison d'Etat*; VASOLI, Cesare. "Machiavel inventeur[...].", *op. cit.*

enseñanzas cristianas que predicaba una guerra justa en defensa y para la propagación de la fe se transformó lo que más tarde se conocerá como la '*razón de Estado*' en su forma mas precisa (*acute*). Este asunto ha sido usualmente tratado como el particular problema de Maquiavelo y los maquiavelistas. Pero demostraré que el problema ni siquiera existió para Maquiavelo, debido a que el problema de la *razón de Estado* se convierte en realidad cuando existe un choque entre los mandatos de la ética individual de alta jerarquía y las necesidades y exigencias de seguridad y supervivencia de las organizaciones que se ven amenazadas. Para la *razón de Estado* no hay nada más que la doctrina que señala que lo que se requiera para asegurar la supervivencia del Estado de hacerse por la persona responsable del mismo, sin importar que tan repugnante sea el acto para ellos personalmente (*in their private capacity*) como hombres decentes y morales[...] lo que es verdaderamente racional no necesariamente debe de ser absolutamente claro, es entendido como auto-evidente".<sup>131</sup> Él considera que para Maquiavelo no hay un bien superior al Estado, sino que el Estado mismo "es el que se trata del bien supremo y todo incluyente, por lo tanto no necesita justificar los medios que se pueden emplear para la adquisición o expansión de un Estado. Señala que *esta fuera de toda discusión* lo que refiere a la seguridad y sobrevivencia del Estado".<sup>132</sup>

---

<sup>130</sup> SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 25

<sup>131</sup> (Traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p.4-5

<sup>132</sup> (Traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 23

#### D. El significado de la idea de la *razón de Estado*

El término *razón de Estado*, desde sus orígenes, ha tenido varias percepciones que han dependido de los fines de la organización política o de los valores superiores que haya pretendido asegurar.<sup>133</sup>

Algunas explicaciones sobre la idea de la *razón de Estado* parten de su naturaleza –o de sus orígenes– mientras que otras lo hacen desde la óptica de su teleología –o fines. Sin embargo, ambas concepciones están íntimamente relacionadas, ya que, dependiendo de la posición que se asuma de la naturaleza –de la *razón de Estado*– se verá afectada la comprensión de sus fines.

Las concepciones que parten de la naturaleza de la *razón de Estado* se diferencian, entre los que la ven como una doctrina que marcaba los lineamientos o ejes con base en los cuales el Príncipe –como encargado de la administración del Estado– debía gobernar y ejercer el poder; de los otros que la entendían como *un resorte útil al Príncipe* exclusivamente; es decir, como un instrumento para el ejercicio de su propio poder. Por lo tanto, la *razón de Estado*, podría ser entendida como el medio idóneo para buscar ciertos fines concretos: (i) la conservación del poder en manos del Príncipe, o (ii) la preservación de la forma en la que se organizan los Estados o bien su fortalecimiento y expansión.<sup>134</sup> Esta diferencia nos reconduce al debate que

---

<sup>133</sup> Para Manuel García Pelayo se trata de “[...]expresión equívoca de una idea clara”. Ver: GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1183. También Ver: LAZZERI, Christian; REYNIÉ, Dominique. "Introduction", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, París 1992, p. 10; GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...], *op. cit.*, p. 21-2; PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. IX

<sup>134</sup> Ver: FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 19-20

revisamos anteriormente entre la buena y la mala *razón de Estado*: la *razón de Estado* contra el *maquiavelismo*.<sup>135</sup>

Para diversos autores –como G. Peces-Barba, B. Clavero y R. del Águila–<sup>136</sup> la *razón de Estado* consiste en el *criterio último de justificación de la acción política* que tiene por objetivo la conservación y crecimiento del mismo Estado.<sup>137</sup> La *razón de Estado* como justificación se empleaba cuando no había otro argumento que usar.<sup>138</sup> Se invocaba, cuando no se podía o no había otra razón que permitiera transgredir las normas morales y jurídicas, gracias a lo cual se lograra conservar el orden y seguridad o bien la adquisición, conservación o expansión del Estado.<sup>139</sup> Desde sus orígenes, la

---

<sup>135</sup> Esta discusión en su época fue reconocida por Ludovico Setalla. Ver: SETTALA, Ludovico. De la razón de Estado (En Siete Libros), Ed. FCE, Traducción de Carlo Arienti, Madrid 1988, p. 46-7

<sup>136</sup> Ver: PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Tránsito a la modernidad y Derechos Fundamentales, Ed. Mezquita, Madrid 1982, p. 47-8. Ver: CLAVERO, Bartolomé. Razón de Estado, Razón de Individuo, Razón de Historia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 12.. Ver: DEL ÁGUILA, Rafael. "Razón de estado y[...], *op. cit.*, p. 11

<sup>137</sup> PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. X

<sup>138</sup> Nos dice Rafael del Águila que "[...]la justificación de las transgresiones necesarias para la consecución del bien político perseguido. Justificación de las transgresiones éticas (para proteger "el bien de la comunidad/Estado"), de la priorización de ciertos valores (seguridad antes que libertad, potenciación antes que solidaridad). En realidad, el mecanismo de la *razón de Estado* funciona ahora como fórmula que ligaría la legitimidad de ciertas acciones con la importancia de los fines que se persiguen. La aplicación de este mecanismo de justificación se revela importante cuando las acciones en cuestión son injustificables por otros medios. Es decir, cuando la justificación legitimadora no puede proceder mediante un sencillo encadenamiento normativo porque la acción contiene una transgresión o una priorización de los valores que resulta problemática. O sea, cuando no es posible decir: tal acción X está justificada porque promueve tal valor Y, siendo X e Y valores legítimos que se refuerzan mutuamente. Si X e Y pertenecen a universos valorativos incompatibles o antagónicos, si resulta necesario transgredir unos para afirmar otros, si los medios utilizados en la persecución del fin contradicen temporalmente el fin mismo, si se establece una prioridad valorativa de la que tenemos dudas pero se afirma su excepcionalidad, etc., entonces la *razón de Estado* puede aparecer jugando en el terreno que le es propio". DEL ÁGUILA, Rafael. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 98. Asimismo, Ver: DEL ÁGUILA, Rafael. "Razón de estado y[...], *op. cit.*, p. 11

<sup>139</sup> Acerca de las condiciones que se deben dar para hacer uso de la *razón de Estado*, García Pelayo nos remite a la doctrina del siglo XVII en donde argumentaban que dichas condiciones para su uso eran 'su necesidad absoluta' el 'exceso de otros derechos', la 'utilidad pública' y

*razón de Estado* le da agilidad a las decisiones y actuaciones políticas en aras de la consolidación del poder soberano.<sup>140</sup> La *razón de Estado* era una *necesidad* que buscaba fines concretos: *potenciar un Estado y alcanzar una paz y un orden*,<sup>141</sup> en una época de disturbios provocados por conflictos de diversa naturaleza.

El uso de la expresión de la *razón de Estado* por los gobernantes significaría legitimar cualquier tipo de acción, lo cual sería en términos generales, reconocerle al Estado un "poder sin trabas", además de con ello justificar cualquier "derogación de la ley", creando un "privilegio exorbitante". La *razón de Estado* se entiende, bajo esta óptica, como sinónimo de arbitrariedad, que durante la tiranía, o en momentos de crisis de los Estados servía para garantizar su seguridad o potenciación.<sup>142</sup>

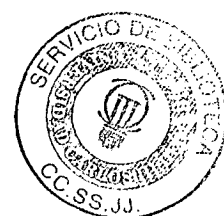
Friedrich Meinecke nos dice que, la *razón de Estado* es, en su cita más conocida: "[...]la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. La *razón de Estado* dice al político lo que tiene que hacer para mantener al Estado sano y robusto[...] la *razón de Estado* indica también los caminos y las metas de este crecimiento[...] el Estado constituye una individualidad con una idea vital peculiar, en la cual las leyes generales son modificadas por una estructura y un ambiente singulares. La *razón de Estado* consiste, pues, en

---

'que el acto no pueda ser imputado a otro motivo que a la *razón de Estado*'. GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1208

<sup>140</sup> Ver: CLAVERO, Bartolomé. *Razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 24

<sup>141</sup> Bartolomé Clavero señala que "no sólo se trataba por supuesto de poder matar, sino también de poder hacer otras cosas que sirvieran para potenciar un Estado, como procurarse recursos al margen de usos y acuerdos de unos estados; al propósito se valoraron formas de riquezas distintas a las eclesiásticas y nobiliarias". CLAVERO, Bartolomé. *Razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 29





reconocerse a sí mismo y su ambiente y en extraer de este conocimiento las máximas del obrar. Estas revestirán siempre, a la vez, un carácter individual y general, permanente y mudable; se modificarán fluidamente de acuerdo con los cambios en el Estado mismo y en su ambiente, pero tendrán también que responder a la estructura permanente del Estado en general[...] Vivir libre e independientemente no significa otra cosa para el Estado que seguir la Ley que le dicta su *razón de Estado*".<sup>143</sup>

En casi los mismos términos, C. J. Friedrich nos dice que la *razón de Estado* "es un principio de acción política, la ley motora del Estado; la cual, le dice al hombre de Estado lo que debe hacer para mantener y fortalecer a la comunidad, ya que el Estado es una formación orgánica cuya máxima fuerza se mantiene si de alguna manera puede continuar creciendo. La razón de Estado indica los caminos y los medios de su crecimiento[...] si la razón de Estado incluye todo aquello que el hombre de Estado debe hacer bajo cualquier circunstancia carece de todo significado específico[...] sería mejor entonces hablar de reglas que 'usualmente' funcionan, ya que comúnmente se cuestiona la noción de reglas inalterables".<sup>144</sup>

Para Luigi Ferrajoli la *razón de Estado* es una *norma de la acción política* que tiene como objetivo alcanzar el bienestar del Estado y por consiguiente divergente de cualquier otro valor vinculante para el Estado como lo pueden

---

<sup>142</sup> La expresión de Luis XIV "l'Etat c'est moi" cristaliza esta noción.

<sup>143</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 3-4. En palabras casi idénticas José A. Fernández-Santamaría siguiendo a G. L. Mosse nos dice que la *razón de Estado* es "el arte de lo posible en la política", es "<la máxima de acción política que dice al hombre de Estado lo que ha de hacer para conservar la salud y el poder de éste>". FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 14

<sup>144</sup> (Traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 123

ser los derechos fundamentales.<sup>145</sup> Asimismo, considera que, la *razón de Estado* es "una fuente de legitimación autónoma –extralegal, extramoral, extrasocial, extrareligiosa y específicamente *política*– de las decisiones y los medios adoptados para tal fin. Está claro que esta idea de la *razón de Estado* es estrictamente moderna, al contradecir, en cuanto principio de autofundamentación y autorregulación de la política, el modelo medieval y cristiano de la sujeción del poder político a la voluntad divina y a los vínculos de naturaleza moral y religiosa. Nace con el Estado y la política moderna y su proceso de secularización; es coetánea del desarrollo de los Estados absolutos y nacionales como potencias en competencia entre sí; está conectada con la doctrina de soberanía del Estado, como suprema potestas que tiene en sí misma y no en otra sede su principio de legitimación; y se confunde, finalmente, con la idea de la primacía y la autonomía de la política, así como su crítica coincide con la crítica a esta concepción y a esta práctica de la política".<sup>146</sup>

Como vimos, a fines del siglo XVI y mediados del siglo XVII, en España e Italia principalmente, se dio un amplio desarrollo de la *razón de Estado* en "tratados" y "opúsculos".<sup>147</sup> Estos "tratados", que por lo general se identifican con el movimiento contrareformista establecían reglas prácticas de gobierno,

---

<sup>145</sup> Nos recuerda Ferrajoli, que Voltaire dijo que la *razón de Estado* "<No es más que una palabra inventada para servir de excusa a los tiranos>". FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón (Teoría del garantismo penal), Ed. Trotta, Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocio Cantarero Bandrés, 3a ed., Madrid 1998, p. 813

<sup>146</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón[...], *op. cit.*, p. 813. Bartolomé Clavero llega a decir que la política nace como *razón de Estado*. Ver: CLAVERO, Bartolomé. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 31

<sup>147</sup> Ver: PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. IX

o bien, en palabras de Javier Peña, se trataba de "un código de reglas prudenciales acerca de cómo puede el gobernante conservar (y en su caso aumentar) el poder (cuya legitimidad no se discute): qué estrategias ha de desplegar, cuáles son los riesgos, y cuáles los límites que no es posible transgredir; cómo comportarse en relación con el pueblo, con los consejeros, con los aliados, con los enemigos; cómo adquirir autocontrol y la reputación necesarios, distribuir premios y castigos, etc".<sup>148</sup> La *razón de Estado* marcaba sus objetivos y fines concretos, así como los medios para llegar a los mismos en los tratados aludidos.

El Estado, para mantenerse, potenciarse y expandirse requiere del saber que le permitirá tomar las medidas adecuadas para tales fines. Para lograr este saber se fomenta el desarrollo de la "estadística o aritmética política".<sup>149</sup> En este sentido, D. Reynié nos demuestra históricamente como se originó la estadística, como instrumento al servicio de la *razón de Estado* (entendida ésta como el conocimiento perfecto de los medios a través de los cuales el Estado se forma, se refuerza, se mantiene y se expande). Para el autor en mención, la finalidad última de la *razón de Estado* es gobernar a las personas a través de la organización de su conducta. Retoma a Foucault con su binomio soberanía–disciplina, que parte de la comprensión de que la primera se ejerce sobre un territorio mientras que la segunda sobre las personas, presuponiendo a su vez que estas últimas son como la "causa universal de las sediciones".<sup>150</sup> Desde el siglo XVII el Estado tiene el "interés es conocer la

---

<sup>148</sup> PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XXVI

<sup>149</sup> FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim[...], *op. cit.*, p. 126

<sup>150</sup> REYNIÉ, Dominique. "Le regard souverain[...], *op. cit.*, p. 66

naturaleza del Estado, sus mecanismos de defensa y respuesta, saber también cómo convertir la irritante coexistencia necesaria entre sus elementos constitutivos en apetecible armonía a través de las funciones y las jerarquías organizadas para que manteniendo la salud de las partes se mantenga la salud del todo".<sup>151</sup>

El arte de gobernar de fines del XVI y principios del XVII se cristaliza por primera vez en la *razón de Estado*, "en un sentido positivo y pleno: el Estado se gobierna según reglas racionales que le son propias, que no se deducen ni de las solas leyes naturales o divinas, ni de los solos preceptos de prudencia o de sabiduría; el Estado al igual que la naturaleza tiene su racionalidad propia aunque sea de tipo distinto. Inversamente, el arte de gobierno, en vez de intentar encontrar sus fundamentos en reglas trascendentes en un modelo cosmológico o en un ideal filosófico-moral, deberá encontrar los fundamentos de su racionalidad en lo que constituye la realidad específica del Estado".<sup>152</sup>

Después de la época de la tratadística la *razón de Estado* se entenderá como el conocimiento de medios apropiados para fundar, conservar e incrementar cierta dominación. Debemos entonces evitar la confusión entre política y *razón de Estado*, marcando que ésta última es el arte que parte de la ciencia política, que se encarga principalmente del bien público y la *razón de Estado* del bien de aquéllos que liderean la república.<sup>153</sup> Así, R. Uvalle nos dice lo siguiente: "Como directriz del quehacer del Estado, la *razón de Estado* señala

---

<sup>151</sup> GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...], *op. cit.*, p. 8-9

<sup>152</sup> FOUCAULT, Michel. "La gubernamentalidad[...], *op. cit.*, p.19

<sup>153</sup> Ver: SENELLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne[...], *op. cit.*, p. 42

rumbos, medios y ardidés para la mejor conservación del Estado. Si algo la distingue, es que no se trata de acrecentar el poder del gobernante, sino del Estado como institución. Lo primordial es la subsistencia estatal. Por ello, es importante la capacidad del gobernante para actuar en nombre del Estado sin que ello implique discrecionalidad amplia, sino sujeta a limitaciones".<sup>154</sup>

Finalmente y retomando la idea esbozada acerca de la estrecha vinculación entre los intereses del Príncipe y los del Estado, no podríamos afirmar que la *razón de Estado* como tal busque, como principio o fin, marcar los lineamientos adecuados para legitimar y sostener el poder o señorío de los Príncipes; pese a que el uso de la *razón de Estado* como tratadística y como criterio de justificación hayan dado como resultado la proliferación de tiranías. La *razón de Estado*, por tanto, no marca los pasos que el Príncipe debe seguir para conservar sus dominios, sino que señala los medios a través de los cuales puede lograr el robustecimiento del Estado. De lo anterior, podríamos decir que la *razón de Estado*, al buscar el beneficio del Estado, puede a su vez estar buscando el beneficio del mismo Príncipe.<sup>155</sup> Los intereses pueden llegar a confundirse de tal forma que se beneficien poder (entendido aquí como Príncipe, rey, gobernante, entre otros) y súbditos recíprocamente, por ejemplo: "La *razón de Estado* fuerza al impulso por el poder a ponerse al servicio de ciertas necesidades generales, pero aquel impulso fuerza, a la vez, a este servicio dentro de determinados límites".<sup>156</sup> En este sentido, se trata de una situación distinta, y compleja, ya que los

---

<sup>154</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 306

<sup>155</sup> Ver: MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 9

<sup>156</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 12

intereses personales y los del Estado se fusionan porque el legitimado para determinar cuál es el interés del último es el propio gobernante; y por tanto, "Es precisamente la frecuente apelación al interés público para enmascarar el interés privado del gobernante lo que hace sospechosa la invocación de la *razón de Estado*".<sup>157</sup> La *razón de Estado* podría ser el bien público del rey y del reino;<sup>158</sup> a pesar de que no busca expresamente el beneficio del primero sino del segundo. Al respecto, Ricardo Uvalle nos dice lo siguiente: "[...]la pieza principal en la *razón de Estado* no es la figura del Príncipe, sino la preservación en conjunto del Estado y que su poder organizado sea refrendado con la articulación eficaz de los medios y fines. Para la *razón de Estado*, el gobernante es el responsable de su cuidado y plenitud. El Estado es tan vigoroso como vigorosas sus acciones. Como obra humana, puede tener fortalezas y también debilidades. A la *razón de Estado* le preocupan las primeras sin descuidar que las segundas son contrarias a él y pueden provocar su caída".<sup>159</sup>

La *razón de Estado* como justificación está ligada estrechamente a la idea de soberanía, a la de *seguridad del Estado* y a la de *autodefensa de la comunidad*.<sup>160</sup> Esta autodefensa y búsqueda de la seguridad se puede dar frente a un enemigo interior o exterior.

---

<sup>157</sup> PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. X

<sup>158</sup> Idea original de Kantorowicz tomado de POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis[...], *op. cit.*, p. 83

<sup>159</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 252

<sup>160</sup> DEL ÁGUILA, Rafael. "Razón de estado y[...], *op. cit.*, p. 11

Los fines que se persiguen con los actos justificados en la *razón de Estado* son "el bien del Estado y de la comunidad nacional encerrada en él" por medio de "la afirmación" y "extensión" del poder.<sup>161</sup> La seguridad del Estado es, para los Estados mismos, un fin moral que podría ser considerado como el más importante.<sup>162</sup>

La *razón de Estado*, siguiendo a Lazzeri y Reynié, se encuentra en la frontera de la autoridad legítima y el poder tiránico,<sup>163</sup> pero se entiende más como un modelo de actuar político que se desprende o desvincula del maquiavelismo como R. del Águila concluye. En suma, la *razón de Estado* se compone de cuatro *piezas esenciales*: (i) *un saber cierto y seguro* sobre los problemas y los medios existentes para su solución,<sup>164</sup> (ii) la presencia de un fin supremo<sup>165</sup> que vincula al actor político,<sup>166</sup> (iii) la monopolización del uso de la

---

<sup>161</sup> Ver: MEINECKE, Friedrich. *La idea de la razón[...]*, *op. cit.*, p. 4

<sup>162</sup> Ver: POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis[...]", *op. cit.*, p. 85

<sup>163</sup> LAZZERI, Christian; REYNIÉ, Dominique. "Introduction[...]", *op. cit.*, p. 9-10

<sup>164</sup> Del Águila al respecto señala que se trata de "Un saber cierto y seguro ('científico') sobre la eficacia y la estrategia[...] ahora la *razón de Estado* intenta retrotraer el problema a un saber seguro, a unas reglas fijas y a una solución eficiente de la inseguridad de la acción. La contingencia y la apertura del mundo son reducidas a reglas".

<sup>165</sup> Al respecto, Ver: ZARKA, Yves Charles. "Introduction: Philosophie politique[...]", *op. cit.*, p. 3

<sup>166</sup> R. del Águila nos dice que es el "orden legitimatorio superior: la protección del Estado entendida como la protección de todos, la protección del orden, de un orden 'necesario y justo', del orden divino o de 'nuestro orden', del orden tradicional o del orden racional, etc. Este vínculo con un orden 'superior' elimina las ideas de capricho o interés del poderoso o interés faccional que inundaban el modelo del maquiavelismo (y que desde ahora se considerarán 'malas razones de Estado'), 'rescata' el problema de su mera consideración técnico estratégica y dota de fuerza legitimadora al sujeto que persigue estos fines mientras justifica los medios transgresores 'necesarios' para lograrlos".

fuerza legítima o coacción en el Estado,<sup>167</sup> y (iv) la subsunción del actuar a *reglas racionales claras y lógicas*.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> Para R. Del Águila "Esta reivindicación de sujeto y fines es crucial para la disciplina de la *razón de Estado* y es la que ofrece la posibilidad de conectar con la tercer pieza: ahora el orden legitimatorio superior necesita para actualizarse de un aparato coercitivo, primordialmente un Estado, que funcione como protector de la comunidad, del orden en el que se asienta y de los fines a los que sirve. De este modo, aparecen objetivos 'mas altos' y 'más allá' de la mera supervivencia. Así, la 'salvación del alma' o la 'emancipación humana' o la 'autenticidad de nuestro modo de vida' parece que también necesitan de un aparato coercitivo para sobrevivir, potenciarse y desarrollarse. Se concreta así un vínculo indisoluble entre lo 'bueno' (el alto fin digno de ser protegido y desarrollado) y lo 'malo' (la coerción y, en general, los medios transgresores necesarios). Es más: lo 'bueno' sólo se hace accesible a través de lo 'malo'. Finalmente, lo 'malo' deja de serlo y los altos fines se unen inextricablemente al orden político y al dominio específico que refleja para producir seguridad en la comunidad y defensa y promoción del propio modo de vida. las *razones* de Estado se convierten propiamente en razones de *Estado*. La defensa de la seguridad alcanza así un nuevo nivel y se convierte en poder pastoral necesario para potenciar, engrandecer y ampliar el dominio estatal y, con ello, el vínculo del aparato coercitivo con sus altos fines[...]En el Barroco el Estado se alió con la salvación de las almas y con el reforzamiento pastoral de la homogeneidad y la unidad 'necesarias' a esta tarea. En la modernidad, la aparición del pueblo y la nación que se tornan autónomos mediante el uso de la razón parece cambiar drásticamente los términos del problema[...] El poder pastoral unifica e individualiza, convierte en homogéneos a los ciudadanos y su voluntad, de modo que aquéllos resultan ser a la postre más 'iguales' porque son más uniformes. En este contexto, los representantes se ajustan a la razón (tan homogénea como debe serlo la voluntad común), generando la idea de que la autonomía ciudadana procede de aquéllos que gobiernan (los representantes mismo, el parlamento, etc.) antes que del ejercicio directo y participativo del juicio ciudadano[...]las maneras en las que el orden político coactivo (el Estado) 'representa' su vínculo con los altos fines es diferente, el contenido de esos fines evidentemente también lo es, pero la búsqueda de ese vínculo y la homogeneidad que está en su base han permanecido idénticos[...]"

<sup>168</sup> Además, dice Del Águila "[...]la armonización de las tensiones y la reunificación del mundo. Dado que la justicia universal (religiosa o racional) debía unirse al orden coactivo local que persigue el bien común para actualizarse, se generan importantes tensiones con las que hay que tratar. Pero dado que el saber que ordena a la *razón de Estado* es un saber 'cierto y seguro', 'científico e indudable', entonces la prudencia no puede ayudarnos en esto y necesitamos reglas racionales claras y lógicas[...] La armonización perfecta de justicia y bien común, moral y seguridad, ética (individualista) y (ética) política, fines y medios, principios y consecuencias, lo honesto y lo útil, el derecho y la democracia, la justicia procedimental y la justicia sustantiva, el individuo y la comunidad política, la autonomía y la autenticidad, ha exigido usualmente la eliminación de uno de los polos de las dicotomías o la reducción absoluta de uno a otro (la justicia es el bien común, la moral consiste en la seguridad, etc.)[...] Contemporáneamente, la autenticidad de las identidades (básica pero no exclusivamente nacionales), la prioridad de los derechos y el poder de los jueces, aspiran a ocupar los lugares clave. En cualquiera de estas variantes, la política consiste en hacer al tiempo lo justo y lo conveniente, cumplir con los principios mientras nos beneficiamos de las consecuencias, ser buenos y fuertes, vivir seguros siendo justos, obtener poder mediante un comportamiento escrupulosamente ético, incrementar nuestra fuerza y nuestra riqueza a través de acciones moralmente irreprochables". DEL AGUILA, Rafael. *La senda del mal*..., *op.cit.*, p. 357-60



### E. La dirección de la *razón de Estado*

La *razón de Estado* –siguiendo a Meinecke– se motiva en dos impulsos: uno general y uno individual. El general se refiere a que todos los Estados obedecen al mismo impulso, es decir, buscan dar uso de este instrumento para los fines concretos de conservarse, potenciarse y expandirse. El segundo impulso –el individual– se refiere a las acciones concretas que responden al principio de necesidad y oportunidad; es decir las exigencias urgentes que se les presentan, y frente a las cuales se deberá actuar con toda velocidad y cuyos medios incluso pueden llegar a violentar leyes éticas y jurídicas. En palabras de F. Meinecke: “Lo individual en el obrar, según la *razón de Estado*, nos aparece así como la consecuencia necesaria de un principio general”.<sup>169</sup>

Podríamos decir que ese impulso general se expresa en todo momento en la vida de los Estados, en las medidas pacíficas que toman para conservarse, potenciarse y expandirse. Por otro lado, el impulso individual, se refiere a todas las medidas emergentes, o incluso podríamos decir de confrontación – que no necesariamente tienen que llegar al uso de la fuerza o coacción, pero pudiendo llegar a ella. Desde el *barroco* español, se diferenciaba entre la *razón de Estado* civil y militar, y cómo ambas se distinguían a partir de su búsqueda por la conservación del Estado frente a diversos peligros.<sup>170</sup>

La *razón de Estado* civil se entendía como el conocimiento y la aplicación de todos los medios necesarios para prevenir la *traición*. Esto se llevaba a cabo

---

<sup>169</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 4

<sup>170</sup> Tomado de FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 22-9

a través del diseño de reglas de gobierno guiadas por la *justicia* y la *prudencia* con lo cual sería asequible la paz interna del Estado. En caso de que la *razón de Estado* civil dejara de ser eficiente o vigente entraría en acción la *razón de Estado* militar.<sup>171</sup>

La *razón de Estado* militar<sup>172</sup> se encargaba de la *preparación* de los ejércitos y armadas, incluida la organización de la diplomacia.<sup>173</sup> Esta *razón de Estado* militar se dividía en ofensiva (adquisitiva) y en defensiva (conservativa). La razón militar conservativa, se aplicaba tanto al interior en los casos de sublevación y traición, como al exterior en casos de ataques o conspiraciones.<sup>174</sup>

Para prevenir las amenazas y ataques del exterior, la *razón de Estado* militar establecía “un plan general que, combinando medidas preventivas y conservativas, permita la defensa del Estado amenazado desde fuera; es

---

<sup>171</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 28-9

<sup>172</sup> Para Ricardo Uvalle "Como elementos consustanciales a la *razón de Estado*, los medios de defensa y conservación que los estados utilizan son variados, pero no menos efectivos. Son recursos relacionados con la inteligencia política y militar; las fuerzas represivas (policía, ejército, espías, grupos paramilitares y tecnología sofisticada) a través de las cuales es posible localizar movimientos insurgentes y subversivos. Incluyen también el armamento de aire, mar y tierra". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 318

<sup>173</sup> Fernández-Santamaría señala que lo militar-diplomático se identifica con “lo que hoy generalmente llamaríamos política exterior”. FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 28

<sup>174</sup> Ricardo Uvalle considera que "Las fuerzas del Estado son elementos de combate y destrucción según sea el caso que las moviliza. Son utilizadas cuando el Estado advierte peligros que se manifiestan tanto en su interior como cerca de sus fronteras con el exterior. El señorío de los Estados combina potestad y acciones para derrotar adversarios. Es el caso de la conquista y la defensa de los territorios donde los estados obran sin contemplación hasta conseguir los resultados esperados. Por otra parte, en las sociedades 'democráticas' la *razón de Estado* tiene manifestaciones que tienden a la conservación invocando formas políticas para consumir actos que tienen como objetivo evitar el desplazamiento de posiciones de poder". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 319

decir, lo que bien puede llamarse esbozo de política extranjera".<sup>175</sup> Esta política extranjera debería utilizar los medios convenientes a largo plazo, como por ejemplo "estudios de la paz, treguas, neutralidad, alianzas, simulación, inteligencia militar, valor, destreza[...]".<sup>176</sup> Finalmente, la *razón de Estado* militar adquisitiva es aquella que se ocupaba del *aumento del Estado* a través del uso correcto de "los medios a mano para conseguir el engrandecimiento de la república".<sup>177</sup>

A pesar de estos ejercicios taxonómicos, siguiendo a C. J. Friedrich, los ámbitos de aplicación de la razón de Estado al interior y al exterior se entremezclan entre sí.<sup>178</sup> Para James Harrington la razón de Estado al interior "[...] consists in balancing foreign princes and states in such a manner as you may gain upon them, or at least that they may not gain upon you". Por otro lado, la razón de Estado al interior "[...] is the administration of a government (being not usurped) according to the foundation and superstructures of the same if they be good, or so as, not being good, that they may be mended, or so as, being good or bad, they may be altered; or, the government being usurped, the reason of state then is the way and means whereby such

---

<sup>175</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. *Razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 24-5

<sup>176</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. *Razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 25

<sup>177</sup> FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. *Razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 25. "[...]la noción de *razón de Estado* alude también, históricamente, a la determinación de lo político desde la perspectiva de la objetivación del Estado como un sujeto con fines e intereses propios, al margen de los propósitos y apetitos personales de los titulares del poder, a la consolidación del Estado moderno y su aparato militar administrativo corresponde la idea de *razón de Estado* como racionalidad política técnica, neutralizada axiológicamente, vehículo instrumental al servicio de los intereses superiores del Estado[...]asegurar la estabilidad del Estado tanto respecto al interior como mirando al exterior, estrategias que requieren más ordenación y encausamiento que represión". PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XII

<sup>178</sup> C. J. Friedrich señala que "[...]internal and external security get hopelessly mixed up with each other". FRIEDRICH, C.J. *Constitutional Reason*[...], *op. cit.*, p. 2

usurpation may be made good or maintained".<sup>179</sup> Esta confusión viene dada por la vieja concepción de la influencia de los poderes extranjeros en la desestabilización de los Estados, para someter la política de los mismos a la voluntad de la potencia extranjera.<sup>180</sup> Para los Estados esas nociones de enemigos internos y externos no cobran diferencias en la dimensión de su respuesta: "[...]tan peligroso como el enemigo es el 'enemigo interior', esa 'quinta columna' que nos amenaza adoptando la apariencia de ser uno de nosotros".<sup>181</sup>

La *razón de Estado* tenía como ámbito de aplicación, o mejor dicho, se dirigía en principio a la población sobre la que se ejercía el poder *soberano*. Como tal entenderemos al Estado que ejerce su autoridad, en su territorio y sobre una población determinada (súbditos) a través de diversos medios (ejércitos, policías, fiscales, etc.).<sup>182</sup> En sus orígenes la *razón de Estado* era un "arte" que implicaba conocimiento de medios (cómodos y rápidos, es decir eficaces), que perseguía fines concretos mediatos-perpetuos (crecimiento,

---

<sup>179</sup> HARRINGTON, James. *The System of Politics*, en Harrington, James. *The Commonwealth of Oceana and A System of Politics*, Edited by J.G. Pocock, Cambridge University Press, Cambridge-UK 2001 (reimpresión), p. 291

<sup>180</sup> C. J. Friedrich señala que "This tendency is strikingly illustrated by Montesquieu's transformation of Locke's federative power into the executive power of his own doctrine. He accomplishes it by pointing out that dealing with foreign relations, the 'design of foreigners' of Locke, involves the problem of insurrection and the like. For they are often fomented by foreign powers, and furthermore he who seeks to overthrow the government puts himself in the position of a foreign enemy. It is therefore perhaps better to *accept* the difficulties resulting from this intermingling of external and internal security, as far as the broad theoretical discussion is concerned, than to attempt a separation, which would be artificial at best". FRIEDRICH, C.J. *Constitutional Reason*[...], *op. cit.*, p. 2

<sup>181</sup> Rafael del Águila ejemplifica esa peligrosa lógica del enemigo interno de la siguiente manera: "Los serbios no nacionalistas, los hutus moderados, los islamistas no fundamentalistas, los vascos no *abertzales*, los españoles demócratas, esos constituyen la mayor amenaza". DEL AGUILA, Rafel. *La senda del mal*[...], *op.cit.*, p. 229

<sup>182</sup> Ver: FERNÁNDEZ García Eusebio. *Entre la razón de Estado*[...], *op. cit.*, p. 2

expansión, felicidad y preservación de Estado) e inmediatos (orden y paz).<sup>183</sup> La *razón de Estado* impuso un nuevo *ethos* en el ejercicio del poder.<sup>184</sup> La *razón de Estado* es pues un fin en si mismo, el *telos* del gobierno, es por eso que diferencia *razón de Estado* como la voluntad de la ficción Estado que tiende a mantenerse y crecer con su instrumento que es el gobierno –la policía para Foucault.<sup>185</sup>

Esa noción de policía a la que se refiere Foucault se encarga casi en su totalidad de garantizar la gubernamentalidad de un Estado, se trata de un conocimiento entendido éste como arte, tratados o técnicas por medio de los cuales los Estados se fortalecen, *permanecen* y *crecen*, pero con el objeto de acrecentar la misma potencia del Estado.<sup>186</sup> La policía se relacionaba con el bien y orden públicos, incluida la religión, la moralidad, la salud, el abastecimiento, las carreteras, los canales, los puertos, las artes, las ciencias, el comercio, las fábricas, etcétera. La policía era, y es, instrumental, ya que le “permite al Estado aumentar su poder y ejercer su fuerza en toda su

---

<sup>183</sup> FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim[...], *op. cit.*, p. 123

<sup>184</sup> En palabras de Foucault: "La sustitución del principio-fin Dios, por el principio-Estado en el ejercicio del poder nos lo explica de la siguiente manera: "[...]el arte de gobernar tiene por modelo a dios cuando impone sus leyes sobre sus criaturas[...]bajo la denominación de <*razón de Estado*>, los siglos XVI y XVII buscaron principios susceptibles de guiar en la práctica a un gobierno. Su interés se centra en lo que es el Estado, lo que son sus exigencias". Más adelante señala: "Y así es como podemos comprender el escándalo religioso que levantó este tipo de investigación. Explica por qué la *razón de Estado* fue asimilada al ateísmo". FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim[...], *op. cit.*, p. 124

<sup>185</sup> Foucault dice que "La <policía> aparece como una administración que dirige el Estado, junto con la justicia, el ejército y la hacienda[...].Sin embargo, abarca todo lo demás[...]extiende sus actividades a todas las situaciones, a todo lo que los hombres realizan o emprenden. Su ámbito abarca la justicia, la finanza y el ejército". (p. 130) Inspirado en autores de la Contrarreforma, Foucault menciona los asuntos que deberían ser tratados por la policía a través de la regulación y vigilancia "1) la religión, 2) la moralidad, 3) la salud, 4) los abastecimientos, 5) las carreteras, 6) los canales y puertos, 7) las artes liberales (a grandes rasgos, las artes y las ciencias), 8) el comercio, 9) las fábricas, 10) la servidumbre y los labradores, 11) los pobres". FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim[...], *op. cit.*, p. 132

<sup>186</sup> FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim[...], *op. cit.*, p. 123

amplitud[...]".<sup>187</sup> La policía es un instrumento de la racionalidad del Estado –de la *razón de Estado*– o como R. Uvalle nos dice "El carácter positivo de la ciencia de la policía se finca en que el ejercicio del poder se apoya en una idea de la vida asentada en un tipo de sociedad y organizada con medios e instituciones que la preservan, desarrollan y multiplican. Como tecnología del poder, la policía es un reconocimiento de cuáles son sus verdaderas fuerzas; de cómo pueden incrementarse; sobre qué cimientos puede hacerse y qué resultados pueden esperarse".<sup>188</sup>

En este orden de ideas, la actuación a través de la traducción de la *razón de Estado* supone una aplicación de dichas políticas hacia el interior de los Estados. El conocimiento de los medios y recursos, y la aplicación de la fuerza para controlar cualquier tipo de sublevaciones y traiciones, supone una dirección de la política al interior de un Estado. Al gobernar a los hombres conforme a una nueva forma específica y reflexiva: la *razón de Estado*<sup>189</sup>, lo

---

<sup>187</sup> FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim[...], *op. cit.*, p. 136. La policía era considerada como la política misma que se encargaba de lo relativo al bien público; es decir, organizaba la vida social. Ver: PASQUINO, Pasquale. "Police spirituelle et Police terriene. Reinkingk, D. et Seckendorff", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Eds.) La raison d'Etat: politique et rationalité, PUF, Collection Recherches Politiques, París 1992, p. 83-113. En el siglo XVI un miembro del Consejo de Indias usando textos de Vitoria decía: "el Rey nuestro Señor no puede alzar la mano del gobierno destes indios, antes está obligado a regirlos y gobernarlos con buena policía dándoles leyes que los conserven en su ser para medida de su capacidad y juntamente ponerlos de doctrina bastante porque lleven la cristiandad comenzada adelante. Al retirarse España de aquéllos territorios daría lugar a que los indios volvieran a sus idolatrías". Tomado de PÉREZ-PRENDES, José M. "Estudio Preliminar" del Corpus Hispanorum de Pace, De Regia Potestate o Derecho de Autodeterminación, Volumen VIII, Editado bajo la dirección de Luciano Pereña, Madrid 1984, p. LXXVII. En este mismo sentido Ricardo Uvalle nos dice lo siguiente "El imperativo de la policía es diáfano: evitar el debilitamiento del Estado por causas originadas en enfermedades y males sociales. Cuando éstos se extienden, quiere decir que la vida de los individuos no es sana ni próspera". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 261

<sup>188</sup> UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 261

<sup>189</sup> Ver: SÉGLARD, Dominique. "Foucault et le problème du gouvernement", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, París 1992, p. 128

que se busca es el crecimiento y robustecimiento del Estado y ésta se logra en la medida en que se fortalezca él mismo.<sup>190</sup>

La aplicación de la *razón de Estado* hacia el exterior implica la limitación de las ambiciones de los otros Estados, la cual se daba por una serie de factores entre los que influían la integración de los dispositivos diplomático-militar además del policiaco.<sup>191</sup> Por consiguiente, la *razón de Estado* se expresaba en las relaciones entre los propios Estados, lo cual generó un problema teórico relacionado con la noción de "guerra justa". Los Estados siempre tenían una razón "justificable" para guerrear en contra de los otros. Esta tensión entre los Estados llegó a un punto de equilibrio natural de fuerzas cuando los Estados se rigieron por sus razones (de Estado).<sup>192</sup> En este sentido, Manuel García Pelayo marca una diferencia entre las aplicaciones de la *razón de Estado*, "una razón de naturaleza, una razón civil, una razón de guerra y una *razón de Estado*, cada una de las cuales deroga y

---

<sup>190</sup> En este orden de ideas y con el propósito de formular doctrinas adecuadas para los tiempos cambiantes de los siglos XVI y XVII, los neoescolásticos salmantinos "[...]no se ocuparon del tema más importante para los realistas políticos de la época, el deseo de afirmar tanto de facto como de jure que sólo la fuerza interna del Estado podía mejorar sus posibilidades de supervivencia en un medio reconocido abiertamente como hostil". Esta es la razón por la cual esos autores se refieren más a las relaciones entre los Estados que a la relación entre gobernantes y súbditos. Para Francisco de Vitoria, "el *ius gentium* no podía ser más que un instrumento normativo diseñado para ofrecer al hombre un camino sencillo hacia la armonía en un mundo en el que la unidad había sido sustituida por la pluralidad. Vitoria no se refería únicamente al poder persuasivo de las exhortaciones basadas exclusivamente en la razón. La evidente ingobernabilidad del hombre abrumaría, sin duda, el fundamento racional del derecho de gentes, haría realidad el potencial irracional del cambio y provocaría la transición de la armonía a la anarquía, del cosmos al caos. Era imperativo otorgar una propiedad coercitiva al *ius gentium*. Esta tarea podía ser cumplida idealmente por el *ius belli*, asentado ([...]) en la base incuestionable de la razón y expresado en la teoría de la guerra justa". FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, J.A. El Estado, la guerra y la paz (El pensamiento político español en el renacimiento 1516-1559), Ed. Akal Universitaria, Serie: Historia Moderna, Traducción de Juan Faci Lacasta, Madrid 1988, p. 72

<sup>191</sup> Siguiendo a Foucault, tomado de SÉGLARD, Dominique. "Foucault et le problème[...], *op. cit.*, p. 131

<sup>192</sup> Ver: TRUYOL Y SERRA, Antonio. Razón de Estado[...], *op. cit.*

corrige a las demás: así, la ley civil, al introducir la propiedad y los contratos, restringe la ley natural del uso común de bienes; la razón de guerra limita la razón natural y civil de declarar legítimos los derechos adquiridos por la espada; la razón de gentes limita la razón natural, la civil y militar mediante acuerdos internacionales; sin embargo, cada razón tiene sus confines inviolables dentro de los cuales no puede ser corregida ni derogada".<sup>193</sup> Por consiguiente, la *razón de Estado* nace y permanece en la misma noción del Estado para garantizarle su existencia, que en sus orígenes tuvo la utilidad de defensa de los países pequeños frente a los grandes, y después para mantener una cierta "pax" entre los Estados europeos de aquella época.

Para Sergio Pistone, el aspecto externo de la *razón de Estado* se refiere a la expansión,<sup>194</sup> que "consiste en la tendencia del Estado de aumentar su propia potencia frente a los otros estados y a tratar por el contrario de disminuir la ajena, usando para tales fines[...] los medios de la guerra, de las alianzas y las variadas posibilidades intermedias entre estas".<sup>195</sup> El aspecto externo se desarrolla sobre la idea de "política de potencia o *Machtpolitik*" que se da en el ámbito internacional. Las relaciones internacionales se definen, desde el nacimiento del Estado, como anárquicas por basar en la buena fe las relaciones entre Estados autónomos y soberanos. Se trata de "una situación, para ser más precisos, en donde las relaciones entre los estados están

---

<sup>193</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1205-6

<sup>194</sup> Meinecke también trata este tema al final de su obra cuando se refiere a la vis expansiva del capitalismo, cuando llega también el desarrollo industrial y su vínculo con el militarismo. Ver: MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 429-34

<sup>195</sup> PISTONE, Sergio. Voz: "Razón de Estado", en Diccionario de Política, Vol. 2 (L-Z), dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, redacción en español por José Aricó y Jorge Tula, Ed. Siglo XXI, 2a ed., Madrid 1983, p. 1383



reguladas por la ley del más fuerte, y donde consecuentemente ningún Estado puede descuidar alguna ocasión para incrementar su potencia y debilitar la de los otros".<sup>196</sup> Por esta realidad descrita y por la desconfianza que los Estados se tienen entre sí, los Estados se asocian para crear instituciones de Derecho Internacional, lo cual supone controlar su impulso o inclinación natural de expansión.<sup>197</sup>

Sergio Pistone, sin embargo, muestra que hay dos corrientes teóricas que explican la influencia recíproca –o interdependencia– que existe entre la razón de Estado dirigida hacia el interior y la dirigida hacia el exterior. Considera que una de ellas se define por la existencia de un *predominio de la política interna respecto de la política exterior*, lo cual significa “que los problemas de los conflictos internacionales y de la paz son puestos esencialmente en relación con la existencia de determinadas estructuras internas que implican una actitud pacífica a nivel de las relaciones internacionales y con la oposición de estructuras internas que implican una actitud agresiva y belicosa”.<sup>198</sup> Por otro lado, está la que considera que existe un *predominio de la política exterior*, en donde la política exterior del Estado-potencia, del Estado poderoso, influye en la vida interna del Estado y por consiguiente en sus políticas de seguridad interior.<sup>199</sup>

---

<sup>196</sup> PISTONE, Sergio. Voz: "Razón[...], *op. cit.*, p. 1385

<sup>197</sup> Ver: MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 17

<sup>198</sup> PISTONE, Sergio. Voz: "Razón[...], *op. cit.*, p. 1385

<sup>199</sup> Ver: PISTONE, Sergio. Voz: "Razón[...], *op. cit.*, p. 1386



## F. La *razón de Estado* contemporánea

La teoría de la *razón de Estado* consiste en la racionalización del constante impulso que busca incrementar y consolidar el poder (potencia) del Estado, aun cuando se violen normas morales y jurídicas. Su poder o potencia es el medio gracias al cual un Estado puede lograr los fines que se proponga (dependiendo de sus circunstancias socio-políticas).<sup>200</sup> Este impulso, general e individual en los términos de Meinecke, sirve para que los Estado – inclusive los Estados Democráticos de Derecho– puedan conservarse, potenciarse y expandirse.

Con el paso del tiempo, sin embargo, el nombre de la razón de Estado cambió.<sup>201</sup> Es difícil encontrar literatura en la que se haga referencia a la razón de Estado como tal en la actualidad, más bien nos encontramos menciones o referencias en textos jurídicos o políticos, sentencias y legislaciones que hacen referencia a la seguridad nacional o interés nacional,<sup>202</sup> las cuales son variantes sobre un mismo tema;<sup>203</sup> o, en otras

---

<sup>200</sup> PISTONE, Sergio. Voz: "Razón[...], *op. cit.*, p. 1383

<sup>201</sup> Juan José Díez Sánchez, al respecto señala que "La noción <razón de Estado> se ha mantenido como una referencia permanente de la política, aunque con el paso del tiempo y el desarrollo del Estado de Derecho se haya reorientado en parte su sentido conforme se ha ido depurando su concepto y perfilando las acepciones que permiten compatibilizarlo con las exigencias inherentes al nuevo modelo de Estado". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado y Derecho (Del Control Judicial de los Secretos Oficiales), Ed Tirant lo Blanch y Universitat de València, València 1999, p. 120

<sup>202</sup> Barry Wright señala que ello se ejemplifica con un gran número de ejemplos. Para dicho autor "Information control laws, executive-enabling legislation, and intelligence surveillance and assessment institutions form part of the late modern state's final resource to deal with the unpredictabilities arrayed beyond the web of power/knowledge, non-citizen populations, and circumstances of perceived crisis where the suspension of citizenship rights may be contemplated[...] the more recent theoretical understandings of modern power, state formation, moral regulation, and citizenship promise to open up the study of modern national security measures to important new avenues of enquiry". WRIGHT, Barry. "Quiescent Leviathan[...], *op. cit.*, p. 229

<sup>203</sup> Según B. Wright "A huge array of national security laws continues to be found in jurisdictions such as the United Kingdom and Canada, despite the appearances of the

palabras "La seguridad nacional es una forma moderna, más que restos arcaicos represivos o formas de poder premodernas represivas".<sup>204</sup>

Además del cambio de nomenclatura, el paso del antiguo régimen al Estado de Derecho supuso la eliminación del uso arbitrario de la fuerza.<sup>205</sup> Ya estaba entonces monopolizada por el soberano (gobernante), además de que ya estaba reconocida la sumisión de este (y todos) a las leyes.<sup>206</sup> Con la razón de Estado, se buscaba someter al gobernado al poder del gobernante (el Príncipe, entonces), y ahora con el Estado de Derecho, además, se intenta someter al gobernante a la leyes.<sup>207</sup>

---

dispersal of central state power which, in the case of Canada, has recently given rise to the interesting suggestion that we may soon see the first post-modernist state[...] There are dangers in assuming that our most repressive laws are moribund historical remnants, administered in highly particular circumstances, when they remain the state's final resource, short of military force, in perceived crisis". WRIGHT, Barry. "Quiescent Leviathan[...], *op. cit.*, p. 214

<sup>204</sup> (Traducción nuestra) WRIGHT, Barry. "Quiescent Leviathan[...], *op. cit.*, p. 229

<sup>205</sup> N. Rabotnikof señala que "La consolidación del Estado Moderno se basó en un proceso de 'expropiación y concentración de poder político' y de centralización del poder de decisión[...]" RABOTNIKOF Maskivker, Nora. El espacio público[...], *op. cit.*, p. 72

<sup>206</sup> Foucault nos recuerda que "Una tradición que se remonta al siglo XVIII o al XIX nos habituó a situar el poder monárquico absoluto del lado del no-derecho: lo arbitrario, los abusos, el capricho, la buena voluntad, los privilegios y las excepciones, la continuación tradicional de estados de hecho. Pero eso significa olvidar el rasgo histórico fundamental: las monarquías occidentales se edificaron como sistemas de derecho, se reflejaron a través de teoría del derecho e hicieron funcionar sus mecanismos de poder según la forma del derecho. El viejo reproche de Boulainvilliers a la monarquía francesa -haberse valido del derecho y los juristas para abolir los derechos y rebajar a la aristocracia-, tiene, *grosso modo*, fundamento. A través del desarrollo de la monarquía y de sus instituciones se instauró esa dimensión de lo jurídico-político; por cierto que no se adecua a la manera en que el poder se ejerció y se ejerce; pero es el código con que se presenta, y prescribe que se lo piense según ese código. La historia de la monarquía y el recubrimiento de hechos y procedimientos de poder por el discurso jurídico-político fueron cosas que marcharon al unísono". FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad. (Tomo I. La voluntad de saber), Ed. Siglo XXI, Traducción de Ulises Guinazú, 8ava ed., Madrid 1995, p. 106-7

<sup>207</sup> C.Y. Zarka considera que las causas de la ruina de los estados son dos, la internas y las externas. Haremos referencia solo a las internas, que, a su parecer pueden proceder de la población o del príncipe. El Príncipe se convierte en problema por motivo de la corrupción, ya sea por su crueldad o el lujo en el que viva, lo cual suscitará odios y envidias en el pueblo. ZARKA, Charles Yves. "Raison d'Etat et figure du prince chez Botero", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique,

Con el surgimiento de las ideas liberales del Estado de Derecho y la propagación de la organización política estatal con las independencias de las colonias a partir del siglo XIX la *dirección* de la *razón de Estado* en principio se vería limitada. En primer lugar, debido a la vinculación jurídica que tienen los gobernantes a la ley en general, pero sobre todo a los textos constitucionales,<sup>208</sup> y en estos últimos cincuenta años cada vez más al Derecho Internacional. Así, todo lo relativo a la conservación y protección del Estado con medidas exorbitantes se regulará por dicho ordenamiento, y por el Derecho Internacional en algunos aspectos.<sup>209</sup> En este sentido L. C. Amezúa nos dice que "Aún cuando la versión liberal del Estado de Derecho consiguió legalizar la fuerza y normalizar también en leyes los 'excesos de derecho común por causa del bien público'[...] persiste todavía el problema de la transgresión de normas morales o la falta de respeto a los compromisos internacionales".<sup>210</sup> Por ello, y debido a que las relaciones

---

Paris 1994, p. 110. Al respecto, H. Gutiérrez nos dice que "La concepción teórica de la razón de Estado responde a una necesidad de la sociedad en su evolución: sujetar al gobernante a los intereses del Estado, necesidad de disociar su persona y sus intereses de los del Estado. La siguiente etapa en la evolución política es la necesidad de subordinar, ya no el gobernante al Estado, sino el Estado al derecho". GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...], *op. cit.*, p. 33

<sup>208</sup> Para G. Post la razón de Estado entre los siglos XII y XIII son el principio racional del constitucionalismo ya que el acto indispensable para defender al estado en un caso de necesidad ni es ilegal ni inmoral, y lo ejemplifica con la cláusula constitucional del <public welfare clause>. POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis[...], *op. cit.*, p. 87. Ver: UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 320

<sup>209</sup> Ricardo Uvalle señala que "También las constituciones políticas dan cobertura y contenido a la *razón de Estado*. En el apartado que denomina 'orgánico', establecen no sólo la composición de los órganos y funciones estatales, sino la manera en que se alimenta su vigor institucional que es el poder organizado del Estado". UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón[...], *op. cit.*, p. 319. Luis Carlos Amezúa afirma que "En todo caso, la dominación política al quedar consagrada en las constituciones, denota que las técnicas y tecnologías que hacen posible la estabilidad y la seguridad del Estado, sean salvaguardadas al dotarlo de atribuciones que tiran a la eliminación de sediciones, conspiraciones y tentativas de golpe de Estado". AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...], *op. cit.*, p. 197

<sup>210</sup> AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de[...], *op. cit.*, p. 197

internacionales entre los Estados siguen siendo *anárquicas* es que la razón de Estado, al exterior, se expresa en mayor grado que la dirigida al interior.<sup>211</sup>

Además, a partir de dichas corrientes liberales, los derechos fundamentales se tradujeron en una finalidad del propio Estado, lo cual se verá reflejado en las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII, americana y francesa, que además sirvieron para patentar la existencia de Derechos previos a la organización del Estado, limitando así el actuar estatal al impedirle interferir en esa esfera individual de las personas, ya que aquél nace precisamente para garantizarle sus derechos.<sup>212</sup> Por lo anterior, el profesor Peces-Barba le asigna el papel de "cuna de los Derechos Fundamentales"<sup>213</sup> al Estado Liberal de Derecho.

En el paso del antiguo al nuevo régimen al Estado de Derecho, la excepción al principio de legalidad se incluyó en los nuevos órdenes jurídicos.<sup>214</sup> Éste es el paso de la exorbitante y multiforme razón de Estado a la excepcionalidad

---

<sup>211</sup> Manuel García Pelayo considera que "[...]el área de la *razón de Estado* quedaría en principio excluida de la política interior para desplegarse únicamente en el campo de la política exterior[...]" GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1221

<sup>212</sup> N. Bobbio señala que "Se parte del individuo, que tiene sus derechos independiente del Estado. Por lo tanto, el Estado nace después, el Estado nace, justamente, con el objeto de garantizar los derechos del individuo[...]" BOBBIO, Norberto. Fundamento y Futuro de la Democracia (La visita de Bobbio a Valparaíso), EDEVAL y Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso, p. 51-2

<sup>213</sup> PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Tránsito a la modernidad[...], *op. cit.*, p. 25

<sup>214</sup> Javier Peña puntualiza que "La doctrina de la razón de Estado afirma la independencia de la esfera política (en particular, la esfera del poder): el interés supremo del Estado no puede estar incondicionalmente subordinado al Derecho (natural o positivo)[...]." En la nota al pie de página señala que: "De ahí el conflicto, a partir de finales del siglo XVIII, entre razón de Estado y Estado de Derecho, el cual invoca precisamente los principios de legalidad y publicidad, frontalmente opuestos a los que inspiran la razón de Estado". PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", *op. cit.*, p. XI. Incluso los tratados internacionales de Derechos Humanos le reconocen la facultad al Estado de declarar estados de excepción, con ciertos límites por supuesto. Como ejemplos remitimos al artículo 15 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y al 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

*necesaria y legal* de los estados de excepción. Nos dice García Pelayo que este fenómeno –de la teoría política– sobre el sometimiento o limitación del poder se inicia a partir de la época de la Contrareforma, que es cuando se “[...]trata de encontrar en el Derecho la base firme del Estado”.<sup>215</sup> Es por ello que se concibe a la razón de Estado jurídicamente; en donde, el Derecho admitía la *necessitas* y la *excepción* y así la *razón de Estado* conservaba su libertad de actuación *dentro de un cuadro normativo*.<sup>216</sup> Dentro de esta juridificación de la razón de Estado, se idean órganos encargados de actuar en esos casos de necesidad y excepcionalidad<sup>217</sup>; éstos, en la actualidad son los servicios secretos o servicios de inteligencia. En ese sentido, la tentación de utilizar medios antijurídicos “se renueva hoy en día siempre que el poder político tiene que combatir una revolución, con la única diferencia de que en una sensibilidad ética más refinada neutraliza aquel peligro y de que las leyes de excepción hacen posible legalizar los medios físicos que el Estado necesita en tales situaciones. En todo caso, el mismo Estado tiene un interés propio en obedecer el Derecho que él mismo promulga y en fomentar con su propio ejemplo la moral civil en el interior. El Derecho y la fuerza pueden por eso funcionar armónicamente en el interior del Estado”.<sup>218</sup>

---

<sup>215</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1213

<sup>216</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1214

<sup>217</sup> Pone como ejemplos propuestas del siglo XVII consistentes en la creación de un ‘dictatorial power’ o una ‘dictadura comisoría’, un ‘sistema de espionaje’, una ‘policía secreta’ y de los ‘éforos’ (organismo que defenderá la constitución con medidas excepcionales). GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1214

<sup>218</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 15. Al igual que Meinecke, considera Pistone que la razón de Estado ha perdido fuerza conforme el monopolio del uso de la fuerza se ha consolidado en favor del Estado. Ya no resulta tan útil, pues, la razón de Estado como práctica constante, no obstante sigue apareciendo en casos de ‘transformación revolucionaria’. Ver: PISTONE, Sergio. Voz: "Razón[...], *op. cit.*, p. 1384

La razón de Estado, en ese sentido, pasó a formar parte del Derecho Político contemporáneo. Esto se atribuye a que los ideólogos de la razón de Estado lograron incluirla, sin mucha oposición, en el nuevo y prestigioso instrumento: el Derecho; y con esto le dieron una nueva legitimidad ético-política; pero con la diferencia que los valores que ahora se defienden son el mismo Estado de Derecho y las instituciones democráticas.<sup>219</sup>

Así, encontramos que los regímenes de excepción se incluyen en las constituciones como situaciones jurídicas derivadas de una necesidad de hacer frente a un problema de seguridad o salud preciso, sin deber de satisfacer los procedimientos ordinarios para resolverlos. Sin embargo, estos regímenes deben de cumplir, por lo general, con un procedimiento formal de inicio, con una duración o vigencia limitada, y con facultades exorbitantes también limitadas para satisfacer las necesidades concretas. Como esbozamos, esta incorporación de la *razón de Estado* al nuevo Estado, a través del Derecho, ve su expresión más clara en los estados de excepción constitucionalmente reconocidos en aras de la *seguridad y conservación* del Estado o la Democracia.<sup>220</sup> Sin embargo, en ciertos países, estas medidas

---

<sup>219</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1221. George Uscatescu nos recuerda que "A la razón de Estado y a sus aplicaciones políticas seguirá, en la filosofía jurídica, la teoría iusnaturalista; pero no impedirá su predominio casi absoluto en el campo del pensamiento político hasta la revolución francesa[...]. La doctrina de la razón de Estado se mantendrá en pie y constituirá los fundamentos de la política europea, pero logrará también adaptarse a la nueva realidad impuesta por las ideas protestantes y los principios de los Derechos Naturales del Hombre". USCATESCU, George. *De Maquiavelo[...]*, *op. cit.*, p. 120

<sup>220</sup> M. García Pelayo señala que "[...]el Estado de Derecho ha tratado de acotar jurídicamente la esfera de actuación y los poderes que pueden emplearse en el caso excepcional, lo que soluciona, en general, con la supresión temporal de ciertos preceptos de la Constitución -cuya vigencia, hic et nunc, impediría la normalidad institucional -a fin de salvar a la Constitución como un todo. Dentro de este delimitado ámbito, la ratio status en el sentido clásico de la palabra, es decir, en el sentido de medidas excepcionales destinadas a la <seguridad del régimen> y a la <conservación del Estado> (para emplear conceptos de Clapmarus) recobra sus fueros". GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1221-2

han dejado de ser excepcionales y se han transformado permanentes para la protección de la Constitución y sus instituciones.<sup>221</sup>

Para Ferrajoli, una de sus preocupaciones sobre las excepciones constitucionales o *razón de Estado* contemporánea es que éstas cuentan con atributos de *legitimación política* mayores que en el Estado Absoluto "bien porque el Estado para cuya tutela se invoca es el Estado valorado como <democrático>, <constitucional> o <de Derecho>, bien porque el cambio de los medios legales se presenta ya no como práctica ordinaria de gobierno, sino como medida excepcional para afrontar el riesgo de la subversión. Pero está claro que la contradicción está en los propios conceptos: en realidad, la ruptura de las reglas del juego se invoca en estos casos para la tutela de las mismas reglas del juego; el Estado de derecho se defiende mediante su

---

<sup>221</sup> La tipificación de ciertos delitos contra la seguridad del Estado son un ejemplo de ello o 'delitos de baja intensidad' como los llama Joaquín Jiménez García en una editorial sobre la lucha contra el terrorismo intitulada *La reforma penal* publicada en **El País** el martes 30 de septiembre de 1997, p. 18. Friedrich habla de cuatro maneras de lograr una defensa de la Constitución, o de traducir la *razón de Estado* en *razón de Estado Constitucional*. Uno de ellos es por medio de la "prohibición (*outlaw*) de un partido político u organización político que esté involucrado o haga esfuerzos por debilitar o destruir el orden constitucional o bien pretenda establecer un orden diferente no-constitucional. Este método que resuelve el problema legislativamente lo encontramos en los Estados Unidos y Suiza, ligeramente limitada la Americana por los poderes de revisión judicial. El segundo acercamiento también se refiere a la prohibición legal de grupo subversivo u organización, mediante decisión judicial, efectuada a petición del Ejecutivo, o que se le prive a los miembros de la organización de ciertos derechos básicos específicamente determinados en la Constitución. Este es el método empleado en la República Federal Alemana. El tercer acercamiento es mediante la eliminación de presuntos subversivos de determinadas posición de servicios administrativos, públicos y privados, ya sea por regulación administrativa o mediante legislación. El método administrativo para abordar el problema se encuentra en Francia e Italia, pero también en cierta medida en los Estados Unidos. Característicamente, las medidas administrativas están restringidas, pero al mismo tiempo también sancionadas por una corte administrativa, tales como el *Conseil d'Etat*, o por una comisión administrativa tal como la el consejo de lealtad presidencial (*president's loyalty board*). El cuatro modelo consiste en el que desarrolla legislación detallada para eliminar las prácticas características de tales grupos u organizaciones subversivos o totalitarios, más que ilegalizar al grupo mismo. Este método se ilustra por Ley de Orden Público de 1936 británica (*Britain's Public Order Act 1936*). (Traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. *Constitutional Reason[...]*, *op. cit.*, p. 116



negación".<sup>222</sup> C. J. Friedrich señala que "Al ser la razón la base del orden constitucional, así como de su derecho; no puede haber una razón real de los ciudadanos de un Estado (y más específicamente de uno democrático) para objetar lo que se ha determinado legalmente como necesario para su seguridad y supervivencia".<sup>223</sup>

Para C. J. Friedrich estas situaciones 'características' de los Estados constitucionalmente democráticos son lo más bajo de la legalidad, en sus palabras: "A la luz de estas circunstancias, familiares en la política de las democracias constitucionales, el derecho en su conjunto puede considerarse en función de una jerarquía de fuentes de legislación, de las cuales la constitución es la más alta, mientras la más baja está representada por las medidas adoptadas por la policía o por una autoridad nombrada en casos de emergencia, para ocuparse de una situación concreta".<sup>224</sup>

Las políticas excepcionales que se ocultan en el secreto de Estado, a nuestro parecer, son a todas luces contrarias al progreso moral del Estado de Derecho, ya que, en principio, las conductas que en él se ocultan no son susceptibles de ser fiscalizadas ni por los mecanismos de control parlamentario, ni judicial. Es decir, la legalidad de los actos no es posible verificación.<sup>225</sup>

---

<sup>222</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón[...], *op. cit.*, p. 814

<sup>223</sup> (Traducción nuestra) FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason[...], *op. cit.*, p. 48

<sup>224</sup> FRIEDRICH, Carl Joachim. La filosofía del derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Breviarios 169, México 1982, 3a. reimpresión, p. 312

<sup>225</sup> El uso de estas facultades de excepción puede poner en peligro la congruencia del sistema jurídico. En palabras de C.J. Friedrich: "Si esta circunstancia no recibe la debida consideración, se producirán graves errores y confusiones, los cuales pueden adquirir tales

Se reconoce a Arnold Clapmarius como el *padre* de la acepción moderna de los *secretos de Estado*,<sup>226</sup> por su obra *De arcanis rerum publicarum libri IV*.<sup>227</sup> Dichos arcanas se clasificaban dependiendo de la forma de gobierno que los empleara en los siguientes: *Arcana aristocrática contra plebem*, *Arcana aristocrática contra Regnum*, *Arcana regia sive imperii contra plebem*, *Arcana regia sive imperii contra patricios*.<sup>228</sup> Por su lado Javier De Lucas destaca los

---

caracteres que lleguen a poner en peligro el sistema todo. Por ejemplo, la llamada legislación de seguridad, en Estados Unidos y en cualquier otra parte y, cosa frecuente, meras medidas policíacas adoptadas para asegurar el orden legal, pueden minar lo que se ha denominado, adecuadamente, como la 'moralidad constitucional', y ello en tal grado que haga peligrar el mantenimiento del orden mismo". FRIEDRICH, Carl Joachim. *La filosofía del...*, *op. cit.*, p. 312. Asimismo Ver: FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, *op. cit.*, p. 814

<sup>226</sup> Rafael Del Águila nos recuerda cómo "Tácito[...] acuñó los términos *arcana imperii* y *arcana dominationis* para explicar ciertas prácticas secretas y antiguas que los emperadores utilizaban para estabilizar su poder, evitar conflictos y, en general, disminuir el riesgo de enfrentamiento civil. En el capítulo 36 del libro II de los *Anales*, se hace referencia a los secretos del imperio que el emperador Tiberio guardaba frente a las presiones senatoriales dirigidas a descubrirlos. Pero acaso sea en el capítulo 59 del mismo libro donde podamos apreciar más claramente lo que el historiador romano entendía por *arcana* en general y *arcana dominationis*, en particular. DEL ÁGUILA, Rafael. *La senda del mal...*, *op.cit.*, p. 305

<sup>227</sup> Rafael Del Águila señala que "No obstante, es durante el Renacimiento y el Barroco cuando se ponen las bases de la comprensión moderna del secreto[...] Fue Arnold Clapmarius quien, en su obra de 1605 *De Arcanis rerum publicarum libri IV*, inicia la concepción moderna de los *arcana*, definiéndolos como aquellas ocultas razones a través de las cuales el que gobierna defiende tanto su tranquilidad como el *status* de la república". DEL ÁGUILA, Rafel. *La senda del mal...*, *op.cit.*, p. 307. De Lucas nos recuerda que "En ese contexto es en el que surge, desde luego, la doctrina de los *arcana imperii* o *arcana rei publicae*, iniciada por Clapmarius en 1605". DE LUCAS Martín, Javier. "Maquiavelismo y Tacitismo...", *op. cit.*, p. 552. "Para la comprensión de la vida política del Estado, Schmitt además de considerar a la razón de Estado como concepto, alude a otro concepto útil y rico que permite abordar otro ángulo de la vida estatal sin contraponerse con el de la razón de Estado. Tal concepto es el de *ARCANUM*\* (\*El concepto *arcana* referido a la Política y al Estado, la utiliza en Alemania Arnold Clamarius al escribir en 1605, *De Arcanis Rerum Publicarum*. Clamarius formula una interesante tipología sobre las *arcana* de la siguiente manera: *Arcana aristocrática contra plebem*, *Arcana aristocrática contra Regnum*, *Arcana regia sive imperii contra plebem*, *Arcana regia sive imperii contra patricios*. Vincula de este modo, la razón de Estado con las formas de gobierno.) *POLITICO*. EL mismo articula los secretos políticos a través de los cuales se gobiernan a los hombres. El *arcantum* comprende los medios, recursos, estrategias y tácticas susceptibles de emplearse en la contienda política. Pone en práctica ardidés para simular con propósito claro la obtención de objetivos. En este caso, la simulación practicada, es producto del conocimiento que se tiene de las realidades objetivas del poder". UVALLE Berrones, Ricardo. *La Teoría de la Razón...*, *op. cit.*, p. 283. Finalmente, Ver: STOLLEIS, Michael. "L'idée de la raison...", *op. cit.*, p. 30

<sup>228</sup> Tomado de UVALLE Berrones, Ricardo. *La Teoría de la Razón...*, *op. cit.*, p. 283. Para J.P. Chretien Goni la manipulación de los secretos servía para proteger al Príncipe, e incluso llega a prácticamente identificarlos con la política misma, ya que la práctica del secreto es a

siguientes tipos de arcanas: "1. *Simulacra*. Hacer una cosa y simular otra (*aliud agitur, aliud simulatur*) (según el precepto maquiavélico de transformar lo real en apariencia). Incluso el engaño y el ir contra las leyes. 2. *Blandimenta*. La adulación del poder efectivo hacia el legal, pero en realidad despojado de él. 3. *Simulacra imperii seu libertatis*. Pura ficción[...]que son de gran utilidad política proclamar, aunque no tengan efectividad para los súbditos".<sup>229</sup> El profesor García Pelayo nos recuerda que los secretos se pueden clasificar dependiendo de la finalidad que se persiga, en sus palabras "Tales *arcana* se dividen en *arcana imperii* cuando tienen como finalidad en mantenimiento de la constitución, y en *arcana dominationis* cuando están destinados a afirmar al portador del poder[...]".<sup>230</sup>

En términos generales, los secretos o *arcana* del Barroco se definían como "íntimas y ocultas razones o criterios por los cuales aquel que tiene el principado en la república defiende tanto su tranquilidad como la conservación del presente status de la república". De esta manera, se ha entendido desde dicho periodo que, el poder, para ser capaz de ejercerse de manera soberana, requería de la clausura o confidencialidad de las políticas a fin de no poner en riesgo al Príncipe. Rafael del Águila nos recuerda lo que un tratadista de la época señalaba: "[...]Vicente Montano (*AP*, pr.) sugería en 1681 que los secretos de este tipo podían parecer 'pestilencial veneno', pero

---

su vez una practica de comunicación política. Ver: CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Instituto arcanae[...], *op. cit.*, p. 151 y ss.

<sup>229</sup> DE LUCAS Martín, Javier. "Maquiavelismo y Tacitismo[...], *op. cit.*, p. 552-3

<sup>230</sup> GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones[...], *op. cit.*, p. 1210

afirmaba que aplicados 'cuando la necesidad lo pide [son] fármacos salutíferos para la cura de un mal desesperado"<sup>231</sup>.

Como esbozamos anteriormente, desde el Barroco español, el secreto y el engaño han sido instrumentos para conservar el Estado y el poder. La existencia del secreto se justificaba, desde entonces, por las constantes y latentes amenazas que recibían los principados, sobre todo derivadas del interés que tenían entre ellos mismos de conquistarse y dominarse. Esto es, los Príncipes debían protegerse de las amenazas internas como de las externas.<sup>232</sup> En resumen, el fin del secreto era la protección del Estado y/o del rey como titular del poder de aquél.<sup>233</sup>

Nuevamente, la génesis de los secretos de Estado "modernos" se justifica por los peligros que amenazaban a los Estados por las tensiones internas y amenazas externas de los Estados que buscaban su expansión. Javier de Lucas ejemplifica esto con el surgimiento del Estado prusiano que "[...]en el Renacimiento crece amenazado por fuertes disensiones internas, además de por el peligro exterior. La fuente básica son las disputas religiosas, lo que se traduce en la necesidad de una respuesta firme, la religión como religión del Estado, y en el recrudescimiento de la intolerancia. Por su parte, la Prusia del siglo XVIII es un Estado militar sólido que no necesita la unidad religiosa como columna vertebral: perdida la dimensión pública de la religión, se convierte en mero consuelo particular, y la tolerancia se eleva a regla básica. Lo más

---

<sup>231</sup> DEL AGUILA, Rafael. La senda del mal[...], *op.cit.*, p. 302

<sup>232</sup> Jean Pierre Chrétien-Goni nos dice al respecto que (traducción nuestra) "entre los mismo Estados siempre hay una guerra secreta". Ver: CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Instituio arcanae[...]", *op. cit.*, p. 142

interesante de todo esto, en relación con el problema planteado, es la actitud de Federico respecto a la doctrina de la razón de Estado, ante la tesis de la primacía absoluta de los intereses del Estado que, según esta teoría, legitimarían incluso el recurso a instrumentos tales como el engaño, el secreto o el abuso de la fuerza".<sup>234</sup>

En el Estado Absolutista lo público era contrario al poder y, a su vez, necesitaba que todo lo que se refería a la información sobre los súbditos, o sea del pueblo, fuera transparente.<sup>235</sup> Es en esta época cuando el poder se caracteriza por el secreto y en particular por su emblema: las *lettres de cachet*.<sup>236</sup>

---

<sup>233</sup> Ver: CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Instituo arcanae[...], *op. cit.*, p. 151

<sup>234</sup> DE LUCAS, Javier. "Estudio Preliminar[...], *op. cit.*, p. XXIV

<sup>235</sup> Ver: CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Instituo arcanae[...], *op. cit.*, p. 140-1

<sup>236</sup> Sobre las *lettres de cachet* Javier De Lucas nos dice: "El tránsito del absolutismo a un centralismo burocrático creciente crea nuevas figuras administrativas, y se hacen cada vez más frecuentes las órdenes directas del rey, a través de los miembros de su gabinete o de los secretarios de Estado. Síntoma de este proceso es la fórmula con que se encabezan, <car tel est notre plaisir>. Poco a poco, crece la importancia de un instrumento que ya existía desde 1560 aunque su verdadero impulsor fuera Richelieu. Se trata de las *lettres de cachet*, que tienen una connotación secreta superior incluso a las *lettres de sceau plaqué*, las cuales incluían también la fórmula *soubz le sceau de nostre secret*. Aunque las *lettres de cachet* adquieren celebridad porque se utilizan masivamente para los arrestos a la Bastilla (no en balde la Revolución, que comienza con el asalto a la Bastilla, abole inmediatamente este tipo de documento), sin embargo, por razones de urgencia, eficacia y disuasión, se convierten en <instrument essentiel du pouvoir personnel du roi et de l'efficacité du gouvernement central et de l'administration. Elles son utilisés dans tous les cas où le roi... devait notifier la volonté expresse et personnelle du souverain> (nota suprimida), y entre ellos, hace deliberar a un órgano judicial sobre determinada materia y conducirlo a cierta conclusión. Contra esta práctica que entroniza el secreto como instrumento privilegiado del poder personal del rey (y de su gabinete: los <privados>) y supone la absoluta subordinación del poder judicial a la arbitrariedad del monarca de la que emana la ley, es, como decíamos, contra lo que se alza en gran medida el esfuerzo de la Revolución." DE LUCAS Martín, Javier. "Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo de *Code Napoléon*", en *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo VI, Nueva Época, Madrid 1989, p. 130. Asimismo, Ver: RABOTNIKOF Maskivker, Nora. *El espacio público[...]*, *op. cit.*, p. 77. Nora Rabotnikof señala que "Las fuerzas de la sociedad civil, excluidas de la esfera de decisión política se socializarán en lugares no políticos: los clubs, los salones, las academias, los cafés, las sociedades literarias. Las instituciones así creadas, nacen como espacios 'sociales', sólo 'indirectamente políticos'. Pero incluso esa influencia 'indirecta' es perseguida o declarada sospechosa ante los ojos del Estado". (p. 77-8). Considera que "La separación entre política

Asimismo, es cuando nace y se desarrolla la imperante necesidad del la figura de la idea de opinión pública o crítica, que se convierte en uno de los principales instrumentos en la conformación de la doctrina liberal. Contra el secreto, contra lo oculto aparece lo público. Esa desconfianza de los liberales al secreto, a la acumulación del poder y la arbitrariedad en su uso, les impulsó a diseñar mecanismos complejos de controles al poder, fundados básicamente en la división de poderes y el principio de legalidad, que ambos requieren de la publicidad para su funcionamiento.<sup>237</sup> No obstante lo anterior, al mismo tiempo, una vez que asumieron el poder, los nuevos Estados liberales no eliminaron el secreto, sino más bien reconocieron el peso y la necesidad para su conservación, fortalecimiento y expansión, e incluso se llegaba a considerar que "en ocasiones la luz pública podía llegar a arruinar la

---

pública y conciencia privada, entre política y moralidad, asume así la forma de la tensión entre autoridad política e Ilustración. Pero el 'secreto' del poder, encarnado en la razón de Estado se transforma en el 'secreto de la sociedad: Ilustración y misterio no se oponen, como la luz a las tinieblas, sino que el misterio es el clave de la Ilustración". (p. 78) También Ver: DE LUCAS Martín, Javier. "Democracia y Transparencia. Sobre poder, secreto y publicidad", en Anuario de Filosofía del Derecho, Ministerio de Justicia, Tomo VII, Nueva Época, Madrid 1990, p. 139. Este autor nos muestra como Beccaria, Becker y Condorcet critican el engaño. En un trabajo posterior, J. De Lucas señala que "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*, 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>[...] ¿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 estatal, 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 manipulación, 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)". DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado", en Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Año IV, Enero 1999, Número 7, p. 49

<sup>237</sup>Ver: DEL ÁGUILA, Rafael. "Dilemas y secretos del secreto de Estado", en Claves de Razón Práctica, Núm. 83, Junio 1998, p.13

res-pública".<sup>238</sup> Esta lógica permanece hasta nuestros días en los Estados Democráticos de Derecho.<sup>239</sup> Al respecto Juan José Díez señala que "[...]cualquier Estado de Derecho tiene la necesidad de arbitrar medidas destinadas a preservar su seguridad y defensa, porque es innegable que, en determinados supuestos, las razones de Estado preservan la existencia de elementos del sistema democrático, o a este mismo en abstracto, ante peligros y riesgos ciertos que lo amenazan. Las razones de Estado constituyen de esta forma mecanismos dirigidos rectamente a tutelar el sistema".<sup>240</sup>

El cambio que sufrieron los antiguos arcanos imperiales –que eran utilizados como parte cotidiana del ejercicio del poder– del antiguo régimen en secretos de Estado modernos consistió en establecer o limitar la publicidad de ciertos documentos en casos exclusivamente excepcionales, para alcanzar ciertos fines concretos.<sup>241</sup> El secreto de Estado como instrumento para lograr "la

---

<sup>238</sup> DEL ÁGUILA, Rafael. "Dilemas y secretos[...], *op. cit.*, p. 13

<sup>239</sup> Así lo reconoce también Juan José Díez: "El hecho de que el Estado social y democrático de Derecho no haya eliminado las razones de Estado, y que por tanto mantenga de algún modo reminiscencias de otros regímenes tan opuestos, bien que ahora fundamentados en el interés común del *demos*, no supone considerarlas libres o al margen del imperio de la Ley y el Derecho, porque el poder de actuarlas ya no puede ser incondicionado. Dicho en otros términos, lo que resultaría incompatible en estos momentos no es que haya secretos, sino que éstos escapen a la ley y al Derecho, que estén al margen de todo sistema de control, que recobren su etimología de <sagrados>, convenimos con DE LUCAS". Díez Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 131

<sup>240</sup> Díez Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 29

<sup>241</sup> BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno[...], *op. cit.*, p. 37. Michel Foucault acerca de la opacidad del poder dice lo siguiente: "[...]el poder es tolerable sólo con la condición de enmascarar una parte importante de sí mismo. Su éxito está en proporción directa con lo que logra esconder de sus mecanismos. ¿Sería aceptado el poder, si fuera enteramente cínico? Para el poder, el secreto no pertenece al orden del abuso; es indispensable para su funcionamiento. Y no sólo porque lo impone a quienes somete, sino porque también a éstos les resulta igualmente indispensable: ¿lo aceptarían acaso, si no viesen en ello un simple límite impuesto al deseo, dejando intacta una parte -incluso reducida- de libertad? El poder, como puro límite trazado a la libertad, es, en nuestra sociedad al menos, la forma general de su aceptabilidad". FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad[...], *op. cit.*, p. 105. Jean-

solidez del consenso" de la razón de Estado, para Ziegler se fundamenta en que: "El Estado organiza su propio desconocimiento, sobre todo monopolizando el saber social, controlando su producción y su distribución. De esto se deriva que la gente sólo tenga acceso a un saber fragmentado, pulverizado. La multiplicación de las instituciones estatales en toda la sociedad está dada por la difusión del poder sobre todo el cuerpo social[...]".<sup>242</sup> No podríamos identificar la pulverización del saber con la facultad de ocultar información de los secretos de Estado y es por ello que nos preguntamos ¿hasta qué punto un saber fragmentado puede encubrir información hasta convertirla en secreto? Al respecto, respondería Ziegler: "Cuanto más logre el Estado ocultarse tras el secreto, más puede atribuirse el derecho de mentir".<sup>243</sup>

Finalmente –y en concreto siguiendo a C. J. Friedrich y a R. del Águila– nos preguntamos<sup>244</sup> ¿si la razón de Estado se incorporó en los regímenes de

---

Pierre Chrétien-Goni al definir el uso del secreto en los sistemas totalitarios ejemplifica, siguiendo a Arendt, con unas reglas promulgadas por Hitler en 1939 dirigidas a su estado mayor, las cuales consistían en, básicamente, no informar más que a la persona interesada, solamente sobre el tema que solicitó información y nada más que acerca de lo que solicitó información. Ver: CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Instituio arcanæ[...], *op. cit.*, p. 179

<sup>242</sup> ZIEGLER, Jean. *¡Viva el Poder![...]*, *op. cit.*, p. 16

<sup>243</sup> ZIEGLER, Jean. *¡Viva el Poder![...]*, *op. cit.*, p. 17

<sup>244</sup> Rafael Del Águila señala que "Las preguntas clave en ese caso serían: ¿cuál debe ser la conducta de una comunidad constitucionalmente organizada (liberal-democrática) en situaciones de excepción y de algo riesgo para su supervivencia? ¿Cuáles son los límites de la potenciación de esa comunidad cuando tal cosa implica una cierta ruptura de su orden interno o una prioridad de valores extraña a su 'constitución'? ¿Bajo qué circunstancias son justificables las excepciones a las reglas o a las leyes? ¿De acuerdo con qué criterios podemos sopesar lo que resulta necesario hacer para proteger, mediante transgresión, un fin que debe ser protegido pero cuya existencia también depende de los medios que utilicemos en su defensa?" DEL AGUILA, Rafel. *La senda del mal[...]*, *op.cit.*, p. 106-7



Derecho, cuál es la mejor forma de controlar estas facultades extraordinarias sin afectar<sup>245</sup> los pilares que sustentan al Estado Democrático de Derecho?

---

<sup>245</sup> Juan José Díaz Sánchez afirma que "También nosotros creemos -coincidiendo con SÁNCHEZ MORÓN- que instrumentos como los servicios secretos o mecanismos como los fondos reservados, son necesarios en cualquier Estado <desgraciadamente necesarios, para velar por la seguridad ciudadana, por la pacífica convivencia democrática y por la defensa nacional, derivando su justificación de la amenaza de bandas terroristas, del crimen organizado, de potenciales conflictos exteriores>. Y en este sentido, no dudamos de que hay razones de interés público que justificarán el secreto ante el daño que pueden sufrir algunas de las tareas públicas que aquí aparecen implicadas". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 126-7

## CAPÍTULO II

### EL SECRETO OFICIAL

#### A. La formulación del secreto oficial

Las democracias contemporáneas contemplan la posibilidad de que órganos del Estado mantengan cierta información fuera del conocimiento público. Esa facultad de no divulgar información se le confiere, por lo general, a los tres poderes del Estado; es decir al Ejecutivo, al Legislativo y al Judicial.<sup>246</sup>

Las materias que son susceptibles de ser sustraídas del conocimiento público como secreto<sup>247</sup> por parte del Estado son diversas; se trata de un espectro de posibilidades que refleja tanto aquella información o documentación que tiene relación con los asuntos propiamente privados de las personas o particulares –que se relacionan con el derecho a la intimidad o privacidad– hasta los asuntos que son de conocimiento restringido o exclusivo de ciertos órganos del Estado cuya divulgación afectaría alguno o algunos de los vagos conceptos de seguridad o defensa nacional. Por consiguiente, el Estado para salvaguardar cierta clase de intereses limita el conocimiento de información o documentos, con lo cual se impide al público o a los ciudadanos el acceso a

---

<sup>246</sup> Más adelante en este Capítulo II se desarrollará esta aseveración. M.C. Llamazares Calzadilla nos recuerda como en España los tres poderes tienen la facultad constitucional de clasificar información como secreta. Al respecto, Ver: LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Ed. Civitas y Universidad Carlos III de Madrid (Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho), Col. Monografías, 1a ed., p. 316

<sup>247</sup> Para Sissela Bok "A path, a riddle, a jewel, an oath -anything can be secret so long as it is kept intentionally hidden, set apart in the mind of its keeper as requiring concealment. It may be shared with no one, or confided on condition that it go no farther; at times may be known to all but one or two from whom it is kept. To kkeep a secret from someone, then, is to block information about it or evidence of it from reaching that person, and to do so intentionally: to prevent him from learning it, and thus from possessing, making use of it, or revealing it". BOK, Sissela. Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation, Ed. Vintage Books, New York 1989, p. 5-6

los mismos,<sup>248</sup> por un periodo de tiempo determinado.<sup>249</sup> Ello configura el término *secrecía* (traducción directa de la palabra en inglés "secrecy"), que se entiende como una forma de regulación<sup>250</sup> que podemos definir como: "la prohibición en la divulgación de información sea de manera oral o mediante un documento oficial existente o por cualquier otra forma (p. e. la divulgación de un documento, que no sea un documento oficial o la publicación de dicha información a través de un artículo). Al mismo tiempo, dicha palabra, implica una restricción al derecho del público de obtener un documento oficial. Por consiguiente, la palabra simultáneamente expresa dos aspectos diferentes de un mismo tema: por un lado el público no tiene derecho de obtener un documento oficial, y por el otro las autoridades y funcionarios públicos tienen prohibido permitir el acceso al documento o divulgar sus contenidos de

---

<sup>248</sup> Es importante distinguir que algunos ordenamientos jurídicos reflejan el derecho de toda persona para buscar acceder a la información producida o en manos del Estado, mientras que otros reconocen dicho derecho exclusivamente a los ciudadanos. En Canadá por ejemplo se reconoce el derecho a los ciudadanos canadienses y a los residentes permanentes. Ver: Art. 4 (1) (a) y (b) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Por su lado, J. F. Mestre nos recuerda como en España "No es discutible, en los términos a que más atrás he referido, la afirmación de que el artículo 105.b) de la Constitución reconoce un derecho de acceso a los ciudadanos, incluyendo en este concepto tanto a las personas físicas como a las jurídicas". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105.b) de la Constitución], Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid 1998, p. 196

<sup>249</sup> Sobre la temporalidad que se mantendrá oculta la información, Ver: apartado 4), inciso B. de este Capítulo II.

<sup>250</sup> D.P. Moynihan dice que "Secrecy is a form of regulation. There are many much forms, but a general division can be made between those dealing with domestic affairs and those dealing with foreign affairs. In the first category, it is generally the case that government prescribes what the citizen may do. In the second category, it is generally the case that government prescribes what the citizen may know". MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American Experience, Ed. Yale University Press, New Haven-London 1998, p. 59

cualquier otra manera. Se podría decir que el contenido secreto del documento está protegido por el deber de observar la *secrecía*".<sup>251</sup>

En las democracias modernas, la mencionada imposibilidad de acceder a la información se regula por las legislaciones de acceso a la información o a los archivos o documentos públicos.<sup>252</sup> Salvo Suecia que tiene una historia de

---

<sup>251</sup> (Traducción nuestra). Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia REGERINGKANSLIET. Public Access to Information and Secrecy with Swedish Authorities (Information concerning secrecy legislation, etc.), (sin ciudad), año 2000, p. 18

<sup>252</sup> Por ejemplo en Canadá: *Act to extend the present laws of Canadá that provide access to information under the control of the Government of Canadá* (en adelante nos referiremos a ella como la "*Ley de Acceso a la Información Canadiense*"); en España: *Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por Ley 48/1978, del 7 de octubre* (en adelante "*Ley Española de Secretos Oficiales*"); en Dinamarca: *The Danish Access to Public Administration Files Act* o *Act No. 572 de 19 de diciembre de 1985, reformada en 1991* (en adelante la "*Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*"). En los Estados Unidos de América la *Freedom of Information Act - Title 5 United States Code §552-* (en adelante "FOIA"). Es importante recordar que la legislación pionera y al mismo tiempo más acabada fue la norteamericana. Su historia y contenidos mínimos se resumen por P. Birkinshaw de la siguiente manera: "The FOIA was enacted in 1966 (5 USC Code 552) amended overruling a Presidential veto and extended in 1974, modified slightly in 1976, and further amended in 1986. The Act covers all agencies and departments in the executive branch of federal government. It does not apply to the judicial or legislative branches of government, or to the President's immediate personal staff whose sole duty is to give advice and assistance to him". BIRKINSHAW, Patrick. Reforming the Secret State, Ed. Open University Press, Buckingham-Bristol, PA, USA 1990, p. 56. En Finlandia: *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales de Finlandia* (en adelante la "*Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*"). Para un comentario sobre la transparencia administrativa en Finlandia, Ver: MODEEN, Tore. "Finlandia", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979, p. 52 y ss. En Francia la *Ley 2000-321 del 12 de abril de 2000*, que modifica y consolida la *Ley n° 78-753 del 17 de julio de 1978* y la *Ley n° 79-587 del 11 de julio de 1979* (en adelante la "*Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos*"). En Holanda la *Ley de 31 de octubre de 1991 que contiene las reglas de acceso del público a la información gubernamental* o *Government Information Public Access Act* (en adelante la "*Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental*"). En Italia, la *Ley 241 del 7 de agosto de 1990*, en particular el Capítulo V sobre Acceso a los Documentos Administrativos (en adelante la "*Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*"). En Irlanda: *Act to enable members of the public to obtain access, to the greatest extent possible consistent with the public interest and the right to privacy, to information in the possession of public bodies and to enable persons to have personal information relating to them in the possession of such bodies corrected and, accordingly, to provide for a right of access to records held by such bodies, for necessary exceptions to that right and for assistance to persons to enable them to exercise it, to provide for the independent review both of decisions of such bodies relating to that right and of the operation of this act generally (including the proceedings of such bodies pursuant to this Act) and, for those purposes, to provide for the establishment of the Office of Information Commissioner and to define its functions, to provide for the publication by such bodies of certain information about them relevant to the purposes of this Act, to amend the Official Secrets Act, 1963, and to provide for related matters [21<sup>st</sup> April, 1997]* (en adelante la "*Ley de Acceso a la Información Irlandesa*"). En Noruega: *Act No. 69 of 19 June 1970 concerning Public Access to Documents in the Public Administration as subsequently amended by Act*

transparencia administrativa que se remonta al siglo XVIII, la regulación del secreto se considera una práctica del siglo XX.<sup>253</sup>

Incluso dicha práctica se atribuye a la época posterior a la Segunda Guerra Mundial. Por ejemplo, en los Estados Unidos de América, nos dice D. P.

---

*No. 47 of 11 June 1982 and Act No. 86 of 17 December 1982 (en adelante conjuntamente la entenderemos como la "Ley Noruega de Acceso a la Información"). En Portugal, la Ley No. 65/93 del 26 de Agosto (en adelante la "Ley de Acceso a la Información Portuguesa"). En el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte: Act to make provision for the disclosure of information held by public authorities or by persons providing services for them and to amend the Data Protection Act 1998 and the Public Records Act 1958; and for connected purposes. [30<sup>th</sup> November 2000] (en adelante la "Ley Inglesa de Acceso a la Información"). En Suecia: The Freedom of the Press Act de 1766 y la Secrecy Act 1980 que desarrolla las excepciones de acceso a que se refiere la citada ley (en adelante conjuntamente como la "Ley Sueca de Libertad de Prensa").*

<sup>253</sup> D. Rowat al atestigua lo anterior de la siguiente manera: "The country which has enjoyed public access to administrative information for the longest period of time is Sweden. The principle of public access was adopted there as early as 1766, as part of the Freedom of Press Act, one of the county's basic constitutional laws. These provisions arose out of the intense struggle in the last half of the eighteenth century between the two main political parties, the Hats and the Caps. When the Hats were defeated in 1765 after a long term of office, the Caps inserted the principle of public access in the Freedom of the Press Act because of their frustration over administrative secrecy as well as press censorship under the previous regime. After a period of absolutism between 1772 and 1809, the Freedom of the Press Act was reestablished, and the principle was soon fully accepted as part of the normal political life in Sweden". ROWAT, Donald C. "Comparative Survey", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979, p. 2. En ese mismo sentido Michael Kirby nos recuerda que "The Swedish law on freedom of information (FOI) was first enacted in 1776. The United States federal law, in 1966. The Canadian Access to Information Act came in 1982. The New Zealand Official Information Act in the same year. The Australian federal Act, immediately followed. Most European nations have enacted FOI legislation". KIRBY, (Justice) Michael. "Opinion: Freedom of Information-The Seven Deadly Sins", en European Human Rights Law Review, Número 3, Año 1998, p. 246. Ma. del Pilar Otero explica brevemente los orígenes y desarrollo del principio de publicidad en Suecia, Finlandia, Noruega, Dinamarca, los EE.UU.AA., Alemania, Portugal, Italia y Francia. OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales, Ed. Tirant Lo Blanch, Colección los Delitos, Valencia 2000, págs. 27-30. James Michael, por ejemplo nos dice que "... 'freedom of information' laws. Defined more precisely, these are statutes establishing a legally enforceable right for members of the public to inspect and copy government records. All of the laws share three characteristics: the right is general, and does not require any particular interest or 'need to know'; the exceptions to the act are defined as narrowly as possible; and perhaps, most important, the decision as to whether a particular record is exempt from compulsory disclosure is made by someone who is independent of the executive, often a judge. At last count there were at least twelve such countries (In chronological order of legislation: Sweden (1766), Finland (1951), United States of America (1966), Denmark (1970), Norway (1970), Austria (1973), France (1978), the Netherlands (1978), New Zealand (1982), Canada (1982), Australia (1982), and Greece (1986)), with several others seriously considering legislative proposals. Most of those countries have also adopted data protection or privacy laws that also provide enforceable right of access for citizens to government records about themselves". MICHAEL, James. "Freedom of Official Information", en el Bulletin of the OSCE Office for Democratic Institutions and Human Rights, Winter 1996/1997, Warsaw, Vol. 5, No. 1, p. 14

Moynihan, el secreto "[...]es una institución del Estado administrativo que se desarrolló durante los grandes conflictos del Siglo Veinte".<sup>254</sup> Ello probablemente se deba a que el reconocimiento de la transparencia se da también en ese siglo, nuevamente con la salvedad de Suecia.<sup>255</sup> Así, por lo general, los secretos oficiales son tratados, por los diferentes ordenamientos jurídicos, como excepciones al principio de publicidad o transparencia de la administración pública, o bien como excepciones al derecho de acceso a la información.<sup>256</sup> En ese sentido, las legislaciones de acceso a la información o

---

<sup>254</sup> (Traducción nuestra). MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 59

<sup>255</sup> S. Holstad señala que "Since the principle of public access applies only to official documents it is important to know that is meant by such a document. In the Freedom of the Press Act the term 'official document' is defined as any document that is in the keeping of an authority and that has been received or drawn up by authority. As mentioned above the term 'document' is defined as a presentation in writing or in picture form or a recording which can be read, listened to or in any other way understood only by technical means". HOLSTAD, Sigvard. "Sweden", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979, p. 34

<sup>256</sup> Sandra Coliver al evaluar la libertad de prensa en once democracias encuentra que solo tres de ellas contemplan un reconocimiento explícito al derecho del público de acceder a la información en su Constitución (Holanda, España y Suecia) y que los tribunales de otros tres Estados han reconocido dicho derecho como constitucional (Francia, Alemania, Estados Unidos de América). Tomado de COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of press law in European and other democracies", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993, p. 257. En ese mismo tenor D. Rowat señala que "[...]Canada, Belgium, France, the United Kingdom and Western Germany[...] like most countries of the world, have neither a constitutional nor an ordinary law providing a public right to administrative information. It is true that all of their governments have elaborate publicity programmes to inform the public and that recently some of them have made significant moves in the direction of greater public access to documents. But they still adhere to what I call the principle of discretionary secrecy". ROWAT, Donald C. "Comparative Survey", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 19. Canadá por ejemplo reconoce el derecho a la libertad de expresión, sin embargo no contempla el derecho a la información en su "Human Rights Charter". Al respecto Ver: BAUER, Jan. "Press Law in Canada", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and[...], *op. cit.*, p. 38-56. Sucede lo mismo con la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 incorporada al Preámbulo de la Constitución de 1958. Ver: ERRERA, Roger. "Press Law in France", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and[...], *op. cit.*, p. 57. También sucede en Noruega; Ver: WOLLAND, Steingrim. "Press Law in Norway", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and[...], *op. cit.*, p. 116-7. Por ejemplo en Alemania, el artículo 5 de la Ley Fundamental reconoce el derecho a la libertad de expresión y opinión. La Corte Constitucional Federal ha reconocido que ese derecho incluye el derecho de recibir información de interés público. Al respecto, Ver: KARPEN, Ulrich. "Freedom of the Press in Germany", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and[...], *op. cit.*, p. 79. Para un análisis sobre los límites a la libertad de

de regulación de secretos oficiales, por lo general parten del reconocimiento del derecho que tienen los ciudadanos o personas de acceder a toda la información –documentos y registros– producida por o en manos del gobierno o la administración. Así, a manera de ejemplo, en España se reconoce que "Es principio general[...] la publicidad de la actividad de los Órganos del Estado, porque las cosas públicas que a todos interesan pueden y deben ser conocidas por todos".<sup>257</sup>

---

expresión por motivo de la seguridad nacional en Alemania también Ver: KARPEN, Ulrich. "Freedom of Expression and National Security: The Experience of Germany", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999, p. 289-304. Por su parte, en Holanda encontramos que el artículo 110 de su Constitución señala que "In the exercise of their duties government bodies shall observe the right of public access to information in accordance with rules to be prescribed by Act of Parliament". Tomado de LENTHE, Francine van; BOEREFIJN, Ineke. "Press Law in the Netherlands", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and..., *op. cit.*, p. 99. Asimismo sucede en España con el artículo 105.b) de la Constitución de 1978 que reconoce el derecho al "acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecta a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". J. F. Mestre nos dice que "La norma constitucional no ha calificado este principio (al que denomino así cautelarmente hasta que, a lo largo de este análisis, se determine su verdadera naturaleza) como un derecho fundamental de los previstos en los artículos 14 a 29, acreedores de una tutela o protección especial respecto a los demás derechos consagrados en la parte dogmática de la Constitución. Por el contrario, se ha limitado a establecerlo en la parte orgánica, dentro de la ordenación general del Gobierno y de la Administración, instrumentándolo como una materia sujeta a reserva de Ley, y, a la par, como una obligación de actuar que pesa sobre el legislador". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 75. Sobre España, también, Ver: RODRIGUEZ Ruiz, Blanca. "Freedom of the Press in Spain", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and..., *op. cit.*, p. 143. En Suecia "Laws regarding freedom of information are forth in Chapter 2 of the FPA [Freedom of the Press Act] known as the Principle of Public Access to Official Records. This part of the Constitution, which has roots in the Constitution of 1766, is considered one of the most important foundations of Swedish democracy. The core of the principle is that all documents are public if there is not an explicit statute which regulates otherwise. This presumption of openness is a distinctive feature of the Swedish legal and political systems; it may be the strongest statement of government transparency in Europe". AXBERGER, Hans-Gunnar. "Freedom of the Press in Sweden", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and..., *op. cit.*, p. 160. David O'Brien nos recuerda como en los EE.UU. "Ni la Constitución ni la Declaración de Derechos o Garantías Individuales[...] garantizan de un modo expreso el derecho del público a la información, pero un gran número de litigios ha tenido por mira vindicar ese derecho como implícito en la Primera Enmienda". O'BRIEN, David. El derecho del público a la información. La Suprema Corte de los EE.UU. y la Primera Enmienda Constitucional, Trad. Agustín Bárcena, Ed. Publigraphics, 1a ed., México 1983, p. 2

<sup>257</sup> Ver: párrafo primero del Preámbulo de la *Ley Española de Secretos Oficiales*. Para un análisis sobre dicho preámbulo y los fines de la ley española en comento, Ver: MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 47-8. En ese mismo sentido, Ver: artículo 1 y 13-25 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Asimismo, Ver:

Por lo anterior, es posible afirmar que las democracias contemporáneas, al mismo tiempo que reconocen el derecho de toda persona de acceder a la información –en manos de, o producida por el gobierno (o bien, el principio de transparencia de la administración pública)– incluyen una importante limitación que consiste en la facultad de retener o clasificar información. Para L. M. Díez-Picazo "la técnica del secreto para sustraer a conocimiento público, o de otros órganos del Estado, incluidos los judiciales, determinadas materias que se consideren sensibles para la seguridad del Estado o para la

---

artículos 4, 5 y 7-13 de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*. En Holanda se reconoce el derecho de "cualquiera" de solicitar a la autoridad administrativa o sus símiles (agencia, prestadora de servicios, compañía que desempeña un servicio o trabajo público) información que se encuentre en documentos relativos a cualquier asunto administrativo. Ver: artículo 3 de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental*. Algunas legislaciones van más allá, como la de Finlandia, que señala en su artículo primero el principio de apertura, y hace referencia a que los documentos oficiales son del dominio público -con las excepciones que marque la ley- así como al derecho de atender a las sesiones de parlamentarios, reuniones de consejos municipales y otros órganos municipales, audiencias de tribunales y reuniones de cuerpos eclesiásticos. Ver: Artículo 1 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales de Finlandia*. Para dicho ordenamiento "The concept 'authority' refers to national, communal and church, as well as other autonomous public authorities, including also their meetings as public entities, representative assemblies, boards, commissions and committees, together with their civil servants and officeholders (para. 2(2)). This distinction between public and private law thus influences the field of application of the Publicity of Documents Act. Only bodies governed by public law fall under the publicity rules". MODEEN, Tore. "Finlandia", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 59. Asimismo, Ver: artículos 1 y 2 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. En el artículo 22 fracción 1 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos* se señala que el derecho de acceso a los documentos tiene por objeto la transparencia de la actividad administrativa y el promover la imparcialidad de sus funciones. En Irlanda se reconoce el derecho de toda persona a los archivos en manos de la administración. Ver: Artículo 6 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. En Noruega se parte de la premisa que consiste en que los documentos son públicos salvo que exista disposición expresa que señale lo contrario. Ver: artículo 2 de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*. El artículo 1° de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* señala que "El acceso a los documentos administrativos por los ciudadanos deberá garantizarse por la Administración Pública de conformidad con los principios de publicidad, transparencia, igualdad, justicia e imparcialidad". El artículo 1 del Capítulo 2 (**On the Public Nature of Official Documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que toda persona tiene derecho a consultar los documentos oficiales con el objeto de promover el libre intercambio de opiniones y la ilustración del público (traducción nuestra "In order to encourage the free interchange of opinion and the enlightenment of the public, every Swedish subject shall have free access to official documents"). En los Estados Unidos de América "The Freedom of Information Act (FOIA) establishes a presumption that records in the possession of agencies and departments of the executive branch of the U.S. Government are accesible to the people". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's guide on using the Freedom of Information Act and the Privacy Act of 1974 to request government records, U.S. Government Printing Office, Washington 1999, p. 2-3. También, Ver: artículos 1 y 2 de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa*



protección de otros bienes jurídicos, es común en los países de nuestro entorno, hasta el punto de que puede hablarse de un común denominador en los países democráticos de nuestra misma área internacional –Alemania, Francia, Italia, Reino Unido–, sobre todo cuando aducen, para justificarlo, la seguridad nacional y la preservación de las fuentes e instrumentos de servicios de inteligencia".<sup>258</sup>

Sin pretender en este momento ofrecer una definición acabada de la voz secretos oficiales, preliminarmente entenderemos que son informaciones o documentos en manos del Estado que no se dan a conocer al público porque su divulgación podría poner en riesgo otros intereses, entre los que se encuentran el honor y la vida privada de los particulares, la administración-procuración de justicia, la seguridad nacional, las relaciones exteriores, la defensa nacional o los intereses económicos del Estado.<sup>259</sup>

En ocasiones dicho privilegio deriva de una interpretación de las facultades constitucionales con las que cuentan los poderes del Estado para el desempeño de las funciones administrativas, para la salvaguarda de la seguridad nacional, la defensa nacional o para garantizar un papel dominante en las relaciones exteriores que, por lo general, se trata de facultades propias

---

<sup>258</sup> DíEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales, Ed. Civitas, Colección Cuadernos, Madrid 1998, p. 28

<sup>259</sup> Para M. P. Otero "[...]el adjetivo *oficial* referido al secreto puede inducir al equívoco, puesto que no concuerda exactamente con lo que se intenta proteger y salvaguardar en la Ley de secretos *oficiales*, esto es, la seguridad y defensa del Estado, sino que tiene una extensión mayor, comprensible no sólo del secreto de Estado propiamente dicho, sino también del resto de secretos de la función pública. Es decir, alude a un cierto tipo de informaciones en las que las medidas de restricción de su difusión se apoyan en la necesidad de prevenir daños al interés público general, mientras que el secreto de Estado se fundamenta en la necesidad de prevenir daños al concreto interés de la seguridad del Estado. Hubiera sido preferible, por tanto, que la mencionada Ley se hubiera calificado como

del poder Ejecutivo.<sup>260</sup> Pero no sólo el Ejecutivo es el que priva al público de la información ya que por lo general el parlamento revisa sus actuaciones y, por consiguiente, éste también puede ocultar del público los debates en los que se discutieron dichas informaciones y documentos,<sup>261</sup> además de que el poder judicial puede revisar dichos documentos a puertas cerradas.

Así, por ejemplo, Miguel Revenga nos recuerda como en los EE.UU. "La seguridad nacional depositó sobre el presidente responsabilidades hasta entonces desconocidas. Sus funciones constitucionales como comandante en jefe de las Fuerzas Armadas acusaron el impacto de cierta militarización general de la vida política, lo que condujo a una ampliación de la reserva y el secreto en la adopción de decisiones a costa de la exigencia de publicidad y control, que hasta entonces se habían considerado marcas distintivas del

---

Ley del *Secreto de Estado*". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 35

<sup>260</sup> J. J. Díez Sánchez considera que "En definitiva, el privilegio del Ejecutivo reside en determinar cuál es el contenido concreto de la seguridad y defensa del Estado, elevándolo así a la categoría de razón de Estado mediante la correspondiente declaración de secreto". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 143

<sup>261</sup> J. J. Díez Sánchez afirma que "Con independencia de las múltiples consecuencias que lleva aparejada esta decisión, en particular respecto a su mantenimiento y protección, ese privilegio alcanza carácter paradigmático al permanecer confidencial la información hacia el Parlamento, que de esta forma carece de la elemental potestad de controlar el uso que se hace de ella y, por tanto, de la habilitación que él mismo usualmente ha otorgado para ofrece la indispensable cobertura formal al secreto". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 143. Más adelante señala que "En opinión de SANTOLAYA MACHETTI, el estudio de derecho comparado muestra que se ha conseguido, con carácter general, un equilibrio relativamente aceptable en la relación Gobierno-Parlamento para el tratamiento de los secretos, en tanto el Parlamento, a pesar de ser el órgano de deliberación pública por naturaleza, ha renunciado a ejercer este tipo de control a una de sus características esenciales, la publicidad, lo que ha sido posible por tener previstos procedimientos secretos de actuación que permiten que ellos y sólo ellos tengan acceso a determinados tipos de informaciones que afectan la seguridad nacional". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 145

sistema constitucional".<sup>262</sup> Con base en esta interpretación, el secreto gubernamental no es incompatible con los valores constitucionales.<sup>263</sup>

Por otro lado, cierta jurisprudencia norteamericana de las últimas décadas ha intentado dar los fundamentos de la facultad o privilegio del Ejecutivo para clasificar información, basándose en la doctrina de la separación de poderes y, en particular, como mencionamos, en las facultades del Ejecutivo derivadas de su cargo de comandante en jefe de las fuerzas armadas, la responsabilidad que en él recae para conducir las relaciones exteriores y garantizar la seguridad nacional. Al respecto, Bary Stulberg nos dice que dicha base constitucional es confusa, ya que no se desprende con claridad que la raíz esté en la división de poderes, ni tampoco se infiere del privilegio de las facultades como comandante en jefe de las fuerzas armadas y responsable de las relaciones exteriores.<sup>264</sup> Sin embargo, también se cree

---

<sup>262</sup> Ver: REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política. Seguridad nacional y secreto de Estado en el sistema constitucional norteamericano, Ed. Ariel, Barcelona 1995, p. 11. El profesor Revenga nos explica además como "En 1988, una sentencia del Tribunal Supremo respaldaba explícitamente la autonomía presidencial para clasificar información, al margen del Congreso, en defensa de la seguridad nacional: <el presidente, después de todo, es el 'Comandante en jefe del Ejército y la Marina de los Estados Unidos', art. II, epígrafe 2 de la Constitución. Su autoridad para clasificar y controlar el acceso a información relacionada con la seguridad nacional, y para decidir si un individuo es merecedor de confianza para desempeñar un trabajo en el seno del Ejecutivo que le dé acceso a dicha información, deriva directamente de su investidura como presidente y es *independiente de cualquier autorización explícita por parte del Congreso* [...]". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 80

<sup>263</sup> Para Bruce Fein ello es así además, porque "Our Constitution was the child of secret deliberations". FEIN, Bruce E. "Access to Classified Information: Constitutional and Statutory Dimensions", en William & Mary Law Review, Verano 1985, número 26, pág. 815. Sissela Bok al respecto señala "Consider the debates over the secrecy with which the United States Constitutional Convention of 1787 was conducted. Convened to propose only minor changes in the Articles of the Confederation (which allowed the United States no executives, no courts, and no power to tax), the delegates created, instead, a new constitution. Many saw secrecy as a prerequisite for this achievement, given the hostile groups that would have fought any agreement had they known about the proposed changes". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 183

<sup>264</sup> Para Bary Stulberg esa confusión se ve incrementada con las decisiones de la Suprema Corte Norteamericana ya que las mismas reconocen diferentes fundamentos para dicho

que esa facultad o licencia para clasificar,<sup>265</sup> es necesaria para que el Ejecutivo pueda desempeñar las funciones que le son propias, sobre todo para garantizar la seguridad y defensa de las instituciones democráticas. Al respecto, nos recuerda Bruce Fein, que el Juez Jackson dijo que la manera de interpretar la Constitución Norteamericana debe ser tal que suponga que el Ejecutivo cuente con la facultad para clasificar la información que considere necesaria para salvaguardar la seguridad nacional, la defensa del Estado o las relaciones exteriores, ya que de lo contrario y de limitarse tal privilegio, sería reconocer que el mismo puede perder los poderes que implícitamente tiene para tales propósitos; lo cual, a su parecer, equivaldría a convertir a la Constitución en un "pacto suicida". Para él, por consiguiente, los valores libertad –incluido por supuesto el derecho a la información como corolario del derecho a la libertad de expresión que se reconoce en la Primera Enmienda de la Constitución– y defensa del Estado son valores que están en una misma jerarquía.<sup>266</sup>

---

privilegio; en palabras de dicho autor: "The constitutional basis of the state secrets privilege is unclear. In *United States v. Reynolds*, the Court suggested that the privilege was rooted in the separation of powers. In *United States v. Nixon*, the Court appears to have derived the privilege from the President's Article II duties as Commander in Chief and his responsibility for the conduct of foreign affairs". STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege: The Executive Caprice Runs Rampant", en Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, Volumen 9, Número 2, año 1987, p. 449-50

<sup>265</sup> Así le llama M. Cheh por el amplio margen de maniobra con que cuentan los presidentes; en sus palabras: "American presidents enjoy almost uncontrollable discretion to withhold military, diplomatic, and other 'national security' information from the public[...] Because the executive branch both establishes the criteria for classification and performs the actual classification of such information, the FOIA national security exception is not so much an exemption as it is a license to withhold". CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive Secrecy: Rethinking Freedom of Expression for Government Employees and the Public Right of Access to Government Information", en Cornell Law Review, abril 1984, número 69, pág. 690-1

<sup>266</sup> Esa equiparación de los valores tiene por objeto la supervivencia de la nación. En palabras de B. Fein: "[...] confidentiality may be equally vital to ensure that the executive branch can perform its duties. Safeguarding the nation's survival or supporting urgent foreign policy or national security goals may require the President to withhold classified information from the public or Congress. This executive branch secrecy is not inherently at war with the

Las posiciones contrarias a lo anterior parten del reconocimiento de los amplios poderes del Ejecutivo, sobre todo para el manejo de las relaciones exteriores y la seguridad nacional, pero consideran que de ello no se desprende un control absoluto y total sobre la información que produce, y mucho menos se infiere una facultad para ocultar o manipular la información mediante su divulgación arbitraria; ya que ello, en principio, afecta la percepción del público de dichas políticas y, por consiguiente, distorsiona la discusión pública sobre la política exterior y la seguridad nacional, lo cual en definitiva contraviene el espíritu de la Constitución.<sup>267</sup> Además, los que enarbolan dicha oposición también fundamentan su postura en el hecho de que en la práctica el Ejecutivo emplea dicho privilegio, y sustrae cierta información relativa a la seguridad nacional, para su beneficio personal o del partido al que pertenece o de la organización burocrática de la administración en sí.<sup>268</sup> El beneficio –aducen los críticos– consiste en retener la información o documentación con el exclusivo propósito de esperar a que las condiciones

---

ethos of the Constitution. The constitutional preamble gives national defence equal status with 'the blessings of liberty.' Justice Jackson recognized this when he warned against interpreting the Constitution as a suicide pact. Chief Justice Hughes stated the principle even more explicitly: 'Self-preservation is the first law of national life and the Constitution itself provides the necessary powers in order to defend and preserve the Constitution'. FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 806. Por su parte G. Zelik señala que "National security is a valid and indeed vital consideration and it is the duty of the Government to accord it the highest priority, but it must not be devalued and should as a justification for otherwise dubious action be resorted to only when it is absolutely necessary. Law and practice should ensure that it is taken no further and that is the duty of the judges who must accord that consideration no less high a priority". ZELICK, Graham. "National Security, Official Information and the Law", en Contemporary Review, 121 año de publicación, October 1986, p. 196

<sup>267</sup> Para abundar sobre lo anterior, Ver: NOTA. "Keeping Secrets: Congress, the Courts, and National Security Information", en Harvard Law Review, Número 103, Febrero 1990, p. 906

<sup>268</sup> Al respecto Halperin & Hoffman nos dicen: "In general, members of bureaucratic organizations tend to identify the interests of the public as a whole with those of their own group, as perceived by the dominant career personnel. This means that outside consultation is not only potentially a nuisance, but that it is unnecessary: Senior officials themselves are the best judges of the public interest". HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top

varíen de tal manera que la política oculta –realizada o que pretende llevar a cabo– no sea rechazada, o bien, se minimicen las opiniones contrarias a ella, por parte del Congreso, la oposición, la burocracia misma o el público. Al respecto, Halperin & Hoffman nos recuerdan como "[...]los presidentes han empleado la figura del secreto para excluir a dichos grupos de la toma de decisiones y acciones de grandes consecuencias".<sup>269</sup> Resulta claro que los efectos de esta clase de abusos lleva a resultados sumamente perniciosos para la democracia<sup>270</sup> y para el Estado de Derecho, ya que se vuelve muy difícil exigir responsabilidades a los políticos cuando el documento que contiene la información que describe sus conductas no es del conocimiento

---

Secret. National Security and the Right to Know, Ed. New Republic Books, Washington D.C. 1977, p. 34

<sup>269</sup> (Traducción nuestra) HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 31. En ese mismo sentido Mary Cheh nos recuerda que "Allowing the executive branch a virtual free hand to withhold information is not, however, cost free. It invites excessive secrecy and abuse of power. It may result in silencing public employees or punishing them for 'unauthorized' speech. It inevitable reduces the amount of information available to the public." CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...]", *op. cit.*, pág. 693. M. Ramsay nos dice también que "It is widely accepted that secrecy results both in bad decision making and that secrecy itself is used to cover up bias in the decision-making process, mistakes, inefficiency, waste, policy failures as well as corruption and other forms of injustice". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands", en CLIFFE, Lionel; RAMSAY, Maureen; BARTLETT, Dave. The Politics of Lying. Implications for Democracy, Ed. St. Martin's Press, Inc., New York 2000, p. 37. En ese mismo sentido: "[...]critics complain that the executive withholds valuable information needed for deliberation on important matters of foreign affairs and national security. This Part suggests that the classification system is problematic not only because government officials overclassify information, but also because of their ability to declassify information selectively. The power to declassify and release information allows the executive to manipulate and construct public discussion by disclosing only selected morsels of information. If such selective disclosure does not affirmatively misinform Congress and the public, it certainly threatens to skew the public's perceptions of foreign affairs". NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...]", *op. cit.*, p. 910-1. B. Stulberg al respecto opina que: "in many of the cases (in which the state secrets privilege is asserted) the information is really being withheld in order to gain advantage in the suit or to avoid official embarrassment or simply to avoid troublesome interruption of bureaucratic routine". STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...]", *op. cit.*, p. 466

<sup>270</sup> Ello lo reconoce M. Ramsay de la siguiente manera: "The justification of lies and deceit on consequentialist grounds seems to violate democratic principles rather than being compatible with the fact that in a modern democratic society politicians are representative of, and accountable to, the people". RAMSAY, Maureen. "Justifications for Lying in Politics", en CLIFFE, Lionel; RAMSAY, Maureen; BARTLETT, Dave. The Politics of Lying[...], *op. cit.*, p. 25

público.<sup>271</sup> No olvidemos que los políticos, por lo general, han aprendido de Maquiavelo<sup>272</sup> que para vencer en la lucha por el poder o para conservarse en él, la mentira y en el engaño son medios justificables e incluso necesarios,<sup>273</sup> por lo que el abuso del secreto, como medio de control, no es algo fuera de lo común en las democracias contemporáneas.

Como mencionamos, la negativa de proporcionar la información puede tener su fundamento en dos actos de autoridad. El primero de ellos consiste, propiamente, en la clasificación, que no es otra cosa que colocarle un sello al documento que contiene la información que debe ser tratada, según sea el caso, como ultrasecreta, secreta, confidencial o reservada; y el segundo, que

---

<sup>271</sup> Al respecto, M. Ramsay reconoce que: "Without accurate information it is not possible to hold public official to account. Without the right to know, the way is open for governments to withhold, distort and manipulate information for their own ends". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...], *op. cit.*, p. 36. Más adelante, la citada autora señala que el "Professor Alexander Bickel once suggested that, when it comes to withholding information from the public, the President can constitutionally do as he pleases. '[T]he power to arrange security at the source, looked at in itself, is great,' and 'the law in no wise guarantees its prudent exercise or even effectively guards against its abuse.' The only countervailing powers that Professor Bickel perceived were the institutionalized press and the political process". CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...], *op. cit.*, pág. 732.

<sup>272</sup> Así nos lo recuerda M. Ramsay: "Politicians follow in Machiavelli's footsteps when they sanction violence to defend their power positions, when they resort to fraud and force to eliminate opposition, when they break their promises, when they manipulate the sentiments of their citizens, when they deceive them through propaganda, lies and silence, when they justify these methods in the name of the national interest of the public good". RAMSAY, Maureen. "Justifications for Lying[...], *op. cit.*, p. 26

<sup>273</sup> Se desarrolla con ello una especie de teoría de la "mentira justa". Al respecto, M. Ramsay nos recuerda: "According to a 'just lie' theory, secrecy and deception would first have to be justified according to whether they were undertaken to secure some just cause, some vital objective, some national or public interest. In order to reconcile secrecy and deception with democracy it would have to be argued further that these means are justified because politicians are acting in our name and in our interests and because of this it can be assumed that in a hypothetical situation of foreknowledge the public would consent to the deception in advance". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...], *op. cit.*, p. 29

consiste en negarle el acceso al documento o información a la persona que lo solicite porque la ley declara dicha información como secreta.<sup>274</sup>

### 1. El secreto oficial en el poder ejecutivo

Así, por lo general, la facultad de clasificar información se le otorga al poder Ejecutivo. El Ejecutivo se entiende, para efectos de dichas legislaciones no a la persona del presidente, sino a toda la organización del poder ejecutivo,<sup>275</sup> por lo que dicha facultad, por lo general, y en el mejor de los casos, recae en las manos de los titulares del ramo o de las secretarías, ministerios o departamentos de la administración pública.<sup>276</sup> Pero, dada la compleja atribución de funciones en la administración pública, las facultades aludidas

---

<sup>274</sup> Por ejemplo, en Suecia se reconoce que "An official document containing information subject to secret may be marked secret. It is, however, generally not necessary to make such a mark indicating secrecy. Notation other than the word 'secret' may not be used. Thus, expressions such as 'in confidence', 'confidential' or 'for official use only' must *not* be used[...] If a person requests to see a document, marked as secret, the issue of providing the document should be considered in the normal manner. Thus, a mark denoting secrecy does not release the authority from the obligation to consider the request. Consequently, a notation or mark of secrecy only operates as a 'warning signal'". Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia Regeringkansliet. *Public Access to[...]*, *op. cit.*, p. 26 Así también, el artículo primero de la *Ley Española de Secretos Oficiales* señala "Uno. Los Órganos del Estado estarán sometidos en su actividad al principio de publicidad, de acuerdo con las normas que rijan su actuación, salvo los casos en que por la naturaleza de la materia sea ésta declarada expresamente <clasificada>, cuyo secreto o limitado conocimiento queda amparado por la presente Ley. Dos. Tendrán carácter de secreto, sin necesidad de previa clasificación, las materias así declaradas por ley". Por su parte, el Artículo 25 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* señala que "A secret official document, which is given to a party and secret in the public interest or the interest of a third party, shall be put under seal. Also other secret documents may be put under seal. The seal of secrecy shall indicate the part of the document that is secret and the basis for its secrecy. If the secrecy is based on a provision involving strict secrecy, the seal of secrecy need not indicate more than the provision on which the secrecy is based".

<sup>275</sup> De tal manera que al secreto se le denomina 'secreto burocrático'. Al respecto Halperin & Hoffman nos dicen: "The bureaucratic secrecy system is much more formally structured and routinized than is the presidential practice of secrecy". HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. *Top Secret. National[...]*, *op. cit.*, p. 33

<sup>276</sup> Por ejemplo, la *Orden Ejecutiva 12958* señala en su artículo 1.4. Classification Authority".(a) The authority to classify information originally may be exercised only by: (1) the President; (2) agency heads and officials designated by the President in the Federal Register; or United States Government officials delegated this authority[...] (b) Officials authorized to classify information at a specified level are also authorized to classify information at a lower level".



de los funcionarios mencionados son delegables a funcionarios menores.<sup>277</sup>

Por ello, esa facultad de clasificar información puede estar en manos de un gran número de personas, generando así la posibilidad de que se oculten millones de documentos o informaciones cuya divulgación no necesariamente afectaría los intereses jurídicos que se pretenden garantizar con la limitación de la publicidad y, por el contrario, su conocimiento por el público seguramente nutriría, incrementaría y robustecería el debate de los asuntos

---

<sup>277</sup> Salvo en España, los demás Estados bajo estudio contemplan la posibilidad de la delegación de facultades de clasificación. El artículo 5 de la Ley de Secretos Oficiales señala que "La facultad de clasificación a que se refiere el artículo anterior no podrá ser transferida ni delegada". Sobre las facultades de delegación, Ver: artículo 73 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. En Italia por ejemplo, el artículo 4.7 de las "Rules governing the arrangements for the exercise and for cases of denial of the right to access to administrative documents, in implementation of Article 24.2 of Law No. 241 of 7 August 1990 enacting new rules in the matter of administrative procedures and right of access to administrative documents (Decree of the President of the Republic No. 352, 27 June 1992, Published in *Gazzetta Ufficiale* No. 177, 29 July 1992) señalan que "La persona responsable del procedimiento de acceso deberá ser el titular o el empleado que el designe, o cualquier otro empleado asignado a la unidad competente de producir el documento o retenerlo[...]" Además, el artículo 7.1 de dichas reglas señala que "La respuesta que niegue, limite o posponga el acceso solicitado deberá ser motivado, por la persona responsable por el procedimiento de acceso[...]" El artículo 4 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa* señala que "(1) A head may delegate in writing to a member of the staff of the public body concerned any of the functions of the head under this Act[...] (2) A delegation under subsection (1) ("a delegation") may- (a) relate to functions generally or specified functions or be in respect of records generally or specified classes of records or specified records, and (b) be to a specified member or specified members of the staff of the public body concerned or to such members who are of a specified rank or grade or of a rank or grade not lower than a specified rank or grade and may delegate different functions or classes of function to different such members or classes of members". En el Reino Unido, puede clasificar información cualquier funcionario de la Corona. La legislación señala que "[...] the term 'Crown servant' includes Ministers, civil servants, members of the armed forces, police officers and any other person employed or appointed in or for the purposes of any police forces[...] The Secretary of State may prescribe as Crown servants office-holders and some or all of their staff. The Comptroller and Auditor-General and employees of the National Audit Office have been so prescribed". BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 29. En Suecia "The matter is considered in the first instance by the *official* responsible for the care of the document, for example, a registrar or a person reporting on a matter[...] if the official refuses to provide the document or supplies it subject to a reservation[...], the matter must be referred to the authority on the request of the applicant. The applicant shall be advised that he may make such a request and that a decision by the authority must be made in order for it to be possible to appeal against a decision. 'The Authority' can be a more senior official or, for example, the authority's board". Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia REGERINGKANSLIET. *Public Access to[...]*, *op. cit.*, p. 26-7

públicos del Estado.<sup>278</sup> Esta facultad o privilegio para algunos, atribuida al Ejecutivo, ha llegado a aberraciones tales como, por ejemplo, la capacidad clasificatoria como *top secret* en 1995 era facultad de alrededor 21,871 funcionarios clasificadores originales y 374,244 funcionarios con facultades delegadas para ejercer dichas funciones.<sup>279</sup> Y más aún, la facultad en comento, por lo general, se extiende a departamentos, ministerios o secretarías que no se encargan propiamente de proteger o de conservar documentación relacionada con los intereses aludidos y que se pretenden proteger con su ocultamiento. Así, A. Theoharis relata como el personal del FBI (acrónimo de Federal Bureau of Investigations o en español Buro Central de Investigaciones; en adelante nos referiremos a él como el "FBI") deliberadamente hace complicadas interpretaciones de la información para que se pueda clasificar información en su beneficio de conformidad con las excepciones a la ley y con ello dificultar su consulta, pero para dicha instancia el problema no se circunscribe a la vaguedad de la norma que permite lo anterior, ni a la importancia de proteger la información en beneficio de las operaciones, la seguridad nacional o la privacidad, sino que, por el contrario, el problema reside en "la cultura burocrática hostil al principio de acceso del

---

<sup>278</sup> Sissela Bok identifica una tendencia al abuso en el empleo del secreto administrativo, sobre todo ente los funcionarios con un fuerte sentimiento de misión y que sienten estar sobre cualquier consideración moral. Asimismo, reconoce que cuando un gobierno controla a la policía secreta y la censura, la "secrecia" se transforma en un fin en sí mismo; lo cual, a su vez, produce cambios en aquellas personas que lo ejercitan, en la percepción que tienen de ellos mismos, y en su voluntad por manipular y ejercer coerción para mantener el secreto y, por consiguiente, protegerse. BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 177

<sup>279</sup> Tomado de MOYNIHAN, Daniel Patrick. "The culture of secrecy", en *The Public Interest*, Núm. 128, Verano 1997, p. 66-7

público a la información de los archivos del FBI".<sup>280</sup> Según D. P. Moynihan retomando a M. Weber "una cultura de la burocracia siempre tenderá a fortalecer la cultura del secreto".<sup>281</sup>

Así, los funcionarios del más bajo nivel "obsesionados por el dogma contra la apertura" (*dogma against disclosure*)<sup>282</sup> o por otros motivos de similar naturaleza, por lo general, responden a las solicitudes de información denegándolas.<sup>283</sup> Además, cuando la decisión de un funcionario menor se debe avalar por su superior jerárquico, e incluso por otro u otros de más alto nivel, la interpretación negativa de la solicitud de divulgación debe escalar la cadena de mando o responsabilidad administrativa hasta llegar al facultado para clasificar la información, quien, por lo general, no tendrá el tiempo

---

<sup>280</sup> THEOHARIS, Athan G. "The Freedom of Information Act Versus the FBI", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998, p. 21-2

<sup>281</sup> (Traducción nuestra). MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 153

<sup>282</sup> Bary Stulberg, cita un tratado sobre "la prueba" (*evidence*) elaborado por el profesor norteamericano Wigmore, en el que nos dice "[...]invoke the privilege only after personal consideration of the material rarely occurs in practice. Professor Wigmore, in his treatise on evidence, commented on the process by which the department head arrives at his decision whether to invoke the privilege: 'The subordinate at (the) lowest point, obsessed by the general dogma against disclosure, prepares a reply denying the application; he will usually not have the initiative or the courage to propose an exceptional use of discretion in favor of granting the application. This draft reply is sent up, 'through channels'[...] past two or more intervening superiors (each one treating it in routine fashion), till it reaches the Departmental head or other chief officer whose signature is necessary'". STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...]", *op. cit.*, p. 461

<sup>283</sup> Halperin & Hoffman identifican un temor a la exposición que lleva a los funcionarios a abusar en el ejercicio de su función clasificatoria de documentos. En sus palabras: "Thus and official who believes that disclosure of information could cause some damage, no matter how small, feels free, if not obliged, to classify a document". HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 33. Más adelante señalan que "Officials know that they will not be reprimanded for overclassifying. There are no formal review procedures of significance. In practice, senior officials always prefer that junior officials err on the side of secrecy, not only because of the general preference for secrecy but also because a decision to classify, if it later appears mistaken, can easily be reversed. Information once released, however, cannot be called back". HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 33

suficiente para verificar si dicha clasificación ha sido efectuada apropiadamente.<sup>284</sup> Además, los superiores jerárquicos trabajan con la confianza de que el inferior lleva a cabo sus funciones de manera profesional, o por lo menos actúa siempre de buena fe y, por consiguiente, en principio, por esa confianza que se le debe tener al inferior para hacer operante a la administración pública, se presume que las decisiones son correctas.<sup>285</sup> El exceso en la clasificación ha llegado a tales niveles de abuso que, por ejemplo, ex funcionarios de la administración pública de los Estados Unidos de América han declarado que el clasificar información se ha convertido, por su utilización regular y cotidiano, incluso, en una *forma de vida*.<sup>286</sup>

---

<sup>284</sup> Miguel Revenga nos recuerda como "David Cooke, un funcionario del Departamento de Defensa, reconocía ante la misma Comisión la imposibilidad de dar cifras, aunque aventuraba que sólo en dicho Departamento <podría haber más de veinte millones de documentos clasificados>, y que una de las razones del fracaso del sistema de desclasificación previsto en la orden ejecutiva es que <los que tienen la responsabilidad de decir la última palabra al respecto están siempre ocupados en tareas más importantes>". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], op. cit., p. 85. En ese sentido Halperin & Hoffman señalan que "While we recognize that national security concerns give rise to a legitimate need for some secrecy, it would seem that the unchecked practice of presidential discretion –often unavoidably delegated to senior advisers- has led to abuses, mistakes, and setbacks for national unity and self-confidence, if not for national security as well". HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], op. cit., p. 32.

<sup>285</sup> En ese sentido M. Cheh nos dice: "Formally the Executive selects trustworthy personnel, maintains the physical security of secret data, conditions employment on promises of secrecy, and investigates and punishes breaches of security. Although the Directive relies primarily on the last two methods, all of these strategies, except physical controls, can intrude upon constitutional liberties such as freedom of speech or equal protection of the law. To illustrate, in conditioning employment on promises of secrecy, the government may ask that employees avoid criticism of government policies or restrict their contact with members of the press. In hiring only trustworthy personnel, the government might reject individuals along impermissible lines, refusing to hire communists, homosexuals, or women". CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...]", op. cit., pág. 699. Por su lado B. Stulberg nos dice: "Moreover, even if the department head does move more pressing matters aside in order to consider the merits of disclosure requests before him, he will usually take the staff proposals 'on compulsory faith'; 'staff recommendations will inevitably be taken as prima facie correct'". STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...]", op. cit., p. 462.

<sup>286</sup> M. Revenga nos recuerda que: "En junio de 1971, William Florence, oficial de la Fuerza Aérea y reconocido especialista en materia de clasificación declaraba ante una comisión de la Cámara de Representantes que <la práctica de clasificar en exceso se ha extendido tanto que el sistema clasificatorio está literalmente desbordado>, habiéndose convertido la costumbre de clasificar en un <sistema de vida> (*a way of life*), pese a que, en su opinión, <menos de la mitad de un uno por ciento de los documentos a los que se les estampa el sello

Por otro lado, el uso del secreto se ha extendido a partes del gobierno que nada, o casi nada, tienen que ver con la seguridad nacional, la protección o defensa del Estado, las relaciones exteriores, la investigación de los delitos o la salvaguarda de la información que los particulares le otorguen al Estado de manera confidencial. Al respecto Luis María Díez-Picazo nos dice "[...] que la facultad de decretar el secreto sea encomendada a cualquier ministro: además de rayar en lo absurdo –es difícil imaginar, por ejemplo, qué documentos de su competencia puede seriamente declarar secretos el Ministro de Educación y Cultura–, ello es peligroso porque pone una decisión tan grave como sustraer al público información políticamente relevante y delicada en manos de una sola persona".<sup>287</sup>

Otra práctica que llama la atención es el hecho de que en ocasiones los agentes del Estado que son increpados por autoridades judiciales o que se les solicita información se rehusan a responder sobre la existencia o inexistencia del documento o archivo.<sup>288</sup>

---

contienen información digna de ser incluida en el nivel de clasificación más bajo de los contemplados en la orden ejecutiva 10.501> (la de Eisenhower reformada por Kennedy)". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 85. Sissela Bok señala que "As the number of secrets grows, bureaucracies and executives seek the stamp of secrecy to protect themselves, not just the nation". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 198. Scott Armstrong por su parte señala que "Government employees have been granted extraordinary latitude by their superiors over record classification and preservation. The prohibitions and penalties -even criminal penalties- against abuse of record standards are lax and ineffectual, with the result that the minimum standards for secrecy are often set by the lower-level bureaucrat with access to the information. The result: virtually anything can be kept secret by anyone who wants to obstruct public access -at least for a short time". ARMSTRONG, Scott. "The War over Secrecy: Democracy's Most Important Low-Intensity Conflict", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of[...], *op. cit.*, p. 160

<sup>287</sup> Díez-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 38-9

<sup>288</sup> Al parecer de Dempsey "Such a position makes a mockery of the concept of legitimate secrecy". DEMPSEY, James X. "The CIA and Secrecy", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of[...], *op. cit.*, p.

Resulta relevante resaltar el mecanismo *sui generis* de clasificación que encontramos en la legislación española sobre *secretos oficiales*,<sup>289</sup> que consiste en que la facultad clasificatoria recae, exclusivamente en el Consejo de Ministros y la Junta de Jefes Estado Mayor, en las esferas de sus respectivas competencias. Remarcamos la importancia de esta facultad, por su carácter colegiado, ya que la decisión de sustraer algo del conocimiento del público no se toma de manera individual, evitando en cierta medida el margen de error que se puede tener al clasificar información por una sola persona o personas bajo su mando. Además, nos parece una forma sensata de autocontrol del Estado en el posible abuso en la facultad de ocultar información, pero sobre todo para sustraerla sin motivo aparente del conocimiento público.<sup>290</sup>

## 2. El secreto oficial en el poder legislativo

---

<sup>289</sup> La *Ley Española de Secretos Oficiales* señala en su artículo 4 que "La calificación a que se refiere el artículo anterior corresponderá exclusivamente en la esfera de su competencia al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor". En 1978 se modificó la legislación sobre secretos oficiales de existencia desde 1968. Uno de los aspectos relevantes de la reforma es establece una "b) Restricción de la legitimación para clasificar una materia como secreta o reservada: únicamente el Consejo de Ministros (no se autoriza al Presidente del Gobierno por sí solo) y la Junta de Jefes de Estado Mayor (art. 4), sin que en ningún caso quepa delegación (art. 5)." LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. *Las libertades de[...]*, *op. cit.*, p. 346. Asimismo, Ver: COUSIDO González, María Pilar. *Comentarios a la Ley[...]*, *op. cit.*, p. 35 y 58. También, Ver: LOZANO, Blanca. *La desclasificación de los secretos de Estado*, Ed. Civitas, Colección Cuadernos, 1a ed., Madrid 1998, p. 144 y ss.

<sup>290</sup> Luis María Díez Picazo critica la facultad de clasificación en manos del Consejo de Ministros. Al respecto, nos dice: "[...]la posibilidad de que todos y cada uno de los ministros puedan decretar el secreto[...] es sumamente criticable al menos, por dos órdenes de motivos: primero, si se restringen las materias susceptibles de secreto oficial a lo estrictamente previstos por el artículo 105 de la Constitución (seguridad y defensa del Estado), es difícil imaginar qué informaciones o documentos pertenecientes a sus respectivas esferas de atribuciones podrían razonablemente clasificar cualesquiera ministros distintos de los de Interior, Defensa y, con reservas, Asuntos Exteriores; segundo, incluso dentro de estas materias, la decisión de decretar el secreto oficial es extremadamente grave en una democracia y, por ello, es mejor que sea tomada colegiadamente y al más alto nivel del poder ejecutivo. Colegiadamente, porque la colegialidad lima las pasiones y favorece la reflexión[...]. no hay que olvidar que, precisamente por esta razón la responsabilidad política del Gobierno es colectiva y solidaria. Es mejor, por tanto, que la facultad de decretar el secreto corresponda solo al Gobierno en pleno, mediante decisión tomada en Consejo de Ministros". DÍEZ-PICAZO, Luis María. *Sobre secretos oficiales[...]*, *op. cit.*, p. 47-8

En las democracias contemporáneas, el trabajo de los parlamentos se caracteriza por desempeñarse en público.<sup>291</sup> En democracia, el parlamento es el foro del debate público de los asuntos del Estado por excelencia.<sup>292</sup> De esa manera, las sesiones plenarias de los parlamentos y sus cámaras, por lo general, se celebran a puertas abiertas, es decir se trata de sesiones públicas,<sup>293</sup> cuyo acceso sólo se verá limitado, en principio, por que

---

<sup>291</sup> El fundamento está en los cimientos mismos de la idea de democracia representativa. Al respecto E. Rekosh nos dice: "Transparency is especially important, however, to ensure that elected representatives are genuinely accountable to their constituents. For citizens to make informed political choices based on the activities undertaken by their elected representatives, the parliament must conduct its business in the open". REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye. Parliamentary Transparency in Europe and North America, Ed. International Human Rights Law Group, Washington D.C. 1995, p. 2

<sup>292</sup> Al respecto recordemos lo que el Tribunal Constitucional Español ha señalado: "En la Sentencia 136/1989, de 19 de julio declaró que <la publicidad de la actividad parlamentaria, que es una exigencia de carácter representativo de las Asambleas en un Estado democrático, mediante la cual se hace posible el control político de los elegidos por los electores, ofrece dos vertientes: una, la publicidad de las sesiones; otra, la publicación de las deliberaciones y de los acuerdos adoptados>". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 52

<sup>293</sup> Por ejemplo, ello es así en Alemania, Austria, Canadá, Estados Unidos de América, Finlandia, Francia, Holanda, Noruega, Reino Unido y Suecia. Para un análisis comparativo de las disposiciones Constitucionales y reglamentos de los parlamentos, Ver: REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye[...], *op. cit.* y REKOSH, Edwin. "Parliamentary Transparency: An Essential Element of Democratic Legitimacy and the Rule of Law (The Findings of a Region – Wide Study of 20 OSCE States)", en Bulletin of the Office for Democratic Institutions and Human Rights of the OSCE, Vol. 4, No. 1, Warsaw, Winter 1996/1996. En España Ma. Cruz Llamazares nos recuerda que: "[...]el principio general de publicidad de las sesiones parlamentarias se recoge en el artículo 80 de la C.E. referido a las sesiones <plenarias> de las Cámaras (nada se dice del trabajo de las Comisiones). La propia Constitución establece la posibilidad de establecer excepciones, bien por acuerdo adoptado por mayoría absoluta en cada Cámara, bien porque estén prevista en el Reglamento". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 330. Asimismo, ello nos lo recuerda la profesora Cousido de la siguiente manera: "Las sesiones del Pleno del Congreso serán públicas, salvo cuando sean cuestiones sobre el decoro de la Cámara o de sus miembros, o sobre la suspensión de un Diputado; o cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes, conclusiones de la Comisión del Estatuto de los Diputados[...]" COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 91. Por su lado, J. F. Mestre Delgado reconoce: "Y, por lo que refiere al Poder Legislativo, aunque nada indique expresamente la Constitución, existen suficientes determinaciones en los Reglamentos de las Cámaras, producidos en virtud de la remisión operada por el artículo 72.1 de la Constitución. En ellos se establecen, entre otras previsiones, que las sesiones del Pleno serán públicas (art. 63 del Reglamento del Congreso y 72 del Reglamento del Senado), con las excepciones que allí se señalan; que aunque las sesiones de las Comisiones no sean públicas, <podrán asistir los representantes debidamente acreditados de los medios de comunicación social, excepto cuando aquéllas tengan carácter secreto> (art. 64.1 del Reglamento del Congreso; en similares términos se pronuncia el art. 75 del Reglamento del Senado); que, salvo en los casos de sesiones secretas, en el <Diario de Sesiones> del Congreso <se reproducirán íntegramente, dejando

únicamente pueden asistir aquellas personas que puedan ocupar el espacio que dispongan para recibir al público, además de que se publican sus deliberaciones en los diarios de debates, diarios de sesiones o gacetas parlamentarias. Sin embargo, en gran parte de las democracias se contempla la posibilidad de que algunas sesiones se desahoguen en secreto o de manera privada o confidencialmente.<sup>294</sup>

Para ello, por lo general, se exige que la sesión secreta sea solicitada por algún parlamentario, una fracción del parlamento, su presidente, un

---

constancia de los incidentes producidos, todas las intervenciones y acuerdos adoptados en sesiones del Pleno, de la Diputación Permanente y de las Comisiones que no tengan carácter secreto> (art. 96.1 del Reglamento del Congreso; respecto al Senado, la regulación se encuentra en el art. 190 de su Reglamento)[...]" MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 35

<sup>294</sup> Esta posibilidad es algo que se reconoce desde la redacción de la constitución norteamericana el siglo XVIII. B. Fein nos recuerda que Madison, como delegado a la Convención Constitucional, reconocía que "en limitadas circunstancias, el secreto es justificable para atender fines superiores al que el público este completamente informado". De hecho dicha Constitución contempla la posibilidad de que el Congreso sustraiga información del público o mantenga en secreto informaciones o documentos, en algunos casos. Uno de ellos consiste en que la Constitución permite a sus dos cámaras la no publicación en sus Diarios de Debates de aquellas partes que el Congreso considere que es necesario mantener en "secreto". El segundo faculta al Congreso para establecer partidas secretas para gastos relacionados con proyectos sensibles en materia militar y de política exterior. Ver: FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, p. 805-6) Además, cuando se celebran audiencias que versan sobre información clasificada por el Ejecutivo como secreta se pueden llevar a cabo sesiones ejecutivas cerradas: "Hearings involving classified information can be held in closed executive sessions; classified documents can be made available for examination by members of Congress or their staffs only in executive branch offices; disclosure of classified documents can be made only to select committees or select members; classified documents can be held in secure rooms and safes in congressional offices for perusal there without notetaking; debates on the floor of the House or Senate concerning national security information can be held in secret; or classified information may be transmitted to congressional committees only with pledges of secrecy". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, p. 816. Al respecto, Sandra Coliver nos dice que "Parliamentary sessions are generally public in all of the countries studied. In Austria, Germany and Sweden, openness is mandated by the constitution. Exceptions are permitted in narrowly drawn circumstances, such as when classified information is to be discussed. Spain's Constitution provides that plenary sessions of the Congress and Senate shall be public but may be closed by majority vote of each chamber". COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of[...], *op. cit.*, p. 278. En los EUA, las deliberaciones secretas en parlamentos era común "Although Senate sessions were closed at first, in 1794 a resolution was adopted creating public galleries that were to remain open 'so long as the Senate shall be engaged in their legislative capacity, unless in such cases as may, in the opinion of the Senate, require secrecy, after which the said galleries shall be closed". MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 81



porcentaje de representantes, el gobierno o el presidente del país, y que dicha solicitud de celebrar la sesión en privado se apruebe por mayoría.<sup>295</sup> Además, otro requisito para que lo anterior pueda suceder es que la publicidad de la información que se vaya a discutir, de conocerse, pueda afectar el buen funcionamiento del parlamento, la seguridad nacional, la defensa nacional, las relaciones internacionales del Estado o la intimidad de particulares o parlamentarios. Sin embargo, en algunas ocasiones no se exige el requisito de que se vayan a tratar esos temas, sino que es suficiente la simple decisión de la mayoría para cerrarle las puertas al público.<sup>296</sup>

---

<sup>295</sup> Por ejemplo, el artículo 63 del Reglamento del Congreso de los Diputados Español señala: "Las sesiones del Pleno serán públicas con las siguientes excepciones: 1.º Cuando se traten cuestiones concernientes al decoro de la Cámara o de sus miembros, o de la suspensión de un Diputado. 2.º Cuando se debatan propuestas, dictámenes, informes o conclusiones elaborados en el seno de la comisión del Estatuto de los Diputados o formuladas por las Comisiones de Investigación. 3.º Cuando lo acuerde el Pleno por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de la Mesa del Congreso, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de los miembros de la Cámara. Planteada la solicitud de sesión secreta, se someterá a votación sin debate y la sesión continuará con el carácter que se hubiera acordado. Por su lado el Reglamento del Senado en su artículo 72 señala que "Las sesiones plenarias del Senado serán públicas, a no ser que a petición razonada del gobierno o de cincuenta Senadores se acuerde lo contrario por la mayoría absoluta de la Cámara. Serán secretas en los casos previstos en este Reglamento". Así M.C. Llamazares nos recuerda como "[...]tanto el Reglamento del Congreso de los Diputados (en adelante R.C.) como el Reglamento del Senado (en adelante R.S.) regulan la publicidad de las sesiones plenarias (Arts. 63 del R.C. y 72 del R.S.). Pero a continuación, en los mismos artículos, ambos establecen excepciones a ese principio general de publicidad, excepciones que son, en general, aquellas que acuerde el pleno por mayoría absoluta de sus miembros, y en concreto, en el caso del Congreso de los Diputados, serán siempre secretas las sesiones en que se traten asuntos relativos a: a) el decoro de la Cámara o de sus miembros, o la suspensión de un Diputado; b) informes o propuestas elaboradas por la Comisión del Estatuto de los Diputados o por las Comisiones de Investigación". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de..., *op. cit.*, p. 330-1. Así también puede suceder en Austria, Canadá, Finlandia, Francia, Alemania, Holanda, Noruega, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos de América. Ver: REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye..., *op. cit.*, págs. 19 y ss. (Austria), 38 y ss. (Canadá), 61 y ss. (Finlandia), 72 y ss. (Francia), 85 y ss. (Alemania), 162 y ss. (Holanda), 172 y ss. (Noruega), 219 y ss. (Suecia), 229 y ss. (Reino Unido) y 248 y ss. (Estados Unidos de América).

<sup>296</sup> Por ejemplo en Austria, Canadá, Finlandia, Francia, Alemania, Holanda, Noruega, Suecia, Reino Unido, Estados Unidos de América. Para sus reglas específicas, Ver capítulos correspondientes en: REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye..., *op. cit.*, págs. 19 y ss. (Austria), 38 y ss. (Canadá), 61 y ss. (Finlandia), 72 y ss. (Francia), 85 y ss. (Alemania), 162 y ss. (Holanda), 172 y ss. (Noruega), 219 y ss. (Suecia), 229 y ss. (Reino Unido) y 248 y ss. (Estados Unidos de América).

Por otro lado, los parlamentos llevan a cabo sus funciones legislativas a través de comisiones y en su caso subcomisiones, también llamados, respectivamente, comités y subcomités. La regla más frecuente es que en ellos (comisiones/subcomisiones o comités/subcomités) se presume que las sesiones se celebran en privado.<sup>297</sup> En ocasiones esas sesiones secretas se llevan a cabo por la decisión mayoritaria de sus miembros,<sup>298</sup> pero

---

<sup>297</sup> En Austria, Alemania, Noruega y Suecia la regla general es que las comisiones sesionen a puerta cerrada. Al respecto, Ver: REKOSH, Edwin (Ed.). *In the Public Eye[...]*, *op. cit.* En España, el Reglamento del Congreso señala, en su artículo 64 que: "1. Las sesiones de las Comisiones no serán públicas. No obstante, podrán asistir los representantes debidamente acreditados de los medios de comunicación social, excepto cuando aquéllas tengan carácter secreto. 2. Las sesiones de las Comisiones serán secretas cuando lo acuerden por mayoría absoluta de sus miembros, a iniciativa de su respectiva Mesa, del Gobierno, de dos Grupos Parlamentarios o de la quinta parte de sus componentes. 3. Serán secretas, en todo caso, las sesiones y los trabajos de la Comisión del Estatuto de los Diputados y de las Comisiones de Investigación". Por su lado el artículo 75 del Reglamento del Senado señala que: "1. A las sesiones de las Comisiones podrán asistir los representantes acreditados de los medios de comunicación social. 2. En todo caso, serán secretas las sesiones de las Comisiones o aquéllos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores. 3. Las Comisiones podrán celebrar reuniones a puerta cerrada cuando, sin afectar a los temas antes expuestos, sea acordado por la mayoría absoluta de sus miembros". La doctrina al respecto nos recuerda lo anterior de la siguiente manera: "En principio, ambos Reglamentos establecen que las Comisiones no serán públicas, pero esta declaración queda inmediatamente desvirtuada por el hecho de que sí permiten la asistencia de los medios de comunicación debidamente acreditados (arts. 64.1 del R.C. y 75.1 del R.S)[...] la ausencia de publicidad se reduce a la prohibición de la presencia física de personas distintas de los representantes de los medios de comunicación y de los propios Diputados que formen parte de la Comisión, pero no a la imposibilidad de conocer a través de los medios de comunicación social lo que suceda en el seno de la misma". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. *Las libertades de[...]*, *op. cit.*, p. Miguel Revenga no recuerda que "Entre 1953 y 1970, no menos de una tercera parte del total de reuniones de las Comisiones y Subcomisiones se produjeron en ambas Cámaras a puerta cerrada[...] la aprobación de la *Legislative Reorganization Act[...]* instauró, entre otras medidas, el voto público y nominativo, en los Plenos y en las Comisiones y contempló la posibilidad de que las sesiones se televisaran. En 1973, la Cámara de Representantes acordó abrir a la prensa todas las reuniones de las Comisiones y en 1975 el Senado hizo lo propio. La posibilidad de reunirse a puerta cerrada quedó supeditada a que así fuera decidido por mayoría de los miembros de la Comisión correspondiente en voto público, y siempre y cuando el objeto de la reunión estuviera relacionado con una serie de materias: la seguridad nacional, investigaciones susceptibles de invadir el derecho a la intimidad, asuntos disciplinarios de miembros del *staff*, revelación de secretos comerciales, y <otros asuntos cuya confidencialidad venga exigida por ley>". (p. 144) "En los años transcurrido desde el final de la Segunda Guerra Mundial hasta 1990, el Senado ha celebrado treinta sesiones plenarias en secreto, casi todas ellas relacionadas con planes militares o discusión de informes de los Servicios de Inteligencia". REVENGA Sánchez, Miguel. *El imperio de la política[...]*, *op. cit.*, p. 145. Asimismo, Ver: COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of[...]", *op. cit.*, p. 279

<sup>298</sup> Por ejemplo en Canadá, Holanda y Estados Unidos de América. Para un acercamiento general al tema, Ver: REKOSH, Edwin (Ed.). *In the Public Eye[...]*, *op. cit.* En España "Nada



comúnmente tratándose de sesiones de algunos comités como los de relaciones exteriores, defensa y seguridad nacional,<sup>299</sup> de investigaciones,<sup>300</sup> y de inmunidades,<sup>301</sup> se celebren en secreto,<sup>302</sup> salvo que la mayoría de sus

---

impide que determinadas sesiones de las Comisiones parlamentarias sean declaradas secretas por acuerdo de la mayoría absoluta de sus miembros, siempre que se den las condiciones exigidas para justificar la restricción de las libertades de expresión e información: a) peligro para la vida humana; b) peligro de lesión para el derecho al honor, a la intimidad personal o familiar o a la propia imagen, siempre que dicha lesión no esté justificada por el interés general de la información o la opinión de que se trate; c) peligro para el mantenimiento del sistema democrático". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de..., *op. cit.*, p. 342

<sup>299</sup> Por ejemplo en España "[...]el Congreso de los Diputados, cuyo Reglamento declara expresamente secretas las sesiones de las Comisiones de Investigación (con la única excepción de aquellas que tengan por objeto comparecencias informativas), siempre que traten de asuntos relacionados con secretos oficiales o sometidos en ese momento a actuaciones judiciales declaradas secretas". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de..., *op. cit.*, p. 338

<sup>300</sup> Por ejemplo en Holanda. Ver: REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye..., *op. cit.*, págs. 162 y ss. Asimismo, en España "Al mismo artículo 64 se ha añadido un apartado en el que se dispone que las sesiones de las Comisiones de investigación preparatorias de su trabajo[...] no serán públicas>. Se añade que <serán también secretos los datos, informes o documentos facilitados a estas Comisiones para el cumplimiento de sus funciones, cuando lo disponga una Ley o cuando así lo acuerde la propia Comisión. Por el contrario, se ajustarán a lo previsto en el apartado primero de este artículo las sesiones que tengan por objeto la celebración de comparecencias informativas ante las Comisiones de Investigación, salvo que concurra alguno de los supuestos siguientes: a) Cuando la comparecencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente. b) Cuando a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas>". COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley..., *op. cit.*, p. 91

<sup>301</sup> Por ejemplo en Holanda y en los Estados Unidos de América. En Austria, Alemania, Noruega y Suecia la regla general es que las comisiones sesionen a puerta cerrada. Al respecto, Ver: REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye..., *op. cit.*, págs. (Holanda) 162 y ss. y (EUA) 248 y ss. Asimismo en España: "El artículo 75.2 del Reglamento del Senado señala "En todo caso, serán secretas las sesiones de las Comisiones o aquéllos puntos de las mismas que tengan por objeto el estudio de incompatibilidades, suplicatorios y cuestiones personales que afecten a Senadores". Nos preguntamos con M.C. Llamazares ¿Cuál es el fundamento en que se apoya la declaración de secreto en los casos en los que se ven involucrados los derechos y deberes de parlamentarios, sus prerrogativas, o la suspensión o pérdida de su condición? A ello respondemos con los siguiente: "[...]en general no tiene justificación la celebración de sesiones secretas, ya del Pleno de las Cámaras, ya de las Comisiones, cuando en ellas se traten asuntos relativos al estatuto de los parlamentarios. El secreto instituido para este caso como regla general, parece una medida claramente corporativa y que contradice tanto el principio de publicidad de las actuaciones parlamentarias consagrado en la Constitución como las libertades de expresión e información constitucionalmente configuradas como garantías institucionales del propio sistema democrático". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de..., *op. cit.*, p. 337

<sup>302</sup> Miguel Revenga Sánchez nos recuerda como en el Senado y Cámara de Representantes de los EUA "[...] confieren a las Comisiones de control sobre los Servicios de Inteligencia amplios poderes para supervisar la actuación de éstos, además de otorgarles competencia expresa para el debate de toda ley, mensaje, petición o informe que verse sobre asuntos de

miembros determine lo contrario.<sup>303</sup> Sin embargo, se permite en un gran número de casos, la presencia de los medios de comunicación<sup>304</sup> que, en

---

Inteligencia. Las Comisiones rinden cuenta periódicamente de su labor ante el Pleno de las Cámaras, previéndose reglas especiales para el caso de que, con tal motivo, la Comisión pretenda hacer pública información clasificada como secreta, y que haya llegado a su conocimiento procedente del Poder Ejecutivo. En tal caso, la Comisión ha de manifestar sus intenciones al Presidente, quien dispone de un plazo de cinco días para certificar por escrito que el riesgo potencial para los intereses nacionales causado por la publicidad es de tal importancia que sobrepasa la utilidad pública de esta última. Si el Presidente firma dicha certificación, decide en última instancia sobre el particular el Pleno, reunido en sesión secreta". REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero Solitario*. El control parlamentario de las acciones encubiertas por el Congreso Norteamericano", en Revista de Estudios Políticos, Número 94, Nueva Época, Año 1996, p. 195. Asimismo, dicho autor en una obra previa nos narra como "En ambas Cámaras se viene aplicando el principio de que no se puede facilitar copia de la transcripción de sesiones celebradas en secreto, ni tampoco de aquéllos documentos relacionados con ellas. Esto se considera un <privilegio> amparado por la *Publication Clause*, además de por la inviolabilidad e inmunidad parlamentarias (*Immunity from Arrest Clause* y *Speech or Debate Clause*). La buena disposición del Congreso para atender los requerimientos judiciales (*judicial subpoenas*) se desvanece cuando se trata de la defensa del secreto parlamentario. Por contraste con lo que ocurre en el caso del poder ejecutivo, la Constitución deja, sin lugar a dudas, al criterio de las propias Cámaras la definición del alcance del secreto, y al menos en un par de ocasiones así lo han reconocido los Tribunales. Aunque sólo sea porque el recurso al secreto se halla sujeto en el Congreso a un control multipartido, el clima político parece allí menos propicio para que la invocación del secreto obedezca a intereses poco confesables". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], op. cit., p. 147

<sup>303</sup> Excepciones al principio de publicidad en el trabajo de las comisiones del Congreso de los Diputados y del Senado españoles: "a) Sesiones que sean declaradas secretas por acuerdo de la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión de que se trate (arts. 64.2 del R.C. y 75.3 del R.S.). b) Sesiones de Comisiones que tenga por objeto el estudio de cuestiones relativas al Estatuto del Diputado (art. 64.3 del R.C.) o del Senador (art. 75.2 del R.S.). c) Sesiones de las Comisiones de Investigación del Congreso de los Diputados (art. 64.4 del R.C.), que sólo serán públicas si tienen por objeto la celebración de comparecencias informativas ante la Comisión y ello sólo si no concurre alguno de los supuestos siguientes: - que la comparecencia verse sobre materias que hayan sido declaradas reservadas o secretas conforme a la legislación vigente; -que a juicio de la Comisión los asuntos a tratar coincidan con actuaciones judiciales que hayan sido declaradas secretas". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], op. cit., p. 332

<sup>304</sup> En los Estados Unidos de América M. Revenga nos recuerda que "La publicidad es la norma en el seno de las Comisiones, si bien se deja al criterio de la mayoría la posibilidad de reunirse a puerta cerrada (En lo que se llama *executive session*) cuando se estime que el contenido de los debates puede comprometer la seguridad nacional". REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...]", op. cit. p. 195. El artículo 73 del Reglamento del Senado aprobado por la Mesa del mismo en reunión de 3 de mayo de 1994 y publicado en el BOE el 13 de mayo de 1994 señala que "Los representantes de los medios de comunicación social, debidamente acreditados ante el Senado, podrán asistir a las sesiones públicas en las condiciones que al efecto se fijan por la Mesa de la Cámara y, en todo caso, desde los lugares a ellos asignados".

ocasiones, teletransmiten las sesiones en su totalidad o en parte, por televisión abierta o por cable.<sup>305</sup>

Por ejemplo, sobre la información secreta en manos del parlamento Miguel Revenga nos recuerda como en los Estados Unidos de América se "[...]carece de norma que confiera a los ciudadanos derecho de acceso a los documentos en poder del Congreso, norma que sí existe respecto a la Administración[...]. La transcripción de los debates parlamentarios celebrados en secreto se conserva por tiempo prudencial en la propia sede del Congreso, y es trasladada finalmente, para su custodia definitiva, a los Archivos Nacionales, donde queda a disposición del Congreso y sujeta a un plazo de espera para su publicidad de 50 años".<sup>306</sup>

### 3. El secreto oficial en el poder judicial

En las democracias contemporáneas, los procedimientos penales se rigen por el principio de publicidad según se reconoce, por lo general, en las propias constituciones, así como también en los códigos de procedimientos,<sup>307</sup> incluso, como señala O'Brien "Se considera que la

---

<sup>305</sup> Ver: nota 297 anterior. Edwin Rekosh al respecto señala que "In each country, accredited journalists may attend plenary sessions, and in a number of them –Canada, France, Hungary, Poland, Macedonia, Sweden, the United States- all plenary sessions of at least one chamber are shown on either national or cable television. The Netherlands intends to broadcast parliamentary meetings on cable television in the near future. Continuous television coverage of plenary sessions was even more common in the period immediately after 1989 in countries such as Albania and Bulgaria". REKOSH, Edwin. "Parliamentary Transparency: An[...], *op. cit.*, p. 21

<sup>306</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 148

<sup>307</sup> Sandra Coliver sobre un análisis comparado de once democracias señala que "[...]the principle of open trials is respected, and in most it receives constitutional protection. Nonetheless, all recognize certain exception either in law or practice. Most countries permit trials, or parts of trials, to be closed in order to protect the rights of the litigants (and, especially, to protect the fair trial rights of criminal defendants), fundamental privacy interests of the witnesses, national security interests, and/or interests of juveniles. In some countries, trials involving family matters and children are presumptively closed. Several countries have

publicidad de los juicios evita arbitrariedades judiciales, lo cual asegura al acusado el derecho a un juicio imparcial[...] La presencia de miembros del público se considera que reduce la posibilidad de que un testigo declare falsamente a la vez que incita a las personas que tengan información pertinente a que se adelanten y testifiquen".<sup>308</sup> Incluso afirma que "ni los miembros del público ni la prensa tuvieron jamás un derecho legal incondicional (independientemente de que se afirmara que ese derecho era consuetudinario, escrito o constitucional) a asistir a los juicios penales. Aunque los tribunales reconocieron –como lo hizo la Suprema Corte del Estado de Ohio en 1906, que 'el pueblo tiene el derecho a saber lo que se hace en su tribunal'–, fundamentalmente, el derecho a un juicio público siguió siendo derecho de los acusado, no del público. Es decir, que la 'regla general

---

special rules regarding rape cases, including exclusion of the public at the request of the victim and bans on the publication of the victim's name or identifying characteristics (e.g. France). In the U.K., cases involving mental patients, guardianship and adoption proceedings must be private, and other cases involving children, families, confidential information or national security may be private". COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of[...], *op. cit.*, p. 277. Por ejemplo en el artículo 24 de la Constitución española que señala que "[...] Todas las personas tienen ([...]) derecho a ([...]) ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías ([...])". Asimismo, el artículo 120 señala que "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento[...y...] las sentencias siempre serán motivadas y se pronunciarán en audiencia pública". Por otro lado, el artículo 232 de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala: "Excepcionalmente, por razones de orden público y de protección de los derechos y libertades, los jueces y tribunales, mediante resolución motivada, podrán limitar el ámbito de la publicidad y acordar el carácter secreto de todas o parte de las actuaciones". Por ejemplo, en España "[...] el artículo 186 de la Ley Orgánica del Poder Judicial establece que <los Juzgados y Tribunales celebrarán audiencia pública todos los días hábiles para la práctica de pruebas, las vistas de los pleitos y causas, la publicación de las sentencias dictadas y demás actos que señala la ley>, recogiendo el principio de publicidad de las actuaciones (arts. 229.2 y 232), estableciendo igualmente que <los interesados tendrán acceso a los libros, archivos y registros públicos judiciales que no tengan carácter reservado, mediante las formas de exhibición, testimonio o certificación que establezca la ley> (art. 235)". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 34. Ello, incluso es un derecho fundamental de toda persona sometida a un proceso según se establece en los artículos 6.1, 8.5 y 14, respectivamente, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales revisado de conformidad con el Protocolo n° 11 y completado por los Protocolos n° 1 y 6, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>308</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 152

universal contra los juicios secretos' garantiza primordialmente la imparcialidad proceso y sólo de un modo derivado los intereses del público en los procedimientos judiciales. Según el derecho consuetudinario y la Sexta Enmienda, el acceso a los procedimientos o actuaciones judiciales puede restringirse y ni el público ni la prensa pueden obligar a la apertura".<sup>309</sup>

Sin embargo, también los poderes judiciales pueden conservar cierta información fuera del escrutinio público, con el único propósito de salvaguardar ciertos intereses o bienes jurídicos.<sup>310</sup> Por lo general, la facultad de no divulgar información se basa en que su conocimiento puede afectar el desarrollo de las investigaciones de un delito<sup>311</sup> o el desahogo correcto de un

---

<sup>309</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 152

<sup>310</sup> Por ejemplo la Constitución española en su artículo 105.b) señala que la ley regulará "El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte[...] la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas". Asimismo, el artículo 120 establece que "Las actuaciones judiciales serán públicas, con las excepciones que prevean las leyes de procedimiento". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 317. En Irlanda, entre otros asuntos, no se aplica el derecho de acceso a los registros en manos de los tribunales, los tribunales de instrucción, los tribunales militares, así como registros que contengan auditorías, inspecciones o investigaciones a cargo del auditor o contralor o del ombudsman. Tomado del Artículo 46 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>311</sup> En España, el artículo 301 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882) dispone que: "Las diligencias del sumario serán secretas hasta que se abra el juicio oral, con las excepciones determinadas en la presente ley". Tomado de COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 19. M.C. Llamazares nos dice que "En el origen del secreto sumarial encontramos la necesidad de garantizar la eficacia de la instrucción judicial. Así lo entiende también el Tribunal Constitucional, para el que el fundamento del secreto del sumario es: <[...] impedir el conocimiento por cualquiera - incluidas las mismas partes en algún caso: artículo 302 de la L.E.Cr.- de las actuaciones seguidas en esta etapa del procedimiento. Lo que persigue la regla impositiva del secreto es impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito>". (p. 320) Para la autora "[...]el bien jurídico protegido por el secreto del sumario es el interés de la justicia en la resolución de los delitos".(p. 321) También nos explica que "De la lectura de los artículos 301 y 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal parece deducirse que, para el sumario, el principio general es el secreto. Este será, como regla general, externo o extraprocesal, pudiendo levantarse sólo excepcionalmente en los casos establecidos en la Ley (art. 301). Pero además, el Juez está facultado para extender el secreto a las partes; se autoriza también, por tanto, el secreto interno o intraprocesal (art. 302)". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 318. En estos términos J. F. Mestre señala que: "El Tribunal Constitucional se ha pronunciado ya respecto a la pertinencia constitucional del secreto sumarial, como excepción al principio de publicidad que reconoce el artículo 120 de la Constitución en relación con las

juicio criminal,<sup>312</sup> como también lo puede ser que se busque garantizar la integridad física o moral de la víctimas o testigos en el proceso.<sup>313</sup> Además, cierta información del proceso se puede sustraer del conocimiento público cuando la misma verse sobre la intimidad de las personas involucradas en los procesos o pueda poner en riesgo su vida o integridad física o moral,<sup>314</sup> o de sus familiares o para la protección de los menores.<sup>315</sup> Finalmente, también se

---

actuaciones judiciales, en su sentencia 13/1985, de 31 de enero, en la que justificó esta excepción en la medida en que lo que se persigue es <impedir tal conocimiento y ello en aras de alcanzar, de acuerdo con el principio inquisitivo antes aludido, una segura represión del delito>. El Tribunal, no obstante, se cuidó de diferenciar la existencia del secreto de sumario con una <materia reservada>, pues <el secreto de sumario no significa, en modo alguno, que uno o varios elementos de la realidad social[...] sean arrebatados a la libertad de información>". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 159.

<sup>312</sup> En España "[...]el Tribunal Constitucional ha entendido que el derecho a un proceso público se reconoce con unos límites implícitos, que son los previstos en el ámbito del Derecho Internacional en el que se inserta nuestra Constitución[...] a) la moral, el orden público o la seguridad nacional en una sociedad democrática; b) los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes; c) que por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera resultar perjudicial a los intereses de la justicia". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 324

<sup>313</sup> M.C. Llamazares reconoce tres excepciones al principio de publicidad de las actuaciones durante el proceso penal: "Por lo que respecta a los derechos fundamentales, será posible decretar secreto del sumario, en primer lugar, con el fin de evitar el peligro para la vida o la integridad física y moral de las personas. También será posible por razones de respeto al honor y a la intimidad personal y familiar de las partes, y especialmente de la víctima, siempre que[...] la relevancia pública de la cuestión no justifique su publicidad por contribuir a la formación de una opinión pública libre". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 323

<sup>314</sup> Ma. Cruz Llamazares nos da el siguiente ejemplo: "[...]la declaración de un testigo contra una banda organizada, el Tribunal, más que tener la facultad, tendrá la obligación de declarar el secreto". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 325

<sup>315</sup> Por ejemplo, en España "[...]el T.C. justifica la declaración de secreto de las sesiones celebradas en los Juzgados de Menores (art. 2.Dos.1.14.<sup>a</sup> de la L.O. 4/1992), por considerar que resulta evidente la conveniencia de preservar, a través de un régimen limitativo de la publicidad, los intereses del menor y del entorno familiar, que nada ganarían con una exteriorización de hechos y circunstancias que pertenecen normalmente a la intimidad personal y familiar, y podrían en cambio resultar perjudicados por una publicidad innecesaria e incompatible con la protección que merecen los niños con arreglo a lo que dispone el artículo 39.4 C.E.> [S.T.C. 71/1990, de 5 de abril (B.O.E. de 7 de mayo de 1990), F.J. 7.º[...]]". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de[...], *op. cit.*, p. 326. En Francia "Various kinds of court proceedings, held *in camera*, may not be reported in the interests of personal privacy. These include proceedings relating to family matters such as divorce, child custody, legitimacy and separation[...] Rape and related criminal proceedings may be held *in camera* whenever the victim so requests although the court may decide nonetheless the surname of the victim or any information allowing her identification unless express consent is given in writing[...] Court decisions may be published so long as no mention is made of the minor's name". ERRERA, Roger. "Press Law in France[...]", *op. cit.*, p. 71. En el Reino Unido



puede sustraer del conocimiento público cierta información cuya divulgación pueda afectar o poner en riesgo la seguridad nacional. Es decir, se puede sustraer la información que verse sobre secretos clasificados, en los términos en los términos de las leyes correspondientes.<sup>316</sup> Sin embargo, en ninguno de estos casos se podrá tomar la decisión por parte del juez sin fundamento o motivación, además de que la decisión no podrá afectar a las partes, ni a sus abogados, en el proceso.<sup>317</sup>

## **B. El contenido del secreto oficial**

Como mencionamos, en las democracias contemporáneas se reconoce el principio de la transparencia de la administración, así como el derecho que tienen los ciudadanos o las personas de acceder a los documentos que aquélla haya producido o que estén en su poder. Por consiguiente, las personas que hagan uso de dicho derecho solamente tienen que cumplir con algunos requisitos mínimos de forma al solicitar la información,<sup>318</sup> y no deben

---

"Courts must sit in private in cases involving mental patients, guardianship and adoption proceedings. Courts may sit in private in other cases involving children, families, confidential information or national security. The public but not the press are excluded at juvenile criminal proceedings". NICOL, Andrew; BOWMAN, Caroline. "Press Law in the United Kingdom", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and [...], *op. cit.*, p. 181

<sup>316</sup> Al respecto, J. Weiner nos dice que "Judicial examination of secret documents provides one check on government abuse of power, but one having an inherently undemocratic aspect: the judicial examinations themselves are secret. The discussion in camera takes place between the judge and the government; the plaintiff seeking release of information is not permitted to participate in such proceedings. The judge hears only the FBI's side of the story, without benefit of arguments from the plaintiff. The adversary nature of legal proceedings is thus lost. Courts have attempted to mitigate this problem by requiring that the public record of a case be as detailed as possible. Communications between the government agency and the judge that are kept secret from the plaintiff and the public -'ex parte submissions'- are permitted only where absolutely necessary". WIENER, Jon. "National Security and Freedom of Information: The John Lennon FBI Files", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of [...], *op. cit.*, p. 88

<sup>317</sup> Ver: LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de [...], *op. cit.*, p. 325

<sup>318</sup> Por ejemplo en Irlanda la persona debe de hacer la petición por escrito, dirigida al titular del órgano administrativo, establecer que la solicitud se hace con fundamento en la Ley sobre Acceso a la Información, y debe contener información suficiente que permita a la autoridad identificar el archivo, además de incluir una mención sobre la forma en la que le

de demostrar ante el Estado interés legítimo alguno, ni tampoco probar la necesidad de la información o del documento para alguna finalidad lícita; es decir, se invierte la carga de la prueba para acceder a la información.<sup>319</sup> Sissela Bok al respecto señala que "Toda legislación que regule el secreto gubernamental debe de optar entre la presunción de apertura o la del secreto, declarando la culpabilidad del secreto hasta que se pruebe lo contrario, o vice versa".<sup>320</sup>

---

gustaría recibir la información. Artículo 7 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. El artículo 13 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* señala "Request for access to documents must be made in writing and contain all references necessary for identifying the document, as well as the name, the address and the signature of the interested person". En Suecia aquellas personas que desean obtener documentos oficiales no deben describir el documento que pretenden obtener pero deben incluir, de ser posible, fecha y número de registro del mismo. Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia REGERINGKANSLIET. *Public Access to[...]*, *op. cit.*, p. 14. En los EUA "The law [FOIA] requires that each request must *reasonably describe* the records being sought. This means that a request must be specific enough to permit a professional employee of the agency who is familiar with the subject matter to locate the record in a reasonable period of time". (p. 8) Además, "There are three basic elements to a FOIA request letter. First, the letter should state that the request is being made under the Freedom of Information Act. Second, the request should identify the records that are being sought as specifically as possible. Third, the name and address of the requester must be included". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. *First Report: A citizen's[...]*, *op. cit.*, p. 9

<sup>319</sup> Por ejemplo, antes de la entrada en vigor de la Ley de Acceso a la Información Norteamericana de 1966 los individuos tenían que comprobar el interés legítimo para consultar la información, además de que no se contaba con guías o lineamientos para acceder a la misma, ni tampoco se contaba con el derecho a la revisión judicial en el caso en el que la autoridad se negara a permitir el acceso a la información. Tomado de COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. *First Report: A citizen's[...]*, *op. cit.*, p. 3. En ese mismo sentido, Ver: O'BRIEN, David. *El derecho del público[...]*, *op. cit.*, p. 9. Al respecto, M. Revenga nos dice que "Como principio general, la LLI (*Freedom of Information Act de los Estados Unidos de América*) estableció el derecho de acceso de cualquier persona a los documentos administrativos, sin necesidad de demostrar un interés personal y directo en ellos. Este principio quedó sujeto a un sistema de excepciones mucho más preciso que el existente hasta entonces (*enumeratio ergo limitatio*, valdría decir) y con control judicial de las decisiones administrativas sobre la materia". REVENGA Sánchez, Miguel. *El imperio de la política[...]*, *op. cit.*, p. 154. El artículo 13 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* señala que "La persona que solicita acceso no necesita identificarse ni ofrecer razones para la solicitud, salvo que ello sea necesario para que la autoridad ejercite sus facultades discrecionales o para determinar si la persona requeriente tiene el derecho de acceder a determinado documento". En Suecia "An authority may not demand a person who wishes to obtain an official document to identify himself or herself or state what the document will be used for". Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia REGERINGKANSLIET. *Public Access to[...]*, *op. cit.*, p. 14

<sup>320</sup> (Traducción nuestra) BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 178. J. J. Díez Sánchez señala que "[...]tiene sentido precisamente el empleo de la técnica del <balancing> o ponderación, a fin de encontrar las soluciones jurídicas que, en su caso, cohonesten la

Por lo anterior, las democracias contemporáneas, para hacer efectivo ese reconocido derecho de acceso, en primer lugar, establecen una obligación a cargo de sus gobiernos para archivar la información. En este sentido, las entidades de la administración pública deben organizar sus archivos, registros o documentos de tal manera que faciliten su consulta por los autorizados para ello.<sup>321</sup> Para lograr lo anterior, por lo general, se establece que las diferentes áreas de la administración están obligadas a elaborar índices que deberán publicar o difundir periódicamente, en lo cuáles se incluirán, entre otros elementos, el nombre de la autoridad responsable, los contenidos de los archivos o documentos y la fecha en la que se elaboraron.<sup>322</sup> Por ejemplo, en España, el Reglamento de la Ley de Secretos

---

<*salus publica*> y otros valores o derechos, pues aquélla no puede seguir esgrimiéndose como <*suprema lex*> de forma irrestricta, ni el sistema puede permitirse prescindir de arbitrar medidas a fin de preservar elementos vitales del mismo". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], op. cit., p. 130

<sup>321</sup> En ocasiones esa obligación también abarca el deber de elaborar documentos cuando la información se recibe de manera oral. Por ejemplo la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos* en su artículo 6 (1) señala que "en cualquier asunto que vaya a ser resuelto por la autoridad administrativa, la autoridad que reciba información de manera oral sobre hechos de importancia para la toma de decisión o de cualquier otra manera en la que reciba la notificación de dichos hechos, deberá elaborar una nota que incluya la substancia de la información, siempre y cuando dicha información no se incluya en los documentos del asunto".

<sup>322</sup> La *Ley de Acceso a la Información Canadiense* (Ver: artículo 5(1)(a)(b)(c) y (d)) establece que anualmente el Ministro designado para la institución gubernamental debe publicar un texto que describa "la organización y responsabilidades de su ministerio, incluidos detalles en los programas y funciones de cada división o rama de la institución", "toda la clase de documentos bajo su control con detalle suficiente que le facilite el ejercicio del derecho de acceso", "los manuales utilizados por los empleados de la institución gubernamental para la administración o puesta en marcha de cualquier programa o actividad de la institución". Además, en Canadá se establece un deber a cargo de ministro o secretario titular del ramo de la administración de velar por la forma en la que se mantienen y administran los archivos en los términos en los que la *Ley de Acceso a la Información Canadiense* exige, además de que debe de preparar y distribuir las directivas y lineamientos relacionadas a la operatividad de dicha Ley en el área de la que es titular. Artículo 70 (1)(a)-(d) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Por su parte, en los Estados Unidos de Norteamérica, la FOIA "requires agencies to publish in the *Federal Register*- thereby, under the Government Printing Office Electronic Information Access Enhancement Act of 1993, making such information available only- (1) description of agency organization and office addresses; (2) statements of the general course and method of agency operation; (3) rules of procedure and descriptions of forms; and (4) substantive rules of general applicability and general policy statements. The

Oficiales ordena que "Todo el material clasificado deberá estar registrado en un impreso especial, en el que constará el órgano de origen, fecha y

---

act also requires agencies to make available for public inspection and copying: (1) final opinions made in the adjudication of cases; (2) statements of policy and interpretations adopted by an agency, but not published in the *Federal Register*; (3) administrative staff manuals that affect the public; (4) copies of records released in response to FOIA requests that an agency determines have been or will likely be the subject of additional requests; and (5) a general index of released records determined to have been or likely to be the subject of additional requests". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's[...], *op. cit.*, p. 7. Al respecto, Ver: inciso (a) de la FOIA. K.R. Baile nos dice que el cuidado de la información se regula además por ordenamientos jurídicos distintos a la FOIA, tales como la Ley Federal de Archivos y la Ley de Archivos Presidenciales; en sus palabras: "While FOIA relates to the production of information, two other acts concern the maintenance of records by the government. The Federal Records Act (FRA) is intertwined with FOIA in that documents covered by the FRA are subject to immediate disclosure under FOIA. In order to dispose of a Federal Record, an agency must initially secure the approval of the Archivist who will not approve of disposal if the record has 'sufficient administrative, legal, research, or other value to warrant [its] continued preservation.' The Presidential Records Act (PRA), in contrast to the FRA, gives ultimate control to the President, rather than the Archivist, over documents created during the President's term of office. Departments of the Executive Branch which are indistinguishable from the President because of the types of duties which they undertake are subject to the PRA, and not the FRA[...] the President is allowed to specify a length of time 'not to exceed twelve years' for which access to Presidential Records concerning confidential advice between the President and his advisors will be restricted". BAILEY, Kevin R. "Did I Miss Anything[...]", *op. cit.*, pág. 1479-80. El artículo 13 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* señala que "Las personas que soliciten acceso deberán ser asistidas, por los diarios oficiales e índices, para especificar el documento que se solicita". En Italia, las *Rules governing the arrangements for the exercise and for cases of denial of the right to access to administrative documents, in implementation of Article 24.2 of Law No. 241 of 7 August 1990 enacting new rules in the matter of administrative procedures and right of access to administrative documents* (Decree of the Presidente of the Republic No. 352, 27 June 1992, Published in *Gazzetta Ufficiale* No. 177, 29 July 1992) establecen una obligación a todo órgano administrativo de crear en sus oficinas, bancos de datos con el objeto de permitir un mas rápido y sencillo ejercicio del derecho de acceso a los documentos administrativos. (artículo 11.1) La base de datos deberá contar con registros actualizados regularmente que permitan identificar a la información por criterios subjetivos, objetivos y cronológicos (subjective, objective and chronological). (artículo 11.2). (Traducción nuestra). En el artículo 15 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa* se señala "(1) A public body shall cause to be prepared and published and to be made available in accordance with subsection (7) a reference book containing - (a) a general description of its structure and organisation, functions, powers and duties, any services it provides for the public and the procedures by which any such services may be availed to the public, (b) a general description of the classes of records held by it, giving such particulars as are reasonable necessary to facilitate the exercise of the right of access[...]" El artículo 19 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información* establece que "(1) It shall be the duty of every public authority- (a) to adopt and maintain a scheme which relates to the publication of information by the authority and is approved by the Commissioner[...] (b) to publish information in accordance with its publication scheme, and (c) from time to time to review its publication scheme. (2) A publication scheme must- specify classes of information which the public authority publishes or intends to publish, (b) specify the manner in which information of each class if, or is intended to be, published, and (c) specify whether the material is, or is intended to be, available to the public free of charge or on payment". En Suecia "In order to facilitate the public's exercise of the right of access to official documents, it is important for it to be allowed to know which documents are held by the public authorities. Consequently, official documents received by an authority or drawn up there must be registered". Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia Regeringkansliet. Public Access to[...], *op. cit.*, p. 25

calificación correspondiente, movimiento del material y su destrucción, en su caso. Habrá un impreso por cada material. En un solo legajo puede agruparse todo el material relativo a un mismo concepto. El responsable del Servicio de Protección de Materias Clasificadas ha de supervisar dicho registro. La Autoridad clasificadora ha de numerar todos los ejemplares del documento y también los ejemplares de copia, cuando se autorice a una entidad distinta su reproducción. Junto al número de ejemplares constará el número de folios de cada ejemplar".<sup>323</sup>

### 1. Materiales clasificables

Como esbozamos, el listado de materiales o documentos que son susceptibles, ya sea de ser conocidos por el público, o bien de ser clasificables como secretos por los Estados, es limitado. Para ello, en primer lugar, se debe de definir lo que será la unidad o el elemento al que tendrán acceso los titulares del derecho. Es decir, se tiene un derecho de acceso respecto de ciertos materiales<sup>324</sup> y a su vez se contempla que el privilegio de

---

<sup>323</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 119

<sup>324</sup> Por ejemplo en Finlandia para que se tenga el derecho de acceso primero, el documento debe de ingresar al dominio público y eso sucede cuando: (i) se elabora un registro del documento en el registro diario o bien en cualquier registro comparado con aquel; (ii) se refiere a la información de un sospechoso, solamente cuando se ha iniciado un juicio o bien el fiscal se ha desistido de iniciar un juicio y ello se ha inscrito en el diario del fiscal; (iii) ha sido firmada o confirmada una invitación para entregar, suministrar o comentar información, así como cuando ha sido firmada o confirmada una propuesta, proposición, moción, notificación o petición, incluidos sus anexos; (iv) las propuestas de presupuestos de ministerios y agencias e instituciones dentro de los respectivos campos han sido firmadas por el Ministerio de Finanzas; (v) las propuestas de presupuestos de otros ministerios que hayan sido presentadas al parlamento; (v) los estudios y estadísticas y otros estudios comparables, contengan información sobre las alternativas, razones e impactos relacionados con una decisión o plan de importancia general, incluso cuando se trate de negocios inconclusos; (vi) las actas han sido firmadas o confirmadas; (vii) se entrega una decisión judicial o sentencia o cuando se hace accesible a las partes; (viii) una decisión, declaración, instrumento, promesa de contrato, memoranda, actas u otros documentos hayan sido firmados o confirmados; (ix) así lo decida la autoridad. (Traducción nuestra). Tomado de Artículo 6 (1)-(9) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. Dicha legislación reconoce el derecho de acceso a la información que se encuentre en el dominio público. Cuando la información no es todavía del dominio público la autoridad tiene discrecionalidad para

clasificación aplica para los mismos. María del Pilar Otero al respecto nos dice que "El derecho de acceso a los archivos y registros administrativos puede ser definido como el derecho a buscar y a tener constancia de determinada información sobre la actividad administrativa. Se trata, en otras palabras, de un mecanismo previsto en la Constitución para garantizar el conocimiento de la información recogida en los documentos administrativos que se hallan en los archivos y registros".<sup>325</sup> Las unidades que usualmente se encuentran son las siguientes: *documento*, *documento administrativo*, *dato* y *objeto*, *lugar físico* y *archivo o expediente*.

Por *documento* usualmente se encuentran definiciones como "cualquier constancia gráfica o de cualquier otra naturaleza, y muy especialmente: a) Los impresos, manuscritos, papeles mecanografiados o taquigrafiados y las copias de los mismos, cualesquiera sean los procedimientos empleados para su reproducción; los planos, proyectos, esquemas, esbozos, diseños, bocetos, diagramas, cartas, croquis y mapas de cualquier índole, ya lo sean en su totalidad, ya las partes o fragmentos de los mismos. b) Las fotografías y sus negativos, las diapositivas, los positivos y negativos de película, impresionable por medio de cámaras cinematográficas y sus reproducciones. c) Las grabaciones sonoras de todas clases. d) Las planchas, moldes, matrices, composiciones tipográficas, piedras litográficas, grabados en película cinematográfica, bandas escritas o perforadas, la memoria

---

permitirle al particular el acceso a la misma. (Traducción nuestra). Ver: artículo 9 párrafo 2° de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>325</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 32

transistorizada de un cerebro electrónico y cualquier otro material usado para reproducir documentos.<sup>326</sup>

Los *documentos oficiales* o *administrativos* se definen como "[...]los expedientes, informes, estudios, memorias, actas, estadísticas, directivas, instrucciones, circulares, memoranda y respuestas que contengan una interpretación del Derecho positivo o una descripción de los procedimientos administrativos, recomendaciones, pronósticos y decisiones producidas por el Estado, las autoridades territoriales, las instituciones públicas o por organizaciones públicas o privadas que administren un servicio público. Estos

---

<sup>326</sup> Artículo 2.3. *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*. Para un comentario al respecto, Ver: MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, págs. 133-4. Asimismo, "La definición de documento que la LRJAP-PAC acoge coincide básicamente con la dada por la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español en su art. 49.1, según la cual se entiende por documento toda expresión en lenguaje natural o convencional y cualquiera otra expresión gráfica, sonora o en imagen recogidas en cualquier tipo de soporte material, incluso los soportes informáticos (el art. 37.1 habla de documentos cualquiera que sea su expresión, gráfica, sonora o en imagen o el tipo de soporte material en que figuren)". MESEGUER Yebra, Joaquín. El derecho de acceso a los documentos administrativos y su tutela, Ed. Bosch, Serie Administrativa, Barcelona 2000, p. 10-11. En el término documento o <Record> se incluye toda correspondencia, memorandum, libro, plan, mapa, dibujo, diagrama, trabajo pictórico o gráfico, fotografía, película, microfilm, registro acústico o grabación, cinta de video, o cualquier otro material documental, independientemente de su forma, características o copia del mismo. (Traducción nuestra). Artículo 3 (Definiciones) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. En términos similares, el artículo 5 de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos* señala que el derecho de acceso a la información aplica a "1º todos los documentos relacionados con el asunto en cuestión, incluidos duplicados de correspondencias emitidas por la autoridad involucrada, siempre que dicha correspondencia se presuma que haya sido recibida por la persona a quien se dirigió; y 2º inscripciones en diarios, registros y otras listas relacionadas con los documentos en el asunto en cuestión". (Traducción nuestra). Para Finlandia documento se define como "una presentación escrita o visual, y también como mensaje relacionado con un tema determinado o asunto y que consista en signos que, por virtud del uso que se les asigna, tienen un significado conjunto, pero son decifrables solamente mediante computadoras, o reproductores de audio o video o cualquier otro equipo técnico" (Traducción nuestra). Artículo 5 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Irlanda documento (Record) "includes any memorandum, book, plan, map, drawing, diagram, pictorial or graphic work or other document, any photograph, film or recording (whether of sound or images or both), any form in which data (within the meaning of the Data Protection Act, 1988) are held, any other form (including machine-readable form) or thing in which information is held or stored manually, mechanically or electronically and anything that is a part or a copy, in any form, of any of the foregoing or is a combination of two or more of the foregoing". En Suecia el artículo 3 del Capítulo 2 de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* por documento entiende "any written matter, picture or record which can be read, listened to, or otherwise comprehended only by means of technical

documentos pueden constar en forma escrita, en grabaciones de audio o video, en formato para procesamiento de datos o documentos obtenibles a través de procesos automatizados que actualmente se utilicen".<sup>327</sup> Por lo

---

aids. A document is official if it is in the keeping of a public authority, and if it can be deemed[...] to have been received or drawn up by an authority".

<sup>327</sup> Artículo 1 de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos*. En este sentido, la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* en su artículo 5 párrafo 2° define a los documentos oficiales como "documento en la posesión de una autoridad y preparada por una autoridad o persona al servicio de una autoridad, o un documento entregado a una autoridad para la consideración de un asunto o de alguna manera en conexión con un asunto de la competencia o deberes de la autoridad. Adicionalmente, un documento se considera como preparado por la autoridad si fue comisionado por la autoridad; y el documento debió haber sido entregado a la autoridad o a una persona comisionada por la autoridad o de otra manera actuando en su representación para el desempeño de una comisión". (traducción nuestra). J. F. Mestre Delgado considera que el *documento administrativo* "es el objeto final del derecho de acceso. MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso*[...], *op. cit.*, p. 129-30. Para M. P. Otero "En cuanto al objeto de este derecho de acceso, el art. 37.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común alude a <los registros y documentos que, formando parte de un expediente, obren en los archivos administrativos, cualquiera que sea la forma de expresión[...]>. Por tanto, del tenor literal de este precepto se desprende que el objeto primario del derecho de acceso es el documento administrativo. En segundo lugar, el expediente administrativo[...]" OTERO González, Ma del Pilar. *La revelación del secreto*[...], *op. cit.*, p. 32 En Holanda, documento administrativo se define como "un documento escrito u otro material que contiene información que se encuentra depositada en una autoridad administrativa". Artículo 1 de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental*. En Italia se define como cualquier representación gráfica, fotográfica, cinemática, electromagnética o cualquiera otra que contenga actos de la administración pública, incluidos los internos, o que hayan sido empleados para la actividad administrativa. (Traducción nuestra). Ver: artículo 22.2. de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*. En Noruega documento administrativo es aquel "que ha sido elaborado por una agencia administrativa así como aquéllos documentos que hubiere sido recibido por o presentado a alguna agencia administrativa[...] Se considera que un documento fue elaborado por una agencia administrativa cuando fue emitido por ella, o cuando la agencia a desahogado definitivamente un asunto". (Traducción nuestra). Ver: artículo 3 de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*. El artículo 1 (a) de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* señala que documento administrativo "significa cualquier soporte de información, sea gráfico, sonoro, visual o computarizado, o cualquier otro registro de cualquier naturaleza elaborado o en posesión de la Administración Pública, incluyendo archivos, informes, estudios, opiniones, actas, registros oficiales, circulares, cartas, memoranda, normativa interna, resoluciones, instructivos y directivas para la interpretación de las leyes o para el establecimiento de marcos de referencia para el desempeño de alguna actividad, así como también otros medios de información". (Traducción nuestra). En Suecia "The documents kept by public authorities are *official* documents regardless of whether they have been received there or have been drawn up there, and regardless of their content. An official document may thus be either public or confidential[...] Data banks and other mechanical or electronic records are quieted with documents. In the case of documents drawn up by a public authority, the general rule is that they become official when they receive final formulation. Drafts and proposals also become official documents if they are filed after the matter has been decided". Texto tomado de HOLBERG, Eric; STJERNQUIST, Nils. *Introduction*, en *Constitutional Documents on Freedom of Expression (The Freedom of the Press Act and the Fundamental Law on Freedom of Expression)*, Translation by Ray Bradfield, Ed. The Swedish Riksdag, Stockholm 1994, p.4. En los EUA "The FOIA, it should be noted, provides that a requester may ask for *records* rather than information. This means



general se exige que los documentos, para ser considerados del dominio público o susceptibles de ser conocidos por las personas o los ciudadanos deben haber sido terminados, es decir que no deben ser documentos de trabajo, borradores, proyectos, materiales empleados en investigaciones corrientes, entre otros.<sup>328</sup>

Por lo general no se consideran *documentos administrativos* aquellas (i) cartas u otros documentos enviados a una persona al servicio de una autoridad o a un oficial electo por motivo de otra tarea o trabajo desempeñado por el receptor, (ii) notas conservadas por la persona al servicio de una autoridad o por una persona comisionada por una autoridad,

---

that an agency is only required to look for an existing record or document in response to a FOIA request. An agency is not obliged to create a new record to comply with a request. An agency is neither required to collect information it does not have, nor must an agency do research or analyze data for a requester". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's[...], *op. cit.*, p. 7. Actualmente los documentos administrativos comprenden también los archivos electrónicos. En los EUA "on October 2, 1996, the Clinton administration endorsed bipartisan legislation updating FOIA to keep pace with technology. This legislation codifies the decision in Armstrong III that government records kept electronically are subject to disclosure under the Federal Records Act, and by implication, FOIA. The new act requires agencies to make a concerted effort to provide records in a requested format whenever possible and directs agencies to increase on-line access to government records. Ironically, this legislation will not apply to the NSC, whose documents will not be free for uncensored inspection after the Armstrong VII decision". BAILEY, Kevin R. "Did I Miss Anything?: Excising the National Security Council from FOIA Coverage", en Duke Law Journal, número 46, abril 1997, pág. 1516

<sup>328</sup> En ese sentido, el artículo 2 de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos* establece que el derecho de acceso aplica a documentos terminados. "No deberá aplicar a documentos que son instrumentales para una decisión administrativa sino hasta que la última haya sido tomada". (Traducción nuestra). J. F. Mestre Delgado nos recuerda que en España "[...]los documentos susceptibles de ser comunicados han de estar <acabados>, requisito que no concurre en el caso de los proyectos o de las situaciones provisionales de los documentos en curso de elaboración, lo que permite excluir del ámbito del derecho a los <documentos preparatorios de una decisión>, aunque no de forma definitiva, sino en tanto en cuanto se adopta decisión, de tal manera que el efecto que se produce en estos casos es el de diferir el ejercicio del derecho". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 131. Asimismo, Ver: Artículo 7.5 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*". En Suecia no se considera documento oficial un memorandum elaborado por alguna autoridad cuando el mismo no ha sido despachado o se encuentre en estado de borrador, salvo que el mismo hay sido aceptado para ser archivado. También se entiende por memorandum cualquier nota o registro elaborado para la preparación de un caso o asunto o para la presentación oral del mismo, salvo que el mismo agregue información fáctica al caso o asunto en cuestión. Artículo 9 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa*.

así como aquéllos borradores que no han sido dados a conocer, presentados o puestos a consideración, (iii) documentos elaborados para el entrenamiento interno, para la obtención de información o cualquier otra actividad interna comparable de una autoridad, (iv) un documento que haya sido suministrado por una autoridad para el desempeño de una tarea por parte de un particular, o preparado para estos propósitos, (v) un documento olvidado o entregado a una autoridad como propiedad perdida.<sup>329</sup>

Por *informaciones* se entienden "los conocimientos de cualquier clase de asuntos o los comprendidos como materias clasificadas[...]".<sup>330</sup>

Por *datos y objetos* "los antecedentes necesarios para el conocimiento completo, o incompleto de las materias clasificadas, las patentes, las materias primas y los productos elaborados, el utillaje, cuños, matrices y sellos de todas clases, así como los lugares, obras, edificios e instalaciones de interés para la defensa nacional o la investigación científica".<sup>331</sup>

---

<sup>329</sup> (Traducción nuestra). Artículo 5 (1)-(5) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Francia por ejemplo no deberán considerarse como documentos administrativos los procedimientos de las asambleas parlamentarias, ni las recomendaciones emitidas por el Consejo de Estado y las jurisdicciones administrativas, los documentos del Tribunal de Cuentas, los documentos relativos a las investigaciones producto de quejas presentadas al Ombudsman de la República y los documentos previos a la elaboración del reporte de acreditación de la organización de la salud. Artículo 1 *in fine* de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos*. También el artículo 4 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* señala que lo siguiente no deberá ser considerado documento administrativo: "(a) personal notes, sketches or other records or a similar nature; (b) documents that do not concern administrative activities, in particular documents concerning the meetings of the Council of Ministers and Secretaries of State, or the preparation of such meetings". En Suecia no se consideran documentos oficiales: (i) las cartas, telegramas u otros documentos entregados a, o elaborados por un autoridad pública con el exclusivo propósito de enviar una comunicación. Artículo 11 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa*

<sup>330</sup> Artículo 2.4. *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*.

<sup>331</sup> Artículo 2.5. *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*.

Por *lugares físicos* se entiende como los lugares propiamente,<sup>332</sup> para Pilar Cousido "[...]también los lugares pueden ser clasificados actualmente[...] Y por si hubiera alguna duda al respecto a si estos ejemplos de asuntos, actos, documentos, etc. tienen un carácter no exhaustivo, en el apartado 6 se dispone que cualquier otra materia no enumerada anteriormente pero que afecte a la seguridad y defensa del Estado y por su naturaleza pueda entrar en alguno de los grandes grupos, mencionados en la LSO (asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos) también queda sometida a las disposiciones de este Decreto".<sup>333</sup>

David O'Brien nos recuerda como en los Estados Unidos de América se dió un debate en la Suprema Corte de Justicia sobre el acceso de la prensa a los centros de reclusión. En sus palabras "El autor de los proyectos aprobados en *Pell* y *Saxbe*, el magistrado Stewart presentó una opinión concurrente en *Houchins* (*Houchins v. KQED*) para dejar bien claro que 'las Enmiendas Primera y Decimocuarta no dan al público un derecho de acceso a la información general o controlada por el gobierno, ni tampoco dan a la prensa ningún derecho básico de acceso superior a los del público en general'. Después de considerar la importancia de la prensa para la sociedad agregó que 'condiciones de acceso razonablemente impuestas a miembros individuales del público podrán considerarse irrazonables (si impiden o estorban la información efectiva sin justificación suficiente) y si aplican a

---

<sup>332</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 32

<sup>333</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 32. El Reglamento la *Ley Española de Secretos Oficiales* señala que "Se entenderán también como materias propias de este Decreto, todas aquellas que, sin estar enumeradas en el presente artículo, por su naturaleza, puedan ser calificadas de asunto, acto, documento, información, dato u

periodistas que están en el lugar para llevar al público lo que ven los visitantes'. En otras palabras, aunque ni el público ni la prensa tienen un derecho de acceso *per se* de conformidad con la Primera Enmienda, según la teoría estructuralista del magistrado Stewart, en cuanto se concede acceso al público en general a las instalaciones del gobierno, la prensa tendrá ese mismo acceso pero en términos más favorables a fin de que pueda reportear sobre condiciones y actividades de las partes accesibles".<sup>334</sup> Por otro lado, el profesor español de la Universidad del País Vasco, José Manuel Castells Arteche señala que "Avanzando con un premeditado pragmatismo, señalar que poco se puede conseguir si a las bienintencionadas declaraciones y previsiones, no se acompañan los correspondientes mecanismos a ras de tierra que hagan posible en la práctica el normal desenvolvimiento del mismo a través de una adecuada organización. En este plano, no deja de tener importancia un derecho efectivo de acceso a los edificios públicos en los que conste la documentación requerida, sin que trabas sucesivas obstaculicen seriamente el derecho subsiguiente. De igual manera que posee también una efectividad sobre este Derecho, el horario del despacho al público por parte de las oficinas administrativas".<sup>335</sup>

Finalmente, por *archivo o expediente* se entiende lo siguiente "son archivos los conjuntos orgánicos de documentos, o la reunión de varios de ellos, reunidos por las personas jurídicas, públicas o privadas, en el ejercicio de sus

---

objeto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2.º de la Ley". Artículo 2.6. *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*.

<sup>334</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 149-50

<sup>335</sup> CASTELLS Arteche, José Manuel. "El derecho de acceso a la documentación de la administración pública", en Revista Vasca de Administración Pública, número 10, volumen I, año 1984 (septiembre), p. 152-3



actividades, al servicios de su utilización para la investigación, la cultura, la información y la gestión administrativa".<sup>336</sup>

## 2. Materiales no clasificables

El secreto por lo general no es aplicable a los materiales publicados o que estén a la venta al público, materiales que se encuentre en librerías o museos para efectos de exhibición o de referencia, así como los materiales que se encuentren en el archivos, librerías, galerías o museos.<sup>337</sup> Además, no se garantiza el derecho de acceso sobre aquella información que sea accesible al solicitante por otros medios razonables<sup>338</sup> o que vaya a ser accesible en un futuro no lejano.<sup>339</sup>

Por lo general, las democracias contemporáneas prohíben el uso de la clasificación de la información para ocultar (i) violaciones a las leyes, (ii) ineficiencia o error administrativo para evitar el desprestigio de una persona, organización o agencia de la administración pública; (iii) información que

---

<sup>336</sup> Para definir archivo J. F. Mestre Delgado emplea el artículo 59.1 de la Ley de Patrimonio Histórico Español. MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 138. M. P. Otero señala que el expediente administrativo "es un conjunto ordenado de documentos y actuaciones, por tanto, el término expediente es más amplio que el de documento, al ser aquél un conjunto de éstos. Por último, los expedientes administrativos se trasladan periódicamente a los archivos administrativos, que son, a su vez, objeto del referido derecho". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 32

<sup>337</sup> Por ejemplo, Ver: Artículo 68 (a), (b) y (c) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>338</sup> Por ejemplo, Ver: Artículo 21 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>339</sup> Artículo 22 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. Ello comprende a su vez anuncios u otros documentos entregado a, o elaborados por, una autoridad pública con el exclusivo propósito de su publicación en una revista bajo los auspicios de la autoridad; material impreso, grabaciones acústicas o visuales u otros documentos que formen parte de una librería o que hayan sido depositados en archivos públicos por particulares con el propósito de resguardo y conservación, o para propósitos de investigación o estudio, así como cartas privadas, publicaciones o registros entregadas a la autoridad con los propósitos antes mencionados. Artículo 11 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa*

impida o restrinja la competencia; o para (iv) impedir o dilatar la divulgación de información que no sea propiamente necesaria para proteger la seguridad nacional.<sup>340</sup>

### 3. Gradación en la clasificación

Por otro lado, para evitar la discrecionalidad de los agentes de la administración pública en la sustracción de la información del conocimiento público mediante el uso del secreto, por lo general, las democracias contemporáneas cuentan con un sistema de clasificación gradual de la misma. Es decir, "en atención al grado de protección que requieran"<sup>341</sup> los materiales se clasificarán o se conservarán en secreto de una u otra manera. Cada categoría establecerá los requisitos que deben satisfacer las personas que eventualmente tendrían acceso a la misma,<sup>342</sup> así como, en algunos

---

<sup>340</sup> Ver: artículo 1.8 de la *Executive Order 12958*. Patrick Birkinshaw nos recuerda como en los Estados Unidos de América la "[...]Executive Order (EO) 12356[...] prohibits the use of classification to conceal 'violations of law, inefficiency, or administrative error; to prevent embarrassment to a person, organisation or agency; to restrain competition; or to prevent or delay the release of information that does not require protection in the interests of national security (Section 1.6(a))". BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 58. En ese mismo sentido Bruce Fein nos recuerda lo siguiente "The Order enumerates improper purposes and subjects of classification to prevent government officials from employing their authority 'in order to conceal violations of law, inefficiency, or administrative error; to prevent embarrassment to a person, organization, or agency; to restrain competition; or to prevent or delay the release of information that does not require protection in the interest of national security'. In addition, '[b]asic scientific research information not clearly related to the national security may not be classified'. Moreover, under the executive order guidelines, officials must declassify information as soon as national security considerations permit". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 808

<sup>341</sup> El artículo 3 de la Ley de Secretos Oficiales señala que "Las <materias> serán calificadas en las categorías de secreto y reservado en atención al grado de protección que requieran.

<sup>342</sup> El artículo octavo de la Ley 48/1978, de 7 de octubre, por la que se modifica la Ley de 5 de abril de 1968 sobre Secretos Oficiales. señala que "A) Solamente podrán tener conocimiento de las materias clasificadas los órganos y las personas debidamente facultadas para ello y con las formalidades y limitaciones que en cada caso se determinen. B) La prohibición de acceso y las limitaciones de circulación a personas no autorizadas en locales, lugares o zonas en que radiquen las <materias clasificadas>. C) El personal que sirva en la Administración del Estado y en las Fuerzas Armadas estará obligado a cumplir cuantas medidas se hallen previstas para proteger las <materias clasificadas>".

lugares, el número de años que la información debe de permanecer oculta.<sup>343</sup>

Así, encontramos categorías como las siguientes:

*Ultra secreta* o *top secret* que es la clasificación más alta, que protege el tipo de información más importante, y su divulgación puede poner en grave riesgo a los Estados.<sup>344</sup>

*Secreto* es el grado de clasificación que "[...]se aplicará a todas las materias[...] que precisen del más alto grado de protección por su excepcional importancia y cuya revelación no autorizada por autoridad competente para ello pudiera dar lugar a riesgos o perjuicios de la seguridad del Estado, o pudiera comprometer los intereses fundamentales de la Nación en materia referente a la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional".<sup>345</sup>

---

<sup>343</sup> Además, el tipo de clasificación servirá como prueba para demostrar el daño en los casos en los que se procese a un algún funcionario por revelar información clasificada. Así lo reconoce, P. Birkinshaw: "Classification will continue to play an 'essential administrative role in the handling of information' within government itself and will also be relevant to internal disciplinary offences. In a criminal trial, a classification will not be evidence of the causing of damage; but the grade may be relevant 'as evidence tending to show that the defendant had reason to believe that the disclosure of the information was likely to harm the public interest'. The causation of damage will have to be proved by separate evidence". BIRKINSHAW, Patrick. Reforming the Secret[...], *op. cit.*, p. 10

<sup>344</sup> Ver: BIRKINSHAW, Patrick. Reforming the Secret[...], *op. cit.*, p. 10. Por ejemplo, en los Estados Unidos la Orden Ejecutiva 12958 del 17 de abril de 1995 sobre la Información clasificada en materia de seguridad nacional, expedida por el Presidente Clinton (*Executive Order 12958 of April 17, 1995 on Classified National Security Information*, en adelante la "Orden Ejecutiva 12958") señala en su artículo 1.3.Classification Levels.(a)(1) que *top secret* "shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to causes exceptionally grave damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe".

<sup>345</sup> Artículo 3.I. del *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*. Por ejemplo, P. Birkinshaw señala que "'Secrets' covers information where unauthorised publication, etc. would be prejudicial to the interests of the nation. All that can be said is that the distinction between 'serious injury' and 'prejudicial' is very much a matter for the eye of the beholder". BIRKINSHAW, Patrick. Reforming the Secret[...], *op. cit.*, p. 10. La *Orden Ejecutiva 12958* señala en su artículo 1.3.Classification Levels.(a)(2) que *secret* "shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause serious damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe".

El grado de clasificación *confidencial*,<sup>346</sup> *reservada* o *restringida* aplica para la protección de "[...]los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos[...] cuyo conocimiento o divulgación pudiera afectar a los referidos intereses fundamentales de la Nación, la seguridad del Estado, la defensa nacional, la paz exterior o el orden constitucional".<sup>347</sup>

En algunas ocasiones, por ejemplo en Finlandia, resalta el profesor Castells, la *generosa* legislación divide a los documentos en "(i) aquéllos cuya comunicación a los administrados era obligatoria, aquéllos otros cuya comunicación se encontraba prohibida y finalmente aquéllos cuya comunicación era posible, pero no obligatoria".<sup>348</sup>

Por último, por lo general, se contempla que la clasificación de determinada información varíe de categoría o grado, o bien se elimine la misma.<sup>349</sup> La

---

<sup>346</sup> Por su parte la *Orden Ejecutiva 12958* señala en su artículo 1.3. Classification Levels.(a)(3) que *confidential* "shall be applied to information, the unauthorized disclosure of which reasonably could be expected to cause damage to the national security that the original classification authority is able to identify or describe".

<sup>347</sup> Artículo 3.II. del *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*. P. Birkinshaw señala que "Lastly, and really secret at all, comes 'Restricted', where publication would be undesirable in the interests of the nation. There are privacy markings and these cover: 'Commercial - in confidence', 'Management - in confidence' (presumably organisational information), and 'Staff - in confidence' (presumably personnel information). It should be pointed out that in this context 'Confidential means secret'". BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 10

<sup>348</sup> CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso[...]", *op. cit.*, p. 140

<sup>349</sup> La *Orden Ejecutiva 12958* señala en su artículo 3.4. Automatic Declassification. (a) [...] within 5 years from the date of this order, all classified information contained in records that (1) are more than 25 years old, and (2) have been determined to have permanent historical value under title 44, United States Code, shall be automatically declassified whether or not the records have been reviewed. Subsequently, all classified information in such records shall be automatically declassified no longer than 25 years from the date of its original classification, except as provided in paragraph (b), below".



mayoría de las veces ello se lleva a cabo a través del mismo órgano que llevó a cabo el acto oficial inicial de clasificación.<sup>350</sup>

Además la desclasificación puede suceder por motivo de que la amenaza a la seguridad nacional que justificaba la clasificación ha desaparecido; porque el beneficio de divulgar la información bajo secreto es mayor que el costo de mantener el secreto, o bien porque las exigencias de la seguridad nacional, por ejemplo, requieran la publicidad de dicha información.<sup>351</sup>

#### 4. La duración del secreto

La duración del secreto varía dependiendo de la materia que se busca proteger, así como de su establecimiento por ley o por dejarse al arbitrio del funcionario público. Encontramos pues que no hay uniformidad de criterios en la duración del secreto. En ocasiones las democracias modernas dejan abierta la posibilidad para que la administración establezca el plazo de duración del secreto, mientras que por otro lado, otros Estados contemplan

---

<sup>350</sup> Por ejemplo, artículo 7 de la *Ley Española de Secretos Oficiales* que señala "La clasificación de cualquiera de las calificaciones previstas en el artículo 3.º de esta Ley será dispuesta por el órgano que hizo la respectiva declaración". En ese mismo tenor, el artículo 3 del Reglamento de la *Ley Española de Secretos Oficiales* señala en su apartado IV que "A efectos de evitar la acumulación excesiva de material calificado, la autoridad encargada de la calificación deberá señalar los procedimientos para determinar periódicamente, la conveniencia de la reclasificación o desclasificación de aquel material". Bruce Fein nos recuerda que "The Order also addresses disclosure of classified information. Generally, classified information may be disclosed only to executive branch officials whose trustworthiness has been determined by an agency head or designated official and whose access is essential to furthering a legitimate government purpose. Classified information may be disseminated outside the executive branch only under conditions that ensure the same degree of confidentiality protection as that afforded within the executive branch". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 808

<sup>351</sup> Recordemos como "Declassification may occur for two reasons. In some circumstances, the threat to national security that originally justified classification may have disappeared. For example, the classification of certain 'time sensitive' information is linked to the exigencies of a particular time period, after which the information is declassified. In other cases, declassification seems to occur not because disclosure no longer threatens to harm national security, but rather because the national security 'benefits' resulting from disclosure outweigh the associated 'costs'. NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...], *op. cit.*, p. 910

disposiciones con plazos precisos sobre la duración del secreto en su legislación dependiendo de la materia o interés que protegen.<sup>352</sup>

Por ejemplo, en España, el artículo 3 del *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales* señala en su apartado III que "Siempre que ello sea posible, la autoridad encargada de la calificación indicará el plazo de duración de ésta, con mención de si pudiera ser suprimida o rebajada de grado. Para ello podrá fijar una fecha o indicar un acontecimiento o hecho límite de dicho plazo. Tal indicación no deberá incluirse en el texto, sino que constatará en una anotación, anterior o posterior, al mismo".<sup>353</sup> En Noruega, por ejemplo, el rey cuenta con amplias facultades para decidir cuando los documentos e informaciones que se encuadraran en los supuestos que impedían su divulgación –p. e. seguridad nacional, defensa nacional, privacidad, etcétera– podrían ser dados a conocer al público, por el transcurso del tiempo o por cualquier otro motivo.<sup>354</sup>

---

<sup>352</sup> Ver: nota al pie 349. "La indicación del plazo admite diversas posibilidades. No tiene por qué ser una fecha expresa. Lo relevante es que se pueda determinar, no que esté determinado. El dato habrá de constar en una anotación fuera del texto de clasificación". COUSIDO González, María Pilar. *Comentarios a la Ley[...]*, *op. cit.*, p. 58

<sup>353</sup> En Italia por ejemplo, la legislación aplicable deja abierta la facultad de establecer la temporalidad o duración del secreto, es decir, se faculta a los órganos de la administración que definan, para cada categoría -por ejemplo, defensa nacional, privacidad, investigación de los delitos- el periodo de tiempo que durará dicha negativa. El artículo 8.2. de las "Rules governing the arrangements for the exercise and for cases of denial of the right to access to administrative documents, in implementation of Article 24.2 of Law No. 241 of 7 August 1990 enacting new rules in the matter of administrative procedures and right of access to administrative documents. (Decree of the President of the Republic No. 352, 27 June 1992, Published in *Gazzetta Ufficiale* No. 177, 29 July 1992)" señala que "access to documents cannot be denied save when they may do concrete damage to the interest specified in Article 24 of Law 241 of 7 August 1990. Documents containing information connected with said interest are to be considered secret only within the framework and within the limitations of such connection. To this end the administrative bodies shall also set, for every category of document, the period of time for which access may be denied".

<sup>354</sup> Artículo 7 de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*

Por su lado, en Finlandia se establece que el periodo en el que permanecerá un documento en secreto es de 2 años, salvo que se prevea en una legislación o por una orden de otra manera. Los documentos que se refieren a la vida privada deberán conservarse como secretos por un periodo de 50 años después de la muerte de la persona a quien se refiere la información, salvo que no se conozca ciertamente la fecha de muerte, en cuyo caso la duración del secreto será de 100 años.<sup>355</sup> Sin embargo, el gobierno puede extender dicho periodo por uno adicional de 30 años, cuando la divulgación de la información pudiera afectar los intereses protegidos.<sup>356</sup>

En el Reino Unido después de 30 años de creados los archivos, éstos se convierten en "Archivos Históricos"<sup>357</sup>, por consiguiente su divulgación no se puede restringir bajo las excepciones aludidas anteriormente; es decir, los Archivos Históricos por definición son de acceso irrestringido. Sin embargo, los documentos que se refieren a los honores o dignidad de la corona (art. 37.1.b) pueden ser clasificados por periodos de hasta 60 años.<sup>358</sup> En ese sentido, la información relacionada con la *ejecución de la ley* (Law Enforcement) no podrá divulgarse antes de haber cumplido 100 años

---

<sup>355</sup> El Artículo 31 párrafo 2° de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>356</sup> El Artículo 31 párrafo 3° de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>357</sup> Artículo 62 (**Interpretation of Part VI [Historical Records and Records in Public Records Office or Public Record Office in Northern Ireland]**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*.

<sup>358</sup> Artículo 63 (3) (**Removal of exemptions: historical records generally**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

contados a partir de la fecha de su elaboración.<sup>359</sup> En Suecia, por ejemplo, el periodo de "secrecia" varía entre 2 y 70, años dependiendo de los intereses que se protegen; por ejemplo, la información sobre la privacidad de las personas puede mantenerse en secreto entre 50 y 70 años.<sup>360</sup> En los Estados Unidos de América se contempla un periodo base de 10 años, mismo que se podrá ver ampliado cuando la información encuadre en alguna de las excepciones relativas a la seguridad nacional a que se refiere la *Executive Order 12958*.<sup>361</sup>

Los términos de duración del secreto, por lo general, empiezan a correr a partir del momento en el que el documento fue creado sin embargo, en el caso en el que no se conozca, se tomará en consideración la fecha en la que

---

<sup>359</sup> Artículo 63 (4) (**Removal of exemptions: historical records generally**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>360</sup> Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia Regeringkansliet. Public Access to..., *op. cit.*, p. 20-1

<sup>361</sup> Dichas excepciones se refieren a la información que presumiblemente pueda producir un daño a la seguridad nacional por "(i) revelar una fuente, metodo o actividad de inteligencia, o un sistema o actividad criptológica; (ii) revele información que pudiera servir para el desarrollo o empleo de armamento de destrucción masiva; (iii) revele información que pueda mermar el desarrollo o uso de tecnología en el sistema armamentista americano; (iv) revele planes militares norteamericanos o planes preparados de emergencia de seguridad nacional; (v) revele información de gobiernos extranjeros; (vi) revele una fuente confidencial que dañe las relaciones entre los Estados Unidos y un gobierno extranjero o que socave seriamente las actividades diplomáticas que razonablemente se espere vayan a durar por un periodo mas largo de tiempo que el previsto (10 años); (vii) ponga en peligro la habilidad de los funcionarios públicos responsables para la protección del Presidente, el Vice Presidente y otros individuos cuya protección este autorizada como de interés de la seguridad nacional; (viii) violente alguna ley, tratado o tratado internacional". Artículo 1.6.(d) de la *Executive Order 12958*. En los EUA la Comisión sobre el Asesinato del Presidente John F. Kennedy "There are secrets that should be protected. Each time the board members review records before ordering their disclosure, they must separate the truly secret records from those which were automatically withheld based on customary secrecy assumptions. Indeed, the ARRB's major contribution might well very well be simply that its review and disclosure actions may in the future require federal intelligence and counterintelligence agencies to make that distinction. Are some decisions to withhold records just the effect of a culture of secrecy or complacency? Must the secrets of 1964 remain the vital secrets of 1997? For the first time in fifty years, CIA, NSA, FBI and Secret Service officials have been forced (because of an independent review mandated by Congress) to peel away the layers of time and custom to reach the core question: What indeed are real secrets?" NELSON, Anna Kasten. "The John

el mismo se ingresó o registró en el archivo del órgano o agencia de la administración.<sup>362</sup>

## 5. Intereses protegidos

Como se ha mencionado, las democracias contemporáneas contemplan excepciones a ese deber de publicidad,<sup>363</sup> de tal manera que se faculta a algunos órganos de la administración pública para clasificar documentos, materiales e informaciones como secretas, ultra secretas, reservadas, confidenciales –u otra nomenclatura–, en un número determinado de materias, para la protección de ciertos intereses.<sup>364</sup>

Por consiguiente, la finalidad de la clasificación o de la sustracción de la información de conocimiento del público o los ciudadanos es, en principio, la

---

F. Kennedy Assassination Records Review Board", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) *A culture of [...]*, *op. cit.*, p.

<sup>362</sup> En Suecia "For most documents the starting point is with the date the document was made. As regards diaries, journals, registers and other notes kept continuously, the time is counted from when the information was entered into the document. Some secrecy provisions also contain other deviations from the main rule". Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia REGERINGKANSLIET. *Public Access to [...]*, *op. cit.*, p. 21

<sup>363</sup> El artículo 1 de la *Ley Española de Secretos Oficiales* señala "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 9/1968, de 5 de abril, los Órganos del Estado estarán sometidos en el ejercicio de su actividad al principio de publicidad, salvo en las materias que tengan por Ley el carácter de secretas o en aquellas otras que, por su naturaleza, sean expresamente declaradas como <clasificadas>". Asimismo, el artículo 1 del Decreto 242/1969, de 20 de febrero (Presidencia), por el que se desarrollan las disposiciones de la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (en adelante el "*Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*") señala que "De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 9/1968, de 5 de abril, los Órganos del Estado estarán sometidos en el ejercicio de su actividad al principio de publicidad, salvo en las materias que tengan por Ley el carácter de secretas o en aquellas otras que, por su naturaleza, sean expresamente declaradas como <clasificadas>".

<sup>364</sup> Pilar Cousido González al comentar la exposición de motivos de la *Ley Española de Secretos Oficiales* nos dice que "[...]las limitaciones que cabe imponer al principio de difusión general de la información administrativa, cuando se pueda perjudicar la <causa pública, la seguridad del mismo Estado o los intereses de la colectividad nacional>, situando en tal contexto las cuestiones <cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o ponga en riesgo la seguridad del Estado o los intereses fundamentales de la nación y que constituyen los verdaderos <secretos oficiales>". COUSIDO González, María Pilar. *Comentarios a la Ley [...]*, *op. cit.*, p. 12-3

protección de ciertos intereses jurídicos, que al parecer de algunos, guardan una jerarquía igual al derecho a la información, al principio de la transparencia de la gestión de la administración, al de legalidad, a los controles entre los poderes y la tutela judicial efectiva (incluidos los derechos de debido proceso).

Así, por lo general, las diferentes democracias contemplan un listado, más o menos largo, de materias susceptibles de ser protegidas mediante la clasificación de documentos administrativos.<sup>365</sup> Al respecto James Michael nos dice que: "A pesar de que los países difieren en el acercamiento a la excepción de divulgación obligatoria, existe un núcleo duro de excepciones común a la mayor parte de las leyes de acceso a la información: defensa nacional, diplomacia, discusiones internas confidenciales, intimidad personal, confidencialidad comercial y procuración de justicia".<sup>366</sup>

---

<sup>365</sup> Por ejemplo el Reino Unido hasta antes de las reformas del 2000 contaba con cuatro categorías principales de información susceptible de ser clasificada: la relacionada con inteligencia y seguridad, la vinculada a la defensa nacional, la que guardaba relación con las relaciones internacionales del Reino Unido y toda aquella que fuera necesaria para ejercitar los poderes de investigación de los delitos. Tomado de: ZELLICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists and the British Government: Free Speech and other Casualties", en *William & Mary Law Review*, Verano 1990, número 31, pág. 805. Actualmente la *Ley Inglesa de Acceso a la Información* contempla 23 categorías de excepciones. La legislación norteamericana, la FOIA contempla nueve excepciones: "An agency may refuse to disclose an agency record that falls within any of the FOIA's nine statutory exemptions". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. *First Report: A citizen's[...]*, *op. cit.*, p. 14. Dichas nueve excepciones se encuentra en el inciso (b) de la FOIA. Por el otro extremo la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* contempla 32 excepciones.

<sup>366</sup> MICHAEL, James. "Freedom of Official[...]", *op. cit.*, p. 18. Para el Juez Australiano de la Suprema Corte Michael Kirby "The second deadly sin is to pretend to FOIA but to provide so many exceptions and derogations from the principle as to endanger the achievement of a real cultural change in public administration. As countries introduce FOI legislation, the sharpest debates tend to be about the exemptions. One criticism of the federal Act in Australia was that the cautious approach in framing the exemptions meant that, in practice, few documents had become available to inform political debates which would not have been available before. The United States FOI Act has only nine exemptions. The Australian Federal Act has 19. Most of the state Acts in Australia have fewer exemptions than the federal. In recent years there has been a tendency to introduce special exemptions for documents (such as Cabinet notebooks and electoral rolls) which might already have been effectively protected by existing exemptions". KIRBY, (Justice) Michael. "Opinion: Freedom of [...]", *op. cit.*, p. 250.

### a) La intimidad, el honor y la vida privada de los particulares

El derecho a la intimidad y privacidad personales es esencial en el Estado de Derecho. Dicho derecho tiene por objeto limitar el ejercicio del poder ofreciendo al particular un escudo jurídico para protegerse de las intromisiones injustificadas de la prensa y del Estado mismo.<sup>367</sup> Frente al derecho de acceso a la información se impone el deber de los Estados de no divulgar aquélla que no se refiere a los asuntos propiamente del Estado, en concreto aquélla que se relaciona con la información personal.<sup>368</sup>

D. O'Brien nos recuerda que "Algunos comentaristas, sostienen que el derecho constitucional a la información, como lo hacen las leyes que protegen a los individuos para evitar que se les imponga la obligación de proporcionar información o materiales. Evidentemente, pueden chocar los intereses del derecho del público a la información y la privacidad personal. Hay

---

Sobre el derecho a la vida privada en España, Ver: FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad y medios de comunicación, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y debates, número 91, Madrid 2000; MARTÍNEZ DE PISÓN Cavero, José. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional, Ed. CIVITAS, Madrid 1993, 1a ed.; URABAYEN, Miguel. Vida privada e información. Un conflicto permanente, Ed. Universidad de Navarra, Zaragoza 1977.

<sup>367</sup> D. O'Brien señala que "La prohibición de la Cuarta Enmienda contra búsqueda y apoderamientos irrazonables se aplica únicamente a búsquedas y apoderamientos por parte del gobierno, no por individuos privados. Por consiguiente, un derecho constitucional directamente exigible de información se aplicaría únicamente a las instalaciones y materiales del gobierno y no autorizaría el acceso público a los hogares o a los efectos personales. (Además, la base moral y política para exigir derecho del público a la información sobre los detalles íntimos de la vida de una persona son insostenibles e indefendibles). Por lo tanto, las controversias constitucionales sobre el derecho a la información e intereses en conflicto en la privacidad personal se presentarían muy raramente -en circunstancias en que los miembros del público reclaman acceso a instalaciones o materiales del gobierno sobre los que otros individuos afirman tener privacidad personal- y únicamente después de la declaración de un derecho constitucional a la información". O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 24

<sup>368</sup> Al parecer de J. Michael "It is clear in all open government laws (although not in all data protection laws) that privacy is a value of natural persons, and not of governments or companies. Ministers, civil servants, employers, and employees all have rights of personal privacy, but these are usually recognised as being fundamentally different in theory, as well as distinguishable in practice, from rights of commercial confidentiality". MICHAEL, James. "Freedom of Official[...]", *op. cit.*, p. 20

una gran confusión en cuanto a la posibilidad de conciliar el derecho escrito de acceso a la información del gobierno que concede la Ley de Libertad de Información y los intereses de privacidad informacional de los individuos en los archivos gubernamentales, según se reconocen en la Ley de Privacidad de 1974".<sup>369</sup> Para Richard F. Hixson "El gobierno no es necesariamente el que viola más el derecho a la privacidad, sin embargo si es el mayor recolector y distribuidor de información relativa a los ciudadanos. Ello, en sí, incrementa la probabilidad de que dicha información pueda ser adquirida y empleada en circunstancias cuestionables o incluso ilegales. La historia está plagada de pasajes en los que el gobierno se apropia de los derechos a través de sus funciones de inteligencia (surveillance)."<sup>370</sup>

Como mencionamos, la protección de la información relativa a la intimidad de particulares,<sup>371</sup> busca proteger la privacidad<sup>372</sup> y ello contempla "[...]desde los

---

<sup>369</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 23

<sup>370</sup> (Traducción nuestra). HIXSON, Richard F. Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict, Ed. Oxford University Press, New York-Oxford 1987, p. 209

<sup>371</sup> Sobre la intimidad como límite al derecho de acceso a los documentos administrativos, Ver: MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 105

<sup>372</sup> Sissela Bok diferencia entre el *secreto* y la *privacidad* en los siguientes términos: "I shall define privacy as the condition of being protected from unwanted access by others -either physical access, personal information, or attention. Claims to privacy are claims to control access to what one takes -however grandiosely- to be one's personal domain". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 10. Más adelante señala que "Privacy and secrecy overlap whenever the efforts at such control rely on hiding. But privacy need not hide; and secrecy hides far more than what is private". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 11. En un estudio constitucional comparado de once democracias, Sandra Coliver nos dice sobre el derecho a la privacidad lo siguiente: "A few countries expressly protect the right to privacy in their constitutions (Germany, The Netherlands). Sweden's constitutional document protects privacy indirectly via its prohibition of defamation[...] [in France] the right to privacy has acquired constitutional status, in part owing to its recognition as one of the fundamental principles of the Republic and in part owing to the incorporation into French law of the ECHR and ICCPR[...] The US Supreme Court has interpreted various constitutional provisions as giving rise to a right to privacy[...] The Court has recognized four aspects of the right the privacy interest in avoiding disclosure of personal matters: (1) the right not to be put in a 'false light' by the publication of true facts; (2) the right not to have one's likeness 'appropriated' for commercial purposes; (3) the 'right of publicity' on the part of a person whose name has



datos personales más básicos hasta los patrimoniales[...]"<sup>373</sup> El Estado, por diferentes razones, tiene en su poder una importante cantidad de información de las personas que comprende aquella que se relaciona con su patrimonio, con su historia personal (educativa,<sup>374</sup> económica,<sup>375</sup> médica,<sup>376</sup> profesional,<sup>377</sup> criminal<sup>378</sup>), con su relación con el Estado (p. e. obligaciones

---

commercial value; and (4) the right to avoid the publicizing of 'private details' of no legitimate public interest". COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of[...], *op. cit.*, p. 271

<sup>373</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso[...]*, *op. cit.*, p. 159. En este sentido R. Adler explica que la evolución interpretativa que ha sufrido la excepción 6 de la FOIA de la siguiente manera: "Exemption Six applies to 'personnel and medical files and similar files the disclosure of which would constitute a clearly unwarranted invasion of personal privacy.' Years of litigation over what constitutes a 'similar file' were resolved by the Supreme Court in a 1982 decision, which explained that it is the balancing of private against public interests, not the nature of the records at issue, that governs the applicability of Exemption Six. As a result, it is now clear that Exemption Six applies to any agency records that can be identified as applying to an individual". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in FOIA Law", en *Communications Lawyer*, Verano 1993, número 13, American Bar Association, p. 4

<sup>374</sup> La información relacionada con los documentos relativos a la educación, tales como exámenes, descripciones, resultados de pruebas, entre otros. Al respecto, Ver: artículo 24 (30) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; artículo 2 (1) (i) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Además se incluye la información relacionada a exámenes de ingreso o cualquier otra prueba, además se prohíbe su divulgación si su conocimiento pudiera comprometer los objetivos de los exámenes o pruebas, o prevenir el uso futuro de las mismas. Tomado del artículo 24 (22) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*.

<sup>375</sup> La información relativa a la intimidad de la personas abarca aquella que se refiere al ingreso anual, activos, subsidios o la situación económica de la persona en general. Artículo 24 (23) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; y, artículo 2 (1) (ii) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>376</sup> Por ejemplo, ello comprende "[...]el derecho de los usuarios <a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas y privadas que colaboren con el sistema público> (art. 10.3)". MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso[...]*, *op. cit.*, p. 161. Esta información también abarca por ejemplo, documentos que contengan información relacionados a exámenes psiquiátricos o de personalidad de un joven infractor[...] Artículo 24 (27) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. Asimismo, incluye documentos que contengan información de un beneficiario de la seguridad social, o de los beneficios o apoyos que reciba o en su estado de salud o deficiencias de la persona, el tratamiento médico o el tratamiento que recibe o sobre su vida y preferencias sexuales. Artículo 24 (25) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; y, artículo 2 (1) (ii) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*.

<sup>377</sup> Esta información comprende las pruebas psicológicas o de aptitud de los conscriptos, o los requisitos para la designación de sus trabajos y las bases de sus salarios. Artículo 24 (29) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

fiscales, inmigración<sup>379</sup>), sus datos personales (p. e. domicilio, teléfono, estado civil, preferencias y hábitos sexuales,<sup>380</sup> creencias religiosas, convicciones políticas)<sup>381</sup> y su seguridad.<sup>382</sup> Si bien es cierto que el derecho a

<sup>378</sup> Asimismo, se mantendrá en secreto, la información que se encuentre en documentos administrativos o registros sobre convictos, prisioneros u otras personas privadas de libertad con el objeto de no afectar negativamente su futuro, reincorporación en la sociedad o seguridad personal. Artículo 24 (28) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>379</sup> En Finlandia también la información relacionada con un refugiado o alguna persona solicitando asilo, permiso de residencia o visa será considerada como secreta. Artículo 24 (24) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>380</sup> Ver: Artículo 24 (25) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; Artículo 2 (1) (ii) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>381</sup> La información que se obtenga de encuestas o censos a cargo del Estado. Por ejemplo, "Igualmente, la Ley 12/1989, de 9 de mayo, de la Función Estadística Pública, se preocupa de regular con detenimiento el secreto estadístico, señalando, entre otros aspectos, que <serán objeto de protección y quedarán amparados por el secreto estadístico los datos personales que obtengan los servicios estadísticos tanto directamente de los informantes como a través de fuentes administrativas> (art. 13.1); añadiendo que <se entiende que son datos personales los referentes a personas físicas o jurídicas que o bien permitan la identificación inmediata de los interesados, o bien conduzcan por su estructura, contenido o grado de desagregación a la identificación indirecta de los mismos> (art. 13.2)". MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso[...]*, op. cit., p. 162. Así, por ejemplo en Finlandia se protege la divulgación de documentos que contengan información sobre la convicciones políticas o los puntos de vista particulares de las personas, o bien aquella información relacionada con el estilo de vida de las personas, su participación en asociaciones altruistas, intereses, vida familiar o cualquiera otras circunstancias comparables de la persona. Sin embargo, por lo general la información que se contiene en documentos relacionados con la actividad de alguna persona en actividades políticas o cargos públicos, o su candidatura para acceder al mismo, o bien la creación de o afiliación a un partido político o asociación política son informaciones del dominio público. Ver: Artículo 24 (32) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Irlanda también se contempla dicha excepción "(I) in a case where the individual holds or held office as a director, or occupies or occupied a position as a member of the staff, of a public body, the name of the individual or information relating to the office or position or its functions or the terms upon and subject to which the individual holds or held that office or occupies or occupied that position or anything written or recorded in any form by the individual in the course of and for the purpose of the performance of the functions aforesaid, (II) in a case where the individual is or was providing a service for a public body under a contract for services with the body, the name of the individual or information relating to the service or the terms of the contract or anything written or recorded in any form by the individual in the course of and for the purposes of the provision of the service, or (III) the views or opinions of the individual in relation to a public body, the staff of a public body or the business or the performance of the functions of a public body". Artículo 2 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>382</sup> (Traducción nuestra). Aquí también cabe la posibilidad de que los agentes del Estado puedan denegar la información cuya divulgación pueda poner en riesgo la seguridad de los particulares. Artículo 17 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense* "The head of a government institution may refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which could reasonably be expected to threaten the

la intimidad es un asunto de difícil definición por las complejas aristas y diversas colisiones con otros derechos,<sup>383</sup> existen maneras para buscar llegar a su comprensión.<sup>384</sup> Por ejemplo, se tienen varios *tests* en los EE.UU. que le permiten a los jueces y operadores jurídicos en general, determinar si cierta información es propia de la vida privada o íntima de una persona, o la misma es susceptible de ser conocida por el público sin que ello implique la perpetración de un ilícito y si las informaciones son importantes para el debate público.<sup>385</sup> La doctrina ha buscado interesantes acercamientos para tratar de definirla. Como ejemplo J. Martínez de Pisón dijo lo siguiente tratando de definir la intimidad desde su funcionalidad: "La preocupación sobre nuestra accesibilidad, es decir sobre las posibilidades de acceso de extraños a nuestra vida privada –incluyendo, por supuesto, desde el acceso físico hasta el más difuso, el psíquico–, es, a juicio de R. Gavison, la piedra angular de cualquier construcción teórica sobre la intimidad. Esto es, nuestra apertura hacia el exterior da significado a la intimidad. Evidentemente, una

---

safety of individuals". El Artículo 24 (31) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* habla de los documentos que contenga información sobre el número de teléfono secreto o información del domicilio, lugar de residencia, o cualquier otro dato de contacto, proporcionado por alguna persona, siempre que haya solicitado su confidencialidad ya que tiene razones suficientes para creer que su salud o seguridad o de su familia se encuentran en peligro.

<sup>383</sup> Para un acercamiento muy completo a los conflictos o choque derechos entre intimidad, derecho a la información, información, honor y propia imagen, recomendamos Ver: SARAZA Jimena, Rafael. Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen, Ed. Aranzadi, Pamplona 1995.

<sup>384</sup> Para un ejercicio a través de la jurisprudencia española sugerimos, Ver: MARTÍNEZ DE PISÓN Cavero, José. El derecho a la intimidad[...], *op. cit.*

<sup>385</sup> Antonio Fayos Gardó al respecto nos expone una serie de "pruebas" que la jurisprudencia norteamericana ha desarrollado para determinada el alcance de la intimidad. Entre ellas se encuentra *la revelación considerada ofensiva* que pretende balancear el derecho a la intimidad con la libertad de expresión. Para dicho autor "Si por el simple hecho de revelar datos privados se pudieran presentar demandas por invasión de la intimidad no existiría libertad de prensa. Por eso es necesario que no se pueda perseguir cualquier difusión, sino solamente aquella que sea ofensiva para el demandante". FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 60

apertura indiscriminada, no querida, en contra de nuestros deseos, que violenta nuestros espacios íntimos. Por eso, en sentido inverso, continúa la autora, nuestro interés en limitar ese acceso es lo que nos permite identificar y dar significado a la misma intimidad. Por tanto, la empresa iniciada por la jurisprudencia parece haber llegado a un punto de no retorno y casi habría que decir que la meta ha sido un callejón sin salida, pues las palabras *the right to be let alone*, de impreciso significado como hemos estado viendo, sólo son comprensibles desde su cara negativa, esto es, cuando se interfiere el ámbito privado. Es más, surge en el interior de los individuos el sentimiento de la intimidad en un momento específico, cuando éstos sufren una pérdida, es invadida o es violada su vida privada. Pérdida, invasión y violación, he ahí el terreno en el que se mueve la intimidad y sus fundamentos, claro está. El sentimiento de repulsa ante estas tres circunstancias –pérdida, invasión y violación de la intimidad– justifica, en definitiva, según R. Gavison, el deseo de limitar el acceso de extraños a la vida privada. A partir de este punto, resulta más fácil escudriñar las funciones que cumple la intimidad: en la promoción de la libertad, la autonomía personal, la propia identidad, nuestras relaciones íntimas, en suma, la misma existencia de una sociedad libre".<sup>386</sup>

El Estado, en su actuar cotidiano, obtiene y recaba información de las personas que atienden propiamente a su intimidad, se trata de información personal, misma que la podemos entender como toda aquella "información de un individuo identificable que (a) pudiera ser conocida, en el desarrollo normal de los acontecimientos, exclusivamente por el individuo o por miembros de su familia, o amigos, o (b) se encuentre en manos de órgano público en el

---

<sup>386</sup> MARTÍNEZ DE PISÓN Cavero, José. El derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 73

entendido de que la misma sería tratada como confidencial".<sup>387</sup> Según nos recuerda A. Fayós, la jurisprudencia norteamericana rechaza que la información relativa a la vida privada pueda ser susceptible de libre divulgación. Las materias que dicho autor menciona son, la "Renta, ingresos y gastos de la personas[...] Cuando se trata de publicaciones acerca de los salarios de los empleados públicos, aquí además de no entenderse ofensiva la información se entiende que existe un derecho del público a conocer tales datos[...] la idiosincracia personal[...] ocupación o datos sobre el servicio militar realizado[...] hijos ilegítimos[...] Diagnósticos médicos, fechas de nacimiento o matrimonio[...] Sin embargo hay bastantes sentencias que sí admiten la protección de la intimidad en supuestos de revelación de datos médicos, no tanto por considerar que los datos publicados son ofensivos, como por considerarlos estrictamente privados."<sup>388</sup> Sin embargo, la libertad de expresión en dicho país tiene una jerarquía superior al otro derecho, ya que "el interés público en conocerlos es mayor que el interés de la sociedad en mantenerlos ocultos."<sup>389</sup> Para determinar esa supremacía del interés se deberán de tomar en consideración tres aspectos, el primero de ellos se refiere al *valor social de los hechos*, el segundo *la intensidad de la intrusión*

---

<sup>387</sup> (Traducción nuestra). Artículo 2 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Asimismo, y sobre información que haya sido proporcionada por cualquier persona a la autoridad bajo la premisa de que aquella se iba a ser tratada de manera confidencial, Ver: Artículo 41 (**Information provided in confidence**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>388</sup> FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 63

<sup>389</sup> FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 64

en la vida privada y, finalmente, si la persona se expone o se encuentra en una posición de *fama o notoriedad*.<sup>390</sup>

Por lo general, los Estados están impedidos de divulgar esta clase de información.<sup>391</sup> A diferencia de la mayoría de otras excepciones que se tratan como obligaciones discrecionales o facultativas de no divulgar (*may not*), las democracias contemporáneas establecen una obligación absoluta (*shall not*) para los funcionarios públicos de no divulgar o permitir el acceso a documentos o archivos que contengan información relacionada con los particulares.<sup>392</sup> Sin embargo, se cuentan con excepciones a esta obligación

---

<sup>390</sup> FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 64

<sup>391</sup> Por ejemplo, James Michael nos dice que "The Canadian Act is an important exception to this in two ways: first, its exemptions from disclosure are divided into mandatory exemptions (must not be disclosed) and discretionary ones (may be disclosed or not); and second, its procedures (as well as those in Australia) for notifying third parties who would be affected by disclosure are an attempt to avoid the complexities of what are called 'reverse Freedom of Information Act' cases in the U.S.A". MICHAEL, James. "Freedom of Official[...]", *op. cit.*, p. 17

<sup>392</sup> Las otras excepciones que se manejan como obligación son las relacionadas con (i) la información obtenida bajo el deber de confidencialidad de un tercer gobierno, un organismo internacional, el gobierno de una provincia, municipio o región, o cualquiera de sus órganos (art. 13(1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*); (ii) la información relacionada a secretos financieros, industriales, comerciales, técnicos, etcétera proporcionados por terceros (art. 20(1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*); y, (iii) la información cuya divulgación está prohibida por legislación expresamente. (art. 24(1)(2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*). También la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos* establece este deber de restringir el acceso a información cuando la misma se refiera a las circunstancias privadas de las personas, incluidas sus finanzas; la planta técnica o proceso o a la operación de los negocios de una persona o empresa. Al respecto, Ver: Artículo 19 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*; artículo 11 (1) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; artículo 10.1.e. de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental*; artículo 24.3.d) de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos* (reconoce un derecho a personas, grupos y empresas); artículos 2 (1) y 28 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*; artículo 40 (**Personal Information**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. De la misma manera el artículo 2.6 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que no se podrá divulgar aquella información que pueda afectar "the protection of the personal integrity or economic circumstances of private subjects". El artículo 6.I. de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos* enuncia la clase de documentos cuya consulta o entrega puede dañar entre otros[...] la seguridad de las personas; y el 6.II de dicho ordenamiento también incluye la prohibición de entregar o permitir el acceso a información relativa a la privacidad de las personas, los archivos personales, datos de identificación, el historial médico y la conducta de la persona.

desde la jurisprudencia y la doctrina en temas tan "íntimos" como la información médica, la vida sexual y la vida matrimonial. Así nos recuerda A. Fayós "Pero incluso en estos temas tan íntimos de la vida de las peronas encontramos sentencias que admiten el interés del público en los mismos, especialmente cuando se trata de personas públicas: se acepta que la gente tiene derecho a conocer las actividades sexuales y los problemas médicos de servidores públicos[...] y las dificultades matrimoniales de los famosos."<sup>393</sup>

En ocasiones, como complemento al derecho que tienen las personas de que su información personal no sea divulgada por el Estado para no afectar su intimidad, honor y vida privada, y como contrapartida al manejo del Estado de dicha información, se ofrece un derecho a que las personas interesadas puedan solicitar el acceso a su propia información, y a solicitar la corrección de las imprecisiones que encontrare.<sup>394</sup> En los EE.UU. la protección legal de

---

<sup>393</sup> FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 68

<sup>394</sup> En los EUA este derecho se regula por la Privacy Act de 1974: "The Privacy Act grants an important right in addition to the ability to inspect records. The act permits an individual to request a correction of a record that is not accurate, relevant, timely, or complete. This remedy allows an individual to correct errors and to prevent incorrect information from being disseminated by the agency or used unfairly against the individual". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's[...], *op. cit.*, p. 31. El artículo 3 de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos* reconoce que toda persona tiene el derecho a conocer la información que se encuentra en un documento administrativo sobre su persona. Asimismo, cuenta con el derecho de que se acompañen al documento, como anexo, las observaciones que al respecto haga la persona interesada. Finalmente -señala el artículo 3- estará prohibido el uso del documento administrativo si no satisface dicha exigencia. En ese mismo sentido Ver: artículo 12 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; artículo 24.3.d) de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos* que reconoce el derecho nos sólo a personas, sino también a grupos y empresas. El artículo 17 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa* señala "(1) Where personal information in a record held by a public body is incomplete, incorrect or misleading, the head of the body shall, on application to him or her in that behalf, in writing or in such other form as may be determined, by the individual to whom the information relates, amend the record- (i) by altering it so as to make the information complete or correct or not misleading, as may be appropriate, (ii) by adding to the record a statement specifying the respects in which the body is satisfied that the information is incomplete, incorrect or misleading, as may be appropriate, or (iii) by deleting the information from it". También, Ver: artículo 9 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* que establece "1. Exercise of the right to bring corrections, to complete or to delete inaccurate, insufficient or excessive

la intimidación frente a la información personal que se encuentra en manos del Estado se expresa, además, en la prohibición de divulgarla si no media la autorización por escrito.<sup>395</sup> Sin embargo, esta prohibición tiene excepciones. R. Hickson nos recuerda que una de ellas consiste en que se puede divulgar información relativa a la privada de persona por parte del Gobierno a los funcionarios que necesiten de esa información para el desempeño de sus funciones.<sup>396</sup> Asimismo, se permite que se divulge la información a los mismos particulares como mencionamos anteriormente y, finalmente, se concede autorización de divulgar información para efectos de información estadística, la investigación de los delitos,<sup>397</sup> para la seguridad y salubridad y por decisión judicial.<sup>398</sup>

En suma, "[...] para que haya invasión de la intimidad por divulgación de hechos privados se requieren tres elementos[...] 1. Que los hechos sean realmente privados, dato este muy subjetivo pero que puede averiguarse examinando las costumbres de una sociedad en un momento y en un lugar concretos, y que no estén ya a disposición pública por revelaciones anteriores

---

personal data shall be subject to the provisions of the legislation concerning automated processing of personal data, with modifications as appropriate. 2. Only the corrected version of personal data may be used or communicated". En Suecia "Secrecy to protect an individual person does not apply in relation to that person. He or she can furthermore waive secrecy, completely or partially, so that the information may be provided to other individuals or to an authority". Tomado del folleto del Ministerio Sueco de Justicia Regeringkansliet. Public Access to [...], *op. cit.*, p. 23

<sup>395</sup> Ver: HIXSON, Richard F. Privacy in a Public Society [...], *op. cit.*, p. 224 y ss.

<sup>396</sup> También recomendamos Capítulo II de McCLELLAN, Grant S. (Ed.). The Right to Privacy, Ed. The H. W. Wilson Company, Col. The reference shelf, volumen 48, número 1, Nueva York 1976, p. 63 y ss.

<sup>397</sup> Al respecto sugerimos, Capítulo III de McCLELLAN, Grant S. (Ed.). The Right to..., *op. cit.*, p. 106 y ss.

<sup>398</sup> Al respecto recomendamos, Ver: HIXSON, Richard F. Privacy in a Public Society [...], *op. cit.*, p. 224



o por su constancia en registros públicos[...] 2. Que la revelación de los hechos sea considerada ofensiva para una persona razonable (entendemos aquí: no hiper-sensible)[...] 3. Que no haya interés público en el conocimiento de los hechos: casos de delitos, de asuntos de personas notorias (siempre que no se trata de un mero cotilleo sensacionalista) o de personas relevantes económica o socialmente hablando."<sup>399</sup>

## **b) La prevención, persecución y castigo de los ilícitos**

Con el secreto de la información relativa a la prevención, persecución y castigo de los ilícitos se busca que operen efectivamente las instituciones encargadas de dichos propósitos.<sup>400</sup> En las democracias contemporáneas, por lo general, se faculta a la administración pública para rechazar la divulgación de la información solicitada si contiene (i) información obtenida o preparada por cualquier institución gubernamental, o parte de ella, que sea un órgano de investigación especificado en los reglamentos que se refieren a las investigaciones relacionadas con la detección, prevención o represión de un crimen, (ii) información relacionada con técnicas de investigación o planes para determinadas investigaciones legales, (iii) información cuya divulgación pueda razonablemente esperarse que perjudique la ejecución de cualquier ley o la conducta de investigaciones legales, incluyendo de manera

---

<sup>399</sup> FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad[...], *op. cit.*, p. 72

<sup>400</sup> Si bien nos referiremos al policía en general es importante tener presente que los Estados cuentan con policías secretas. Al respecto, Sissela Bok señala: "No democratic society freely chooses to submit to such policing: it is either inherited or imposed by duplicity or force. The secret police networks that grew so powerful in Europe in the eighteenth and nineteenth centuries were the prime targets of those who fought to make government less despotic[...] The majority of the peoples in the world still live in the shadow of secret police systems; even when the regimes that employ such methods are overthrown, they are too often succeeded by rulers who simply continue the same police practices under new names and against new adversaries". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 265

enunciativa aquéllas relativas a la existencia o naturaleza de una investigación en particular, aquélla que pudiera revelar la identidad de un una fuente confidencial de información o aquélla que se hubiera obtenido o preparado en el desarrollo o curso de una investigación, e (iv) información cuya divulgación podría hacer esperar de manera razonable que perjudicaría la seguridad de las instituciones penitenciarias (*penal institutions*).<sup>401</sup>

---

<sup>401</sup> Tomado del artículo 16(1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Por su parte la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos* señala en su artículo 13(1)<sup>3º</sup> que se podrá no divulgar información que se relacione con la "prevención e investigación de cualquier incumplimiento de la ley, persecución de delincuentes, ejecución de sentencias y similares, y la protección de personas acusadas, o testigos u otros en asuntos relacionados con la persecución o el castigo penal". (Traducción nuestra). Asimismo, Ver: Artículo 11 (2) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. El Artículo 24 (4) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* contempla esta excepción de la siguiente manera "(4) the registers maintained by the police, and any other authorities carrying out criminal investigations for purposes of crime prevention and clearing up of the particulars of offences; the reports prepared for the prevention of crime; as well as the photographs and other identifying information taken or obtained in administrative proceedings for the determination or verification of identity and the right to travel, and the special identification codes issued to a person or entered into his/her identity card or travel documents". La fracción siguiente señala "(5) the documents containing information on the tactical and technical plans and methods of the police, the frontier guard, the custom authorities and the prison authorities, if access would compromise the prevention of crime, the clearing up of offences or the maintenance of public order or the order of penal institutions". Asimismo, Ver: Artículo 24.2.c) de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos* que se refiere a la facultad con que cuenta el gobierno para denegar información que pueda poner en riesgo "[...]la prevención y represión de los delitos". De manera similar se regula en Irlanda, Ver: Artículo 23 (1) (a) y (b) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Ver, también: artículo 30 (**Investigations and proceedings conducted by public authorities**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. De manera más limitada el artículo 2.4. del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que se podrá restringir el acceso a los documentos oficiales que contengan información relacionada con "the interest of preventing or prosecuting crime". A.R. Adler nos recuerda "[...]withholding of records to the extent that their disclosure could reasonably be expected to interfere with enforcement proceedings[...] disclose the identity of a confidential source; risk circumvention of the law by disclosing investigative or persecutorial techniques or procedures; or endanger and individual's life or physical safety". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...], *op. cit.*, p. 5. G. Zellick nos dice como en el Reino Unido "A present or former Crown servant or government contractor commits an offence if he discloses any information relating the warrants under the Interception of Communications and Security Service Acts (these are the 'special investigation powers'), or which results in the commission of an offence, facilitates and escape from legal custody or prejudices the safekeeping of prisoners, or impedes the prevention or detection of offences or the apprehension or prosecution of suspects, or is likely to have any of these effects". ZELICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists[...], *op. cit.*, pág. 808-9

Además, ello comprende que es susceptible de ser clasificada la información que se relaciona con métodos de investigación criminales, información técnica relacionada con armamentos o la vulnerabilidad de determinados edificios u otras estructuras o sistemas, incluyendo computacionales o de comunicación.<sup>402</sup> De manera genérica, se entiende que se protege toda la información que se vincula a las funciones relativas a la investigación de los delitos, así como aquélla que se refiere a la administración y ejecución de una ley, o bien que está autorizada por una ley o que sea de la clase de investigaciones que se especifican en algún reglamento (*regulations*).<sup>403</sup> Por

---

<sup>402</sup> Ver: Artículo 16(2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*; en un lenguaje similar, el artículo 24 (7) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* señala que serán secretos los "documentos relacionados con o que afecten la realización de los arreglos de seguridad de personas, edificios, instalaciones, construcciones, e información y sistemas de comunicación[...]" Asimismo, Ver: incisos (8) y (9) de dicho artículo 24 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Italia las *Rules governing the arrangements for the exercise and for cases of denial of the right to access to administrative documents, in implementation of Article 24.2 of Law No. 241 of 7 August 1990 enacting new rules in the matter of administrative procedures and right of access to administrative documents*. (Decree of the President of the Republic No. 352, 27 June 1992, Published in *Gazzetta Ufficiale* No. 177, 29 July 1992)" señalan en su artículo 8.5 párrafo 5 que también aplicará el secreto "where documents relate to the structures, vehicles, equipment, apparatus, personnel and actions strictly instrumental to the protection of law and order, to the prevention and repression of crime, with particular reference to investigative techniques, to the identity of sources of information, and to the security of the goods and the persons involved, as well as the activity of the judicial police and the conduct of investigations".

<sup>403</sup> Artículo 16(4)(a)(b)(c) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Por su parte el Artículo 24 (3) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* señala que serán secretos "the reports of offences made to the police and any other authorities carrying out criminal investigations, as well as to the public prosecutor and the authorities charged with responsibility for inspection and supervision; the documents obtained or prepared for purposes of criminal investigations or a decision on whether to bring charges, as well as the application for a summons, the summons and the defendant's response in a criminal case, until a decision has been made for a hearing in the case, the public prosecutor has decided to waive prosecution, or when the case has been abandoned, unless it is obvious that access to the documents will not compromise the clearing up of the offence, the achievement of the objectives of the investigation, or without a pressing reason cause injury or suffering to a party, or compromise the right of the court to order that the documents are to be kept secret on the basis of the Act on the Openness of Court Proceedings (945/1984)". Asimismo, Ver: artículo 10.2. de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental* que se refiere a la información relativa a investigación de los delitos y el procesamiento de acusados (inciso c.) así como también la información vinculada a la inspección, control y supervisión a cargo o en representación de autoridades públicas (inciso d.). En ese mismo sentido, Ver: artículo 31 (**Law enforcement**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

lo general, las democracias contemporáneas cuentan con leyes que regulan la apertura en el funcionamiento de las policías –siguiendo a S. Bok–, por ejemplo, estableciendo que sean uniformadas, que patruyen abiertamente, que se hagan registros de los arrestos, de los cargos y juicios, que existan claras reglas para la presentación de pruebas, entre otras.<sup>404</sup> Sin embargo, se reconoce que la planeación y ejecución de las investigaciones (excluyendo por supuesto la provocación de crímenes, otro métodos propios de policías secretas) no pueden llevarse a cabo de manera abierta, ya que pondría en juego los resultados, y ello es la razón por la cual existe el secreto para estos asuntos.<sup>405</sup>

Asimismo, con esta protección de la información se busca salvaguardar la integridad de las personas que participan en los juicios como acusado, denunciante, víctima y testigo, entre otras personas vulnerables, como por ejemplo por razón de su condición como los menores. Por consiguiente, toda la información relativa a domicilio, número telefónico y otra información de contacto se protege bajo el velo del secreto.<sup>406</sup> Asimismo, en esta excepción se podría incluir la prohibición de divulgar información que en determinado momento, y por cualquier razón, pudiera poner en peligro la salud física o mental o la seguridad de cualquier persona.<sup>407</sup>

---

<sup>404</sup> BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 265

<sup>405</sup> BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 266

<sup>406</sup> Por ejemplo, Ver: Artículos 11 (7) y 24 (26) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*.

<sup>407</sup> Artículo 38 (**Health and Safety**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

En esta categoría no sólo se comprenden los documentos e informaciones relacionadas con la investigación de lo que serían propiamente los delitos, sino cualquier otra investigación o tareas de supervisión de las autoridades para velar por el cumplimiento de cualquier legislación.<sup>408</sup>

### **c) El funcionamiento y la toma de decisiones de los órganos de la administración pública**

Lo que se pretende proteger con la no divulgación de la información que aquí explicaremos, es el funcionamiento correcto de los órganos de la administración pública. Por consiguiente, se impide a la autoridad, en principio, la divulgación de aquella información que pueda permitir a las personas evadir alguna obligación que tenga frente a la autoridad. Con ello se sirve a la legalidad y, además, con el objeto de no entorpecer su trabajo, también se permite restringir el acceso a aquella información que no sea de interés público "genuino",<sup>409</sup> tal como la información que se refiere, por ejemplo, a los horarios de comida de los empleados de alguna oficina de la administración.<sup>410</sup>

---

<sup>408</sup> La *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* en su Artículo 24 (15) lo regula. En ese mismo sentido el artículo 2..3 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala "the inspection, control or other supervisory activities of a public authority".

<sup>409</sup> Sissela Bok al respecto señala "Just as publicity is not always benefical, so government secrecy is not always an evil. Among the many kinds of information that modern governments obtain, store and generate, there are some that nearly all would agree to protect from full publicity. Why should the personnel files of government, for instance, be open to the public? Why should the tentative drafts circulated for discussion within an agency be made public, or sensitive explorations of changes in monetary policy, or the vast amount of private information about individuals that the government gathers for tax, welfare, Medicare, and other purposes? Though one may argue about its limits, government secrecy is at times not only legitimate but indispensable: the call for total publicity would ride roughshod over many just claims to secrecy". BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 174

<sup>410</sup> En los EUA "[...]information, relating to personnel rules or internal agency practices is exempt if it is a trivial administrative matter of non genuine public interest. A rule governing luch hours for agency employees is an example". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. *First Report: A citizen's[...]*, *op. cit.*, p. 16. Por ejemplo, en Finlandia esta

Como mencionamos, se pretende con la limitación en la divulgación de cierta información, que no se evada el cumplimiento de obligaciones frente al Estado, porque el particular conoce las reglas operativas internas o prácticas internas de la administración que pueden abrirle un camino para aquello.<sup>411</sup>

Por lo general, en las democracias contemporáneas, se contempla la facultad de rechazo de divulgación de documentos que contengan "(i) asesorías o recomendaciones de o para una institución gubernamental o ministro[...]; (ii) reseñas sobre las consultas o deliberaciones que involucren oficiales o empleados de una institución gubernamental, un ministro[...] o el personal de alguno de éstos; (iii) posiciones o planes desarrollados para negociaciones llevadas a cabo o por llevarse a cabo a nombre del gobierno[...]; (iv) planes relativos a la administración del personal o de la administración de una

---

información comprende "Documents containing information compiled or obtained by the State, a municipality or some other public corporation as a labour partner or a party to a labour dispute, if access would be contrary to the interests of the public corporation as an employer; documents containing information compiled or obtained by the representatives of the State for negotiations on agricultural subsidies, if access would be contrary to the interests of the State as a negotiating party". Artículo 24 (18) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; en Noruega el artículo 6.2)a) *in fine* se refiere a documentos relacionados con los sueldos o la administración del personal de las administraciones central o locales; y el inciso 4) del mismo artículo 6 se refiere los nombramientos y ascensos del servicio civil. En Dinamarca, por ejemplo, se permite la restricción al acceso a la información en manos de la administración que se relacione con la "implementación de los mecanismos o actividades de supervisión, control, regulación o planeación de conformidad con la legislación fiscal". Artículo 13(1)4° de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*

<sup>411</sup> Para Allan Robert Adler "In its so-called 'high' applications, however, Exception Two applies to more substantial internal agency matters, where public disclosure would significantly risk circumvention of the law. To qualify for withholding under this standard, the records must be 'predominantly internal' --they cannot be considered 'secret law' that regulates activities of members of the public-- and they must be of such a nature that their disclosure would risk allowing members of the public to circumvent a statute, agency regulation, or certain other legal requirements. These materials include a wide variety of law enforcement manuals and guidelines, computer codes used by law enforcement agencies, agency vulnerability assessments, auditing guidelines and instructions, and agency testing materials". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...], *op. cit.*, p. 2. En los EE.UU. "[...]an internal administrative manual can be exempt if disclosure would risk circumvention of law or agency regulations. In order to fall into this category, the material will normally have to regulate internal agency conduct rather than public behaviour". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's[...], *op. cit.*, p. 16

institución gubernamental que no ha entrado en operaciones. Esta clase de documentos no puede incluir (i) la reseña de o la fundamentación de una decisión que se haya efectuado en el ejercicio de una facultad discrecional o de una función adjudicativa que afecte los derechos de alguna persona, y (ii) los reportes preparados por un consultor o asesor que no era, al momento de la elaboración del reporte, un oficial o empleado gubernamental o miembro del *staff* de algún ministro[...]"<sup>412</sup>

En este mismo sentido, no se debe divulgar el material interno de la autoridad relacionada con algún caso o asunto cuando: 1) el documento haya sido preparado por la autoridad para su propio uso; 2) se trate de correspondencia entre unidades de una misma autoridad; y, 3) sea correspondencia entre el consejo de un gobierno local y los comités y otros órganos o entre dichos órganos.<sup>413</sup> Además, se incluyen en esta excepción, por lo general: 1) los registros de reuniones del Consejo de Estado, las actas de las reuniones de ministros y los documentos preparados por una autoridad para su uso en dichas reuniones; 2) la correspondencia entre ministerios relacionada con la elaboración de leyes; 3) los documentos intercambiables con relación a la función secretarial de una autoridad por parte de otra autoridad; 4) la correspondencia entre autoridades y asesores externos para su uso en procesos en tribunales o en deliberaciones en posibles procedimientos

---

<sup>412</sup> Tomado del artículo 21(1)(a)(b)(c)(d) y (2)(a)(b) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Además, Ver: Artículo 11 (3) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. Artículo 20 (2) (a)-(e) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. También, Ver: artículo 5 de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*. Asimismo, Ver: artículos 35 (**Formulation of government policy**) y 36 (**Prejudice to effective conduct of public affairs**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>413</sup> Artículo 7 1º, 2º y 3º de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*

legales; así como el 5) material recopilado con el propósito de elaborar estadísticas públicas o investigaciones científicas.<sup>414</sup>

Además, con la limitación de la divulgación de dicha información, se pretende que los asesores o las comunicaciones entre las personas encargadas de tomar las decisiones en la administración fluyan franca y libremente y que, por lo tanto, su confidencialidad facilite el intercambio espontáneo de ideas y razonamientos.<sup>415</sup> De permitirse el conocimiento de la información o documentos que incluyen la información relativa a asesorías y otras que más adelante mencionaremos, se cree que dichas personas podrían

---

<sup>414</sup> Artículo 10, 1°-5° de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*. Sobre la restricción de divulgar información recopilada para efectos estadísticos, también Ver: Artículo 24 (16) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; artículos 19 (1) (a), (b), (c), (2) (a) y 20 (1) (a). En Irlanda también se protegen documentos empleados para la toma de decisiones por los parlamentarios tanto nacionales como europeos, Ver: Artículo 22 (1) (a), (b), (c) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Asimismo, tampoco está cubierta por la legislación de acceso a la información y documentación que elabora para Canadá por el Consejo Privado de la Reina, tales como memoranda, informes sobre antecedentes o que contienen análisis de problemas u opciones de políticas, la agenda del Consejo o los registros de sus deliberaciones en la toma de decisiones, las comunicaciones o discusiones entre los ministros de la Corona o los asuntos relacionados con la toma de decisiones gubernamental o la formulación de una política pública, borradores de legislación, entre otros. Artículo 69 (1) (a)-(g) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. De igual manera en el Reino Unido, Ver: artículo 37 (**Communications with her Majesty, etc. and honours**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. En Noruega no son accesibles las actas del Consejo de Estado. Artículo 6.3) de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*. En Holanda no son divulgables las informaciones contenidas en documentos elaborados con el propósito de consultas internas y que reflejen opiniones personales en políticas determinadas, salvo que la divulgación se haga de tal manera que no se pueda identificar a la persona que expresó su opinión. Tampoco se podrán divulgar informaciones que se refieran a las opiniones personales que se incluyan en las recomendaciones del servicio civil o de asesores, salvo que previamente se les hubiera informado que la autoridad haría público el resultado de su trabajo. Artículo 11 de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental*

<sup>415</sup> Sissela Bok señala que "Full publicity to every aspect of the deliberations might cast doubt on the most careful of decisions. The secrecy, moreover, is terminated as soon as a decision has been reached, and the verdict itself is open to public scrutiny and to appeal". BOK, Sissela. *Secrets. On the [...]*, *op. cit.*, p. 111. Así J. Weiner señala que "The FOIA exempts from disclosure correspondence and memorandums that are 'pre-decisional and deliberative in nature'- an effort to 'protect full and frank discussion within the government.' This provision, officials were advised, could be employed to prevent disclosure: documents could not be released if they were clearly identified as recommendations rather than decisions". WIENER, Jon. "*National Security and [...]*, *op. cit.*, p. 94



autocensurarse, lo que perjudicaría dicha toma de decisiones.<sup>416</sup> Se tiene la percepción de que cuando los debates son secretos, los negociadores llegan a acuerdos entre sí a expensas de los grupos o personas que no están presentes, mientras que cuando son enteramente abiertos, las negociaciones pueden llegar a entraparse y la publicidad impide que los grupos en conflicto lleguen a resolver sus diferencias.<sup>417</sup>

A todo lo anterior, la doctrina lo denomina el *secreto administrativo*.<sup>418</sup> Sissela Bok nos dice que "[...]la plena transparencia podría perjudicar la toma de decisiones y la planeación de políticas en cualquier administración. Un proceso tentativo de aprendizaje, de asimilaje, de información y de consideración de alternativas y de medición de las consecuencias es necesaria para llegar a una posición coherente. Nadie inicia con una política perfectamente pensada, se moldea gradualmente, en ocasiones mediante conflictos y deliberaciones".<sup>419</sup> Más adelante, señala que para la

---

<sup>416</sup> En los EE.UU. A.R. Adler nos recuerda: "This exception incorporates certain common law discovery privileges into the FOIA exemption scheme, including the 'executive privilege' (i.e., protecting advice, recommendations, and opinions that are part of an agency's deliberative decision-making process); the 'attorney-client privilege' (i.e., protecting confidential communications between attorneys and their clients); and the 'attorney work-product privilege' (i.e., protecting documents prepared by an attorney in anticipation of particular proceedings, where disclosure would reveal the attorney's litigation strategy)". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...], *op. cit.*, p. 4

<sup>417</sup> BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 182-3

<sup>418</sup> Sissela Bok al respecto señala que la *rationale* de este secreto es el siguiente "Even where no outside enemies threaten, and even where appeals to the esoteric rationale for secrecy has dwindled, a degree of secrecy is needed, not only by governments but by all who seek to further the interests of a group. Business, schools, courts, labor unions -all need some shelter in order to be able to arrive at choices and to carry them out. The processes of reasoning, planning, accommodation, and choice are hampered if fully exposed from the outset, no matter how great the corresponding dangers of secrecy". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 175

<sup>419</sup> Continúa Sissela Bok señalando que "If administrators had to do everything in the open, they might be forced to express only safe and uncontroversial views, and thus to bypass creative or still tentative ideas. As a result, they might end by assuming hasty and inadequate positions. Chances to learn might be lost; premature closure with respect to difficult issues

conformación de ciertos planes, el secreto es necesario, ya que ofrece el elemento "crucial" de la sorpresa; que puede ayudar a evadir la resistencia. Asimismo, la administración debe de guardar confidencialidad sobre la información proporcionada por las personas, tales como la relativa a los impuestos. Para ésta, siempre es necesario un poco de secreto administrativo, por medio del cual se protege la deliberación, la sorpresa y la confidencialidad.<sup>420</sup>

Por ejemplo, en los EE.UU. el Consejo de Seguridad Nacional, que en principio se trataba de un órgano asesor del Ejecutivo, está excluido de las obligaciones de divulgación impuestas por la FOIA, no por razón de la materia, sino porque su naturaleza es de asesoramiento y la divulgación de sus documentos podría obstruir sus funciones,<sup>421</sup> además de que no tiene las funciones propias de cualquier órgano (agencia) de la administración.<sup>422</sup> En

---

would become more likely. In order to create a pattern out of chaos and avoid hapazard choices, administrators must be able to consider and discard a variety of solutions in private before endorsing some of them in public; the process of evolving new policies requires a degree of concealment. For these reasons, unfinished drafts and memoranda and bargaining positions in negotiations are often kept secret, though the final statements are not". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 175

<sup>420</sup> BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 176

<sup>421</sup> No olvidemos que, según nos lo recuerda K.R. Bailey: "The NSC has a its principal function 'to advise the President with respect to the integration of domestic, foreign, and military policies relating to the national security' and to perform 'such other functions as the President may direct'. BAILEY, Kevin R. "Did I Miss Anything[...], *op. cit.*, pág. 1497. Sin embargo, A. Theoharis nos dice que "Like the CIA, the NSC had been created under provisions of the National Security Act of 1947. Although originally advisory, it quickly evolved into a policy making agency. Its directives of 1947 and 1948 (NSA 4A and NSC 10/2) authorized the CIA to conduct covert operations, and that of 1955 (NSC 5412) created a special NSC Planning and Coordinating Group to ensure that all CIA 'compatible activities' comported with the president's foreign policy goal to destroy 'international communism.'" THEOHARIS, Athan G. "Introduction", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of[...], *op. cit.*, p. 9

<sup>422</sup> K.R. Bailey al respecto nos dice que "[...]sole functions are to advise and assist the president are not 'agencies'. In other words, units which do not exercise 'substantial independent authority' are not agencies". BAILEY, Kevin R. "Did I Miss Anything[...], *op. cit.*, pág. 1492

sus inicios, ése era su mandato, sin embargo, sus funciones se han desviado hacia la guerra contra las drogas y fungir como órgano de inteligencia en materia de lucha contra el terrorismo internacional.<sup>423</sup> A pesar de lo anterior y del presupuesto, infraestructura y personal del que dispone, sus documentos y archivos se mantienen en secreto.<sup>424</sup>

#### **d) La conservación de la secrecía derivada de otras leyes**

Lo que se pretende tutelar con este secreto es el respeto a la restricción a la publicidad de cierta información o documentos, o bien la confidencialidad de los mismos que por otra legislación se le manda a las autoridades públicas. Por lo general, se establece una obligación dirigida al titular del ramo administrativo de negar el acceso a la información que se haya elaborado en el marco de alguna disposición legal distinta de la ley de acceso a la información correspondiente.<sup>425</sup>

---

<sup>423</sup> Al respecto sugerimos, Ver: AID, Matthew M. "*Not So Anonymous: Parting the Veil of Secrecy About the National Security Agency*", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) *A culture of[...]*, *op. cit.*, p.

<sup>424</sup> Matthew Aid nos dice que el NSC "[Is l]ocated on a 447-acre tract of land on the grounds of Fort George G. Meade, Maryland, halfway between Baltimore and Washington, D.C., in 1996 NSA directly employed approximately thirty-eight thousand military and civilian personnel and had an annual budget of \$3.7 billion, although neither of these figures includes tactical military Signals Intelligence (SIGINT) units and support personnel indirectly controlled by NSA. This makes NSA by far the largest intelligence agency within the U.S. intelligence community, dwarfing the Central Intelligence Agency's seventeen thousand personnel and \$3.1 billion budget. Only the National Reconnaissance Office (NRO), which develops, launches, and controls all American spy satellites, has a larger annual budget (\$6.2 billion in fiscal year 1996)- although with a staff of only one thousand government personnel plus several thousand contract employees". AID, Matthew M. "*Not So Anonymous[...]*", *op. cit.*, p. 60

<sup>425</sup> Ver: art. 24(1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense* que señala "The head of a government institution shall refuse to disclose any record requested under this Act that contains information the disclosure of which is restricted by or pursuant to any provision set out in Schedule II".

A esta clase de facultades se le conoce como la disposición "incluyente"<sup>426</sup> y al parecer de A. R. Adler lo que se pretende es limitar la discrecionalidad en el funcionario público, además de no limitar la posibilidad de la *secrecía* establecida por otras leyes, como por ejemplo la legislación fiscal que impide que se den a conocer al público la información que se incluye en las declaraciones fiscales de los particulares.<sup>427</sup>

### **e) Los recursos naturales y geológicos**

La protección de la información relacionada con los recursos naturales y geológicos se encuentra recogida en pocos Estados.

En particular, respecto de la legislación norteamericana, en concreto sobre el secreto relacionado con la información geológica y geofísica (incluyendo mapas sobre pozos), A. R. Adler afirma que su inclusión en la FOIA durante su elaboración en la época del presidente Johnson se debió a la presión de influyentes petroleros texanos.<sup>428</sup>

---

<sup>426</sup> Para dicho autor "This exemption is a 'catch all' that incorporates into the FOIA exception scheme other federal statutory provisions that require that certain matters be withheld from public disclosure. Statutes qualify for Exemption Three treatment if the either (1) require that the matters be withheld from the public in a manner that leaves no discretion on the issue, or (2) establish particular criteria for withholding or refer to particular types of matters to be withheld". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...], *op. cit.*, p. 2

<sup>427</sup> En ese sentido, Adler nos recuerda lo siguiente: "Perhaps the most frequently cited among the dozens of acknowledged Exemption Three statutes are the provisions of the Internal Revenue Code, which bar disclosure of income tax 'return information' and the provisions of the National Security Act, which authorize the head of the CIA to protect 'intelligence sources and methods' from unauthorized disclosure". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...], *op. cit.*, p. 3

<sup>428</sup> R. Adler nos dice lo anterior, en sus palabras: "This exemption, which protects 'geological and geophysical information and data' concerning oil wells, is rarely asserted because of its limited subject matter and because of its overlap with Exemption Four. When it is remembered that the FOIA was enacted during the administration of President Lyndon Johnson, it is not surprising that this obscure provision, probably sought by a few oil-rich Texans, found its way into the statute". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...], *op. cit.*, p. 5. Sin embargo, Florini & Simmons señalan que "The increasingly blurred distinction between domestic and global issues complicates redefining security arguments. Romm believes, for example, that 'no single issue demonstrates the interconnectedness of

Por su parte, tanto en Finlandia como en Suecia se contempla la posibilidad de conservar en secreto la información que de divulgarse pueda poner en peligro especies animales o vegetales, o bien aquélla que sea importante para conservar el hábitat natural.<sup>429</sup>

#### f) La seguridad nacional

Como vimos, las democracias contemporáneas contemplan la posibilidad de esconder bajo el velo del secreto toda aquella información o documentación que a su parecer pueda poner en riesgo las relaciones exteriores del Estado, su defensa y su seguridad. Si bien es cierto que se trata de tres razones o intereses jurídicos distinguibles en principio, que cada uno legitimaría *per se*, la clasificación de la información o documentación, los incluimos en un mismo apartado ya que la protección de esos intereses atiende propiamente a la existencia de Estado mismo.<sup>430</sup> Como veremos mas adelante, la seguridad

---

the new security discussions better than energy' because it is related to: (1) 'strategic' U.S. interests because of oil dependency and vulnerability to disruptions in supply; (2) environmental interests because of energy's relationship to global warming; and (3) economic interests because oil imports affect the U.S. trade deficit [...] Romm notes that the oil shock of 1973 'caused many to accept energy security and economic security as key components of national security'[...] In response to some critics' arguments, Romm asserts that it is 'incongruous to argue that environmental and economic threats facing the nation are not legitimate security threats merely because they are long-term dangers that require long-term approaches'[...]'". FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking: A Review of the North American Literature, Ed. Rockefeller Brothers Fund, Inc (Project on World Security), New York-Washington, D.C. 1998, p. 28, 37 y 99

<sup>429</sup> Artículo 24 (14) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. Asimismo, Ver: artículo 30 (1) (b) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*; artículo 39 (**Environmental information**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. El artículo 2.7 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que no se divulgarán información contenida en documentos oficiales que pueda afectar "the preservation of animal or plant species".

<sup>430</sup> B. Stulberg refleja lo anunciado de la siguiente manera: "The state secrets privilege is a common law evidentiary privilege that allows the government to resist discovery of information and to prevent any person from giving such information if 'there is a reasonable danger that compulsion of the evidence will expose military matters which, in the interest of national security, should not be divulged. The privilege also protects information relating to foreign intelligence gathering methods or capabilities, as well as information which could disrupt diplomatic relations with foreign governments". STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...], *op. cit.*, p. 447. Por su lado, J. F. Mestre Delgado nos recuerda que "En el

nacional es un concepto amorfo en el que caben dichos intereses (defensa, seguridad<sup>431</sup> y relaciones exteriores), y la doctrina, por lo general, incluye además de dichas nociones a la información o estrategias relacionadas con los intereses económicos del Estado.<sup>432</sup>

Conforme avanzamos en la investigación de este tema, detectamos la existencia de una amplia discusión doctrinaria –pero sobre todo una confusión<sup>433</sup>– sobre el concepto de secreto de Estado, o mejor dicho sobre las informaciones y documentos –o la materia– que busca sustraer del conocimiento público a través del mismo.<sup>434</sup> Para algunos, el secreto de

---

ámbito francés, la exclusión que se refiere tanto al secreto de la defensa nacional como a la seguridad del Estado y la seguridad pública, según resulta del artículo 6 de la Ley de 17 de julio de 1978. La Ley Italiana de 7 de agosto de 1990 establece, igualmente, la posibilidad de excluir el derecho de acceso en relación con la necesidad de salvaguardar, entre otros aspectos, <la seguridad, la defensa nacional y las relaciones internacionales> [art. 24.2.a)]; en fin, la Directiva de 7 de junio de 1990, sobre libertad de acceso a la información en materia de medio ambiente, contempla la posibilidad de que los Estados miembros establezcan disposiciones que les permitan denegar el acceso a la información cuando ésta afecte, en lo que ahora nos importa, a <la confidencialidad de las deliberaciones de las autoridades públicas, de las relaciones internacionales y de la defensa nacional>, y a <la seguridad pública> (art. 3.2)". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 146-7

<sup>431</sup> J. J. Díez señala que en España los términos seguridad y defensa del Estado se enderán a través de la interpretación de las normas aplicables. Así, para él "La Constitución se limita a utilizar sendos conceptos jurídicos indeterminados[...] susceptibles de juzgarse insuficientes por su vaguedad y por ello generadores de inseguridad respecto a su exacto contenido, en una materia especialmente sensible y compleja. Sin embargo, no es lógico pensar que en ella debieran contener ulteriores precisiones, tarea que corresponde hacer al legislador y en su caso a los Tribunales, reservando la última palabra a la interpretación que de aquéllos conceptos realizase el Tribunal Constitucional". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 173

<sup>432</sup> Para D.P. Moynihan "National politics and national security are always to some extent interrelated, but in the years of the Truman presidency the relationship became problematic". MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 62

<sup>433</sup> Por ejemplo M. Ramsay nos muestra esta confusión de la siguiente manera: "If national security is defined narrowly as defence against military attack (Almond, 1956: 371) or as the preservation of physical integrity and territory (Brown, 1983: 4), then the equation of national interests with security not only fails to cover other vital national objectives, but could also only legitimate lies, deception and secrecy in a very limited number of foreign policy contexts". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...]", *op. cit.*, p. 30

<sup>434</sup> Así, María del Pilar Cousido señala que "Léauté señala qua (sic) aunque el espíritu sea el mismo, los términos no coinciden en los ordenamientos de los diferentes países que él

Estado es el secreto que esconde la información o documentación relativa a la defensa del Estado.<sup>435</sup> Para otros, se trata de la información que protege la información relativa a las relaciones exteriores del Estado,<sup>436</sup> o bien el secreto que oculta la información o documentación cuya divulgación podría poner en grave peligro la seguridad nacional.<sup>437</sup> Sin embargo, el Secreto de Estado es aquél que privilegia cierta información, cuya divulgación puede poner en grave peligro la existencia misma del Estado o su posición negociadora frente a los demás Estados.<sup>438</sup> En suma, el secreto de Estado atiende a la

---

estudia; así señala el autor que, mientras en Francia se habla de secreto de la defensa nacional, en Alemania y en Italia se prefiere hablar de secreto de Estado; en Bélgica, Luxemburgo y Holanda se alude al secreto relativo a la defensa del territorio y a la seguridad del Estado". COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 50

<sup>435</sup> La materia del *secreto de Estado* "[...] suele ser la militar; para Zilemenos, hablar de secretos militares es situar, antes que otra cuestión, la defensa nacional. El autor considera además que los conceptos *secreto*, *defensa nacional*, etc. pueden ser modulados en su extensión dependiendo de las Constituciones. Particularmente en el caso griego, que es el que el autor estudia, destaca que la revelación de informaciones relativas a la organización, composición, armas y dispositivo de las fuerzas armadas y la fortificación del país puede dar lugar a un procedimiento contra una publicación". COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 52

<sup>436</sup> Para Bruce Fein "Publicity of classified information might contribute to a chain of events that several years thereafter endangers the nation's independence or gravely wounds our foreign policy goals. Safeguarding against such eventualities is a paramount government interest under the Constitution". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 811

<sup>437</sup> En ocasiones también se hace referencia a los intereses del Estado como sinónimo de la seguridad nacional, sin embargo, ello solamente enriquece la confusión. Al respecto, M. Ramsay señala que "Definitions and practices which identify national interests with what governments say and do though are only descriptive of government objectives. They cannot provide criteria to judge whether or not their ends or the means they employ to achieve them are justifiable or even capable of universal assent. They imply that governments can never act contrary to the national interests if they consistently pursue what they define as general societal goals. Given these problems with defining the national interests, the concept over and above a narrow definition cannot provide a universally or generally agreed upon goal which justifies particular acts of government deception. If justifications of secrecy and deception depend on judgements about the value or worth of the ends they achieve, then it is clear that the meaning of 'national interests' is too contestable for their pursuit to be justified by reference to generally accepted goals". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...]", *op. cit.*, p. 32

<sup>438</sup> Sissela Bok señala que esta clase de secreto es mas viejo que los secretos administrativos y militares. Para ella "An ancient analogy underlies many defenses of administrative secrecy that of the state with an organism[...] The rationale defending such secrecy is prior to the administrative and military rationales that I shall take up later in this chapter and the next: it is the esoteric claim to secrecy regarding what is set apart in persons

preservación de la información cuya divulgación pueda poner en riesgo la supervivencia y seguridad del Estado. En palabras de M. P. Otero "[...]la seguridad del Estado se puede fortalecer con el apoyo del secreto de Estado. En ese sentido, es preciso destacar que el secreto es el instrumento al servicio de un fin inmediato que es la seguridad, o mediato, la paz".<sup>439</sup>

Dicha supervivencia y seguridad, antes del advenimiento de la organización del Estado en forma constitucional era la propia razón de Estado. Con la llegada de aquella se desarrolló su expresión contemporánea, la seguridad nacional,<sup>440</sup> la cual, se extiende como la defensa, la seguridad, los intereses económicos y las relaciones exteriores del Estado.

Algunas democracias ubican la información relacionada con la conducción de los asuntos internacionales o exteriores, con la defensa y seguridad como una misma excepción al derecho a la información. Por lo general, se contempla un amplio catálogo de informaciones o documentos que deben ocultarse. Por consiguiente, se impone una obligación a cargo del titular de la

---

and in governments -both vulnerable and powerful, and off limits to outsiders". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 172

<sup>439</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 40

<sup>440</sup> Hay hipótesis que fundamentan la necesidad del secreto sobre las políticas de la seguridad para evitar el desprestigio: "Although current national security policy rests in part on the assumption that much information must remain secret because its prove to be emabarrassing. Weiner's article reportin on this efort to such an embarrassment for the Clinton administration. During the 1960s, the CIA succeeded in destabilizing the government of Dr. Cheddi Jagan in Guyana. In 1992, however, Jagan returned to power in that country's first democratic election in thirty years. In June, the Clinton administration considered as its nominee for ambassador to Guyana a person who had been involved in the destabilization efforts of the 1960s. According to Weiner, the administration was 'apparently unrestored leader.' In an interview with Tim Weiner, President Jagan said he was flabbergasted by his nomination and conveyed his unhappiness to the Clinton administration. Furthermore, Jagan emphasized, 'Everybody in Guyana knows what happened, I don't understand why they should be left secret.' Because of the earlier policy of secrecy, current U.S. officials were ignorant about the activities of CIA representatives during the 1960s. This ignorance caused embarrassment in the 1990s". MILLER, Page Putnam. "We Can't Read Our Own Mail:



institución de negar la entrega o no permitir la divulgación de información si su conocimiento puede "perjudicar" (*be injurious*) la conducción de las relaciones exteriores o de cualquier Estado aliado o asociado o la detención, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles.<sup>441</sup> Además, éstas informaciones y documentos incluyen aquéllas (i) relacionadas con estrategias o tácticas militares, o relacionadas con ejercicios u operaciones militares llevadas a cabo como preparación de hostilidades o en conexión con la detección, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles, (ii) relacionadas con la cantidad, características, capacidades o desarrollo de armas, otros equipos de defensa o de cualquier otra cosa diseñada, desarrollada, producida o considerada como armamento o equipo de defensa; (iii) relativo a las características, capacidades, desempeño, potencia, despliegue, funciones o rol de cualquier establecimiento de defensa, o de cualquier fuerza militar, unidad o personal o de cualquier organización o persona responsable de la detención, prevención o supresión de actividades subversivas u hostiles; (iv) aquélla que haya sido obtenida o preparada con propósitos de inteligencia para (a) la defensa del Estado, o de cualquier estado aliado o asociado, (b) la detención, prevención o supresión de actividades hostiles o subversivas, (c) su empleo en la toma de decisiones o en el proceso de deliberación, consulta o conducción de las relaciones

---

Access to the Records of the Department of State", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of..., *op. cit.*, p. 203

<sup>441</sup> Por ejemplo en los EUA el Director de la CIA es responsable de proteger que no haya divulgaciones sin autorización de las fuentes y métodos de inteligencia. A partir del caso *CIA v. Sims* "[...]the phrase 'sources and methods' has attained talismanic significance as grounds for withholding from the public information about the CIA. Protecting sources and methods trumps other values. Thus, even when it acknowledged in 1996 that some of its assets were involved in human rights abuses, the CIA continued to protect the identities of those assets, denying the victims and surviving families the opportunity to seek redress and undermining

internacionales con Estados extranjeros, organismos internacionales o ciudadanos extranjeros; (v) la relativa a los métodos y equipos técnicos o científicos empleados para la recolección, interpretación o manejo de información para fines de inteligencia, o las fuentes de aquéllas; (vi) aquélla que se relaciona con las posiciones que el gobierno o gobiernos de terceros países u organizaciones internacionales hayan adoptado o vayan a adoptar en una negociación internacional presente o futura; (vii) la correspondencia diplomática intercambiada con gobiernos extranjeros u organismos internacionales o la correspondencia oficial intercambiada con las misiones diplomáticas o consulares canadienses en el extranjero; (viii) las comunicaciones o sistemas criptográficos del Estado o de terceros países empleados para (a) la conducción de las relaciones exteriores, (b) la defensa del Estado o de cualquier Estado aliado o asociado o (c) con relación a la detección, prevención o supresión de actividades hostiles o subversivas.<sup>442</sup>

---

the express U.S. foreign policy goal of supporting human rights and the rule of law". DEMPSEY, James X. "The CIA and[...], *op. cit.*, p. 42

<sup>442</sup> Tomado del artículo 25(1)(a)(b)(c)(d)(e)(f)(g)(h)(i) de la *Ley de Acceso a la Información* de Canadá. La Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos señala que se puede limitar dicho derecho cuando sea esencial para proteger: (i) la seguridad del Estado o la defensa nacional, y (ii) la política exterior danesa o los intereses económicos externos del país, incluidas las relaciones con poderes extranjeros o instituciones internacionales. Artículo 13(1) 1° y 2° de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*. En Irlanda se regula de la siguiente manera: "(1) A head may refuse to grant a request under *section 7* in relation to a record (and, in particular, but without prejudice to the generality otherwise of this subsection, to a record to which *subsection (2)* applies) if, in the opinion of the head, access to it could reasonably be expected to affect adversely - (a) the security of the State, (b) the defence of the State, (c) the international relations of the State, or (d) matters relating to Northern Ireland. (2) This subsection applies to a record that- (a) contains information- (i) that was obtained or prepared for the purpose of intelligence in respect of the security or defence of the State, or (ii) that relates to- (I) the tactics, strategy or operations of the Defence Forces in or outside the State, or (II) the detection, prevention, or suppression of activities calculated or tending to undermine the public order or the authority of the State (which expression has the same meaning as in section 2 Pt. III S. 24 of the Offences against the State Act, 1939), (b) contains a communication between a Minister of the Government and a diplomatic mission or consular post in the State or a communication between the Government or a person acting on behalf of the Government and another government or a person acting on behalf of another government, (c) contains a communication between a Minister of the Government and a diplomatic mission or consular post of the State, (d) contains information communicated in

Como se ha mencionado, las democracias contemporáneas contemplan la posibilidad de que el Estado limite el acceso a la información relativa a la seguridad nacional. Sin embargo, no existe una definición jurídica precisa de dicho término.<sup>443</sup> M. P. Otero señala que "Uno de los problemas con que nos enfrentamos al tratar el secreto de Estado es el abuso de conceptos jurídicos indeterminados que se hace para calificar una materia como secreta".<sup>444</sup> Por ejemplo, la *Executive Order 12958* define a la seguridad nacional como "la defensa nacional o las relaciones exteriores de los Estados Unidos".<sup>445</sup>

Por lo general, la información que se puede sustraer del conocimiento público con fundamento en esta excepción no está claramente detallada en los ordenamientos jurídicos y regularmente se hace referencia a ella como la seguridad del Estado o la defensa nacional.<sup>446</sup> Seguridad y defensa por lo

---

confidence to any person in or outside the State from any person in or outside the State and relating to a matter referred to in *subsection (1)* or to the protection of human rights and expressed by the latter person to be confidential or to be communicated in confidence, (e) contains information communicated in confidence from, to or within an international organisation or an institution or body of the European Union or relates to negotiations between the State and such an organisation, organ, institution or body or within or in relation to such an organisation, organ, institution or body, or (f) is a record of an organisation, organ, institution or body referred to in *paragraph (e)* containing information the disclosure of which is prohibited by the organisation, organ, institution or body. (3) Where the request under *section 7* relates to a record to which *subsection (1)* applies, or would, if the record, existed, apply, and the head concerned is satisfied that the disclosure of the existence or non-existence of the record would prejudice a matter referred to in that subsection, he or she shall refuse to grant the request and shall not disclose to the requester concerned whether or not the record exists". Artículo 24 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>443</sup> En los EUA a pesar de que se permite que los tribunales hagan una revisión *de novo* de la información clasificada, en la realidad no se hace ya que: "[...]the courts interpreted Exemption 1 broadly to permit agencies to withhold all 'national security' classified information. An agency needed only to submit an affidavit claiming that the information was classified. The courts were unwilling to test the propriety of executive branch classification". DEMPSEY, James X. "The CIA and[...], *op. cit.*, p. 40

<sup>444</sup> OTERO González, Ma del Pilar. *La revelación del secreto[...]*, *op. cit.*, p. 41

<sup>445</sup> Artículo 1.1. (a) de la *Executive Order 12958*

<sup>446</sup> Por ejemplo, Ver: artículo 6.I. de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos*; artículo 10.1.b de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental*; artículo 24.2.a) de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos*

general se confunden, ya que las funciones de los órganos encargados de asegurarlas se duplican.<sup>447</sup>

Por consiguiente, los Estados cuentan con un término jurídico indefinido que les permite moldearlo para limitar el acceso a la información de conformidad con las necesidades de cada momento por lo que "[...]la seguridad nacional sigue resultando, como siempre, tan fácil de invocar como difícil de definir".<sup>448</sup>

Y no sólo eso sino que su abuso ha llevado a la doctrina a pensar que se trata de un privilegio maleable conforme a los intereses del gobierno en turno.<sup>449</sup> Por ello Miguel Revenga Sánchez considera que "La seguridad nacional transmutada de nuevo en seguridad del Ejecutivo!"<sup>450</sup>

---

*Administrativos*; artículo 6.1) de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*; artículo 2 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* (habla de la seguridad de la corona). En ese sentido, "En el Acuerdo de 19 de octubre de 1970 de la OTAN sobre información técnica con fines de defensa se indica que la información deberá ir acompañada con un rótulo adherido <firmemente en un lugar visible y que exprese claramente ([...]) h) Condiciones y momento en que la información o partes específicas de la misma podrán ser publicadas o reveladas o utilizadas por otras partes([...])>". COUSIDO González, María Pilar. *Comentarios a la Ley[...]*, *op. cit.*, p. 58

<sup>447</sup> Por ejemplo, G. Zellick nos recuerda que "'Security and intelligence services' are not defined, and whether it refers only to those working in M15 and M16, or whether includes, for example, staff of GCHQ or military intelligence is not clear". ZELICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists[...]", *op. cit.*, pág. 805

<sup>448</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. *El imperio de la política[...]*, *op. cit.*, p. 17

<sup>449</sup> M. Ramsay, al respecto nos dice: "In theory there may not be a difficulty on agreeing on ends which constitute a just cause which are in the national interests, such as the preservation of law and order, national security, democracy, freedom, peace and economic prosperity. In practice, though, the scope of these ends can be so widely interpreted that almost any policy could come within their boundaries and any means be said to serve them. The looseness of the concept gives opportunities to politicians to use deceit for private gain, to stay in power, to cover up their mistakes or to implement policies which advance class or business interests in the guise of actions to protect the national interests. Politicians are able to appeal to and rationalise these personal and partial interests as necessary for the common good". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...]", *op. cit.*, p. 31. Para Sissela Bok ello permite que el mismo sea empleada en perjuicio de la sociedad; incluso considera que "[...]the appeal to 'national security' offers a handy reason to avoid scrutiny of neglect, mistakes, and abuses". BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 198

<sup>450</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. *El imperio de la política[...]*, *op. cit.*, p. 194

El concepto de seguridad nacional, en los Estados Unidos de América, se concibe como resultado de la experiencia de la Segunda Guerra Mundial y como política "necesaria" para afrontar la nueva realidad internacional.<sup>451</sup> Entre otras cosas, esta doctrina lo que busca es la protección del territorio, de los ciudadanos y sobre todo "la solidez de los recursos armamentísticos".<sup>452</sup> El profesor Miguel Revenga Sánchez nos ofrece una definición de la seguridad nacional –siguiendo a Laswell– como la "'ausencia de coerción procedente del exterior' (*freedom from foreign dictation*)[...] "<sup>453</sup> y más adelante señala dicho autor que "El problema es que, con esta definición, nada se avanza con respecto a lo que resulta esencial, es decir, concretar cómo se definen las amenazas procedentes del exterior, quién dispone de la capacidad de discernirlas y a través de qué medios se intentará neutralizarlas[...] 'en una palabra, la finalidad básica [de la política de seguridad nacional] es la prevención de la guerra a través de medios legítimos y equitativos, y la disposición de fuerzas para vencer en aquellas guerras que no puedan evitarse'".<sup>454</sup>

Estas políticas de seguridad nacional le dieron (en EE.UU.) al poder ejecutivo<sup>455</sup> facultades adicionales relacionadas con el secreto "en la adopción

---

<sup>451</sup> Ver: REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 11

<sup>452</sup> Ver: REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 15

<sup>453</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 13

<sup>454</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 13-4

<sup>455</sup> El antecedente mediato, para M. Revenga sobre "La utilización de órdenes del Ejecutivo (*executive orders*) para delimitar el ámbito del secreto, coincide exactamente con el inicio de la Segunda Guerra Mundial, cuando el presidente Roosevelt implantó el secreto con carácter general, en el ámbito de las Fuerzas Armadas, para cubrir todo lo relativo a planes militares, mapas, fotografías, documentos e informes. La supervisión del sistema no fue encomendada a una Oficina de Información sobre la Guerra, creada en 1941, y cuyo funcionamiento



de decisiones a costa de la exigencia de publicidad y control, que hasta entonces se habían considerado marcas distintivas del sistema constitucional. La libertad de expresión conoció nuevas formas de censura y la seguridad personal se vio mediatizada en aras de un objetivo de carácter nacional que nunca alcanzó definición acabada".<sup>456</sup>

Ni siquiera en los Estados Unidos de América, que es el país en el que renace el término y que más se ha empleado por la administración en las últimas décadas, existe un consenso en la definición del concepto.<sup>457</sup> Por ejemplo, durante la Guerra Fría la seguridad nacional atendía a ciertos

---

mientras duró la contienda se caracterizó al parecer, por el espíritu de cooperación que logró generar entre los informadores". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 76. Halperin & Hoffman al respecto nos recuerdan "In 1951, President Truman issued a sweeping executive order, designed to institutionalize the system of military secrecy that had developed during World War II, and to extend it, under presidential control, to the civilian agencies of government. His program was vigorously criticized in many of its details, but the basic propriety of the action was not seriously challenged. On the whole, Congress, the press, and most of the attentive public accepted the need for substantial secrecy and for strong presidential leadership in the struggle against international communism". HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 26. Asimismo, en los EE.UU. "In 1940, President Roosevelt issued the first executive order authorizing government officials to classify military and naval information in order to protect national security[...]. After World War II, President Truman granted classification authority to non-military agencies involved in national security matters". (p. 907) "[...]in 1953, President Eisenhower[...]. limited the number of agencies with classification authority, defined classification categories more narrowly[...]" BARLETT, K.T. "Keeping secrets: Congress, the Courts, and National Security Information", en Harvard Law Review, vol. 103, núm. 4, Febrero 1990, p. 907. Para el caso inglés el secreto de Estado nace en 1917 con *the Spionage Act*, para un estudio sobre la seguridad nacional y la legislación inglesa Ver: ZELICK, Graham. "National Security, Official[...]", *op. cit.*, p. 189-196. Asimismo, y respecto del secreto de Estado y su regulación en el Reino Unido, Ver: PALMER, Stephanie. "Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Acts 1989", en Public Law, Verano 1990, p. 243-256.

<sup>456</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 12. En ese mismo sentido, Ver: MOYNIHAN, Daniel Patrick. "The culture of[...]", *op. cit.*

<sup>457</sup> Al parecer de Miguel Revenga esa indefinición marca la necesidad de mayores controles a las decisiones que se fundamenten en ella. En sus palabras: "Es precisamente esa indefinición endémica del concepto que le otorga todo su valor al control democrático sobre las políticas de la seguridad nacional". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 17. En palabras de B. Stulberg "Most importantly, the courts have not developed a precise definition of national security. National security is considered to be a generic term that covers a wide range of interests. This imprecise definition allows the executive to protect new kinds of information as the nature of the foreign threat changes". STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...]", *op. cit.*, p. 467

paradigmas, y una vez que cae el muro de Berlín, la misma atiende a otros completamente diferentes.<sup>458</sup>

Ello se ejemplifica con el análisis que Florini & Simmons hacen de la literatura norteamericana en materia de seguridad nacional. Al respecto, vale hacer referencia a dichos cambios con el siguiente pasaje que "[...]Richard Ullman, whose 1983 article in *International Security*[...] defined a threat to national security as[...] an action or sequence of events that (1) threatens drastically and over a relatively brief span of time to degrade the quality of life for the inhabitants of a state, or (2) threatens significantly to narrow the range of policy choices available to the government of a state or to private, nongovernmental entities (persons, groups, corporations) within the state (Ullman 1983, p. 33)".<sup>459</sup> Diez años después, el mismo autor "was reconsidering his use of terms, noting that if 'national security' is used to[...] encompass all serious and urgent threats to a nation-state and its citizens, we will eventually find ourselves using a different term when we wish to make clear that our subject is the threats that might be posed by the military forces of other states. The 'war problem' is conceptually distinct from, say, problems like environmental degradation or urban violence, which are better categorizad as threats to well being[...] Labelling a set of circumstances as a

---

<sup>458</sup> Florini & Simmons nos recuerdan como "Under Cold War pressures, a sense of security referring primarily to the prospects for military conflict between states came to dominate both thinking and policymaking on security. This approach was based largely on various versions of the Realist paradigm. But the victory of Realism was never complete, and the end of the Cold War gave the alternatives a new lease on life. At the same time, growing awareness of the dangers posed by new phenomena such as climate change and the population explosion has led to assertions that these new threats should be incorporated into notions of 'security'. And all of this debate is complicated by growing questions about the role of the nation-state and its capacity to provide security". FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 5

<sup>459</sup> FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 6

problem of national security when it has no likelihood of involving as part of the solution a state's organs of violence accomplishes nothing except obfuscation (Ullman 1995, pp. 3, 12)".<sup>460</sup>

Maureen Ramsay, al reconocer que no existe un significado generalmente aceptado del concepto, ofrece una definición amplia; para ella, la seguridad nacional "incluye además de la supervivencia física del Estado los intereses vitales del mismo, tales como la prosperidad económica y la conservación de la integridad del sistema normativo de la sociedad[...] Todos aceptarían que el interés nacional vital se ve afectado cuando existe un ataque directo y preciso a los ciudadanos o cuando las instituciones democráticas y sus valores se ven amenazados gravemente o cuando existe un peligro inminente de colapso nacional o ruina económica".<sup>461</sup>

A pesar de lo mencionado, algunos países, para evitar una discrecionalidad incontrolable del manejo del concepto por el Ejecutivo, dictan legislación<sup>462</sup>

---

<sup>460</sup> FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 6

<sup>461</sup> (Traducción nuestra). RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...]", *op. cit.*, p. 30-1

<sup>462</sup> Miguel Revenga nos recuerda como "En 1947, el Congreso aprobó la *National Security Act*, presentada en la Exposición de Motivos como <una programación general de la futura seguridad de los Estados Unidos>. Objetivo primordial de la misma fue depositar en el Presidente el control sobre las políticas de seguridad, acabando con la desorganización burocrática producida por las transformaciones del papel del Estado. Un único Departamento de Defensa vino a sustituir a los tres Departamentos militares existentes hasta entonces, y dos organismos de nuevo cuño pasaron a centralizar la administración de los recursos económicos y de los datos de inteligencia: el *National Security Resources Board* y la *Central Intelligence Agency* (CIA), respectivamente. Además la ley creó el Consejo de Seguridad Nacional (*National Security Council*), cuyas funciones quedaron definidas de forma tan imprecisa que la principal característica de su funcionamiento hasta nuestros días ha sido, como se ha dicho, <la adaptabilidad al estilo y a las cambiantes necesidades de cada uno de los Presidentes> (Burke 1992, pág. 18). En la falta de claridad a la hora de delimitar las competencias del Consejo, suele cifrarse una de las causas de la desorganización endémica del proceso de decisión sobre la política exterior norteamericana (Rubin, 1985, cap. V). Los recurrentes conflictos entre el Consejo de Seguridad Nacional y la CIA, por un lado, y el Departamento de Estado (el equivalente a nuestro Ministerio de Asuntos Exteriores), por otro, han propendido a resolverse favoreciendo los puntos de vista <expeditivos> de los



que faculta a sus ejecutivos para establecer lineamientos o principios, o bien a sus parlamentos para definir principios rectores de lo que se debe de entender por políticas de seguridad nacional.<sup>463</sup> En los Estados Unidos, por ejemplo, las diferentes administraciones han dictado documentos de estrategia en seguridad nacional que definen los objetivos en la materia. La administración de Bill Clinton definió su *Estrategia de Seguridad Nacional* en 1997. Dicho documento "[...]establece como objetivos prioritarios: (1) asegurar la seguridad a través de diplomacia efectiva y con las fuerzas militares; (2) impulsar la prosperidad económica norteamericana; (3) promover la democracia en el extranjero".<sup>464</sup> Asimismo, señala que la seguridad se puede ver en riesgo si los intereses norteamericanos se ven amenazados por lo siguiente: "(1) 'amenazas regionales o estatales' incluidos los actos de agresión deliberados en contra de los Estados Unidos, sus aliados o bien los efectos que derramen otras fuentes de inestabilidad; (2)

---

primeros, en detrimento de los más <formalistas> o <legalistas> del segundo". REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...], *op. cit.* p. 188

<sup>463</sup> Ello lo muestra ejemplarmente M. Revenga de la siguiente manera: "Como ya hemos dicho, en 1947 el Congreso aprobó la *National Security Act*, presentada en la exposición de motivos como <una programación general de la futura seguridad de Estados Unidos>. Popularmente, la *National Security Act* recibió el apodo de *Unification Act*. Su objetivo básico fue, en efecto, depositar en el presidente el control sobre los diversos aspectos de la política de seguridad, acabando con la desorganización burocrática de los tiempos de F.D. Roosevelt. Para ello se creó un Departamento de Defensa, que sustituyó a los tres Departamentos militares existentes hasta entonces. Además, se implantaron dos instituciones de nuevo cuño con el fin de centralizar la administración de los recursos económicos y de inteligencia (el National Security Resources Board y la Central Intelligence Agency, respectivamente), y se instituyó el Consejo de Seguridad Nacional (National Security Council). Las funciones de este último quedaron definidas en forma tan amplia que, como se ha dicho, la principal característica de su funcionamiento hasta nuestros días ha sido <la adaptabilidad al estilo y las necesidades personales de cada uno de los presidentes>. Bajo la dirección personal del presidente, con el auxilio del consejero de Seguridad Nacional (*National Security Adviser*), el Consejo ha demostrado su eficacia para <mantener el control de las políticas de seguridad nacional en el ámbito de la Casa Blanca>. La falta de claridad en la delimitación de las competencias del Consejo ha originado, sin embargo, una desorganización endémica del proceso de decisión en política exterior". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 57-8

<sup>464</sup> (Traducción nuestra). FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 38

amenazas transnacionales, incluidos el terrorismo, el tráfico ilegal de drogas, el tráfico ilegal de armamento, el crimen organizado internacional, las migraciones incontroladas de refugiados y el daño medioambiental que pongan en riesgo, directa o indirectamente, a los intereses norteamericanos o a sus ciudadanos; y (3) amenazas producidas por las armas de destrucción masiva de otras naciones o actores no estatales".<sup>465</sup>

En ese sentido, la seguridad nacional se define, de acuerdo con el Instituto de Estudios Estratégicos Español, como "Aquella situación de vida en la que no existe amenaza alguna a la soberanía, ni a la integridad del territorio y sus habitantes; una situación en la que no existe atentado alguno contra el normal ejercicio de la autoridad, ni contra el funcionamiento adecuado de las instituciones; y una situación en que, tanto las actividades públicas, como las privadas, pueden llevarse a cabo, sin obstáculos que se opongan al logro de los más altos niveles de paz con libertad, prosperidad cultural, cívica, moral y económica".<sup>466</sup>

Como la razón de Estado que tenía su vertiente al exterior y al interior, la seguridad nacional también se expresa en los asuntos internos y los

---

<sup>465</sup> (Traducción nuestra). FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 38. Por otra parte la *Executive Order 12958* señala en su artículo 1.5 las categorías para la clasificación de información relativa a la seguridad nacional entre las que se encuentran "(a) planes militares, sistemas u operaciones armamentísticos; (b) información de gobiernos extranjeros; (c) actividades de inteligencia (incluidas las actividades especiales), fuentes y métodos de inteligencia, o criptología; (d) actividades de los vinculadas con la relaciones exteriores o actividades en el exterior, incluídas las fuentes de información confidenciales; (e) asuntos científicos, tecnológicos o económicos relacionados con la seguridad nacional; (f) programas gubernamentales dirigidos a la salvaguarda de materiales o instalaciones nucleares; (g) vulnerabilidades o capacidades de los sistemas, instalaciones, proyectos o planes relacionados con la seguridad nacional".

<sup>466</sup> Tomado del Documento base sobre Defensa de la Comunidad, Seminario de la Comunidad en la Defensa, Instituto de Estudios Estratégicos Español, Cedesen, enero 1976, p. 16 en BLANCO Ande, Joaquín. Defensa Nacional y Fuerzas Armadas, Ed. Dykinson, Madrid 1987, p. 14-5

externos. D. P. Moynihan nos dice al respecto que "American society in peacetime began to experience wartime regulation. The awful dilemma was that in order to preserve an open society, the U. S. government took measures that in significant ways closed it down. The culture of secrecy that evolved was intended as a defense against two antagonists, by now familiar ones: the enemy abroad and the enemy within".<sup>467</sup> Sin embargo, "En el mundo actual, la divisoria entre los asuntos internos y los externos dista mucho de ser nítida[...] Como se ha dicho, un problema recurrente de ésta [política norteamericana] es 'si tienen razón los conservadores cuando piensan que se puede controlar al presidente en casa, confiriéndole al tiempo la más amplia confianza de cara al exterior, o si están en lo cierto quienes defienden la presidencia activa pero dentro del marco establecido por el Congreso. Una separación rigurosa (como la establecida por el juez Sutherland) carecía ya entonces de sentido, pero muchos norteamericanos no se dieron cuenta hasta que se produjo el caso Watergate, o hasta que estalló el escándalo Irán-Contra diez años más tarde"<sup>468</sup>

Es importante no confundir las nociones de seguridad del Estado al interior con los de seguridad ciudadana la cual "se centra en la actividad dirigida a la protección de personas y bienes (seguridad en sentido estricto) y al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano, que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas[...]"<sup>469</sup>

---

<sup>467</sup> MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 154

<sup>468</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 51

<sup>469</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 45

### (i) La defensa del Estado

Las democracias contemporáneas contemplan la posibilidad de que los órganos de la administración no divulguen la información que pueda poner en riesgo la capacidad de defensa del Estado.<sup>470</sup> Sissela Bok considera que "todo Estado requiere de cierta medida de secreto para defenderse de las fuerzas enemigas. La legitimidad de dicho secreto para la autodefensa es claro, y entre mas débil sea el Estado la sorpresa y los estratagemas serán

---

<sup>470</sup> Ver: Artículo 24 (10) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; Asimismo, el artículo 6.I. de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos* enuncia la clase de documentos cuya consulta o entrega puede dañar entre otros [...] la defensa nacional[...] la conducta de las relaciones exteriores de Francia[...] la seguridad del Estado, la seguridad pública[...] También, Ver: Artículo 10 de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental* que señala el deber de no divulgar información que pudiera poner en peligro la unidad de la Corona (inciso 1.a), dañar la seguridad del Estado (inciso 1.b), o debilitar las relaciones entre los Países Bajos y otros Estados u organismos internacionales (inciso 2.a). Asimismo, Ver: artículo 24.2.a) de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*. En Noruega solamente se hace referencia a los documentos cuyo conocimiento "pudiera perjudicar la seguridad del Estado, la defensa nacional o las relaciones con potencias extranjeras o con organismos internacionales". Artículo 6.1) de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*. En el Reino Unido se cuenta con una norma sumamente abierta que señala que se puede negar la información a quien la solicite si ello es necesario para salvaguardar la seguridad nacional, Ver: Artículo 24 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. El artículo 2 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que "The right of access to official documents may be restricted only if restriction is necessary having regard to: 1. the security of the Realm or its relations with a foreign state or an international organisation". M.C. Llamazares nos recuerda que el "El artículo 2 de la Ley de secretos Oficiales establece que <podrán ser declaradas 'materias clasificadas' los asuntos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado>". LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. *Las libertades de[...], op. cit.*, p. 347. B. Fein al respecto nos dice, sobre el régimen norteamericano de protección de la información relativa a la defensa nacional "The comprehensive scheme created by the President's executive order and by statutory provisions demonstrates governmental recognition that important national interests may be served and advanced when the executive branch withholds certain information from the public. These national interests concern in a fundamental sense, our national survival. First, protecting the confidentiality of properly classified information bolsters the nation's capacity to defeat foreign aggression and, thus, to preserve the Constitution. Disclosure of classified information may aid the military strength of the nation's enemies, or may undermine the fighting capability of our armed forces. Revealing blueprints for constructing the nation's cruise missiles deployed in Europe or the Trident II submarine missiles, for example, would aid Soviet military power and technological process. Ceaseless efforts by the Soviet Union to buy or steal this pipe of information testify its military value. Even during peacetime, disclosure of information about the security safeguards of plants manufacturing nuclear weapons would imperil the nation's security. Such information might be exploited by terrorists and used to attack or destroy the plant or its inventory of weapons. The United States, thus possesses a compelling interest in maintaining the secrecy of weapons information". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 810

más necesarios".<sup>471</sup> Generalmente, esta información abarca toda aquella relativa al "(a) tamaño, forma, organización, logística, distribución, operaciones y entrenamiento de las fuerzas armadas; (b) las armas, almacenamientos y otros equipos de las fuerzas de seguridad, así como los inventos, desarrollos, producción y operación e investigaciones relacionadas a dicho equipo; (c) la política de defensa, así como la planeación y estrategia militar y de inteligencia; (d) los planes y medidas a tomar para el mantenimiento de los recursos y servicios esenciales requeridos en tiempos de guerra".<sup>472</sup> Ello implica la facultad de clasificar información relacionada con la exportación de armas, así como la información relacionada con las características o especificidades técnicas de las mismas.<sup>473</sup>

Asimismo, dicha información contempla la que se refiere a los esfuerzos de los Estados, tomados en lo individual o en conjunto con sus aliados o asociados, dirigidos a la detección, prevención o supresión de actuales o potenciales ataques o actos de agresión dirigidos por cualquier Estado extranjero en su contra o contra cualquier otro Estado aliado o asociado.<sup>474</sup> A

---

<sup>471</sup> (Traducción nuestra). BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 191

<sup>472</sup> BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 22-3. En el Reino Unido se regula la información que pudiera afectar la defensa "de las Islas Británicas o de cualquiera de sus colonias[...] [así como de su] capacidad, eficacia o la seguridad de[...] las fuerzas armadas de la Corona, y[...] cualquier otra fuerza que coopere con aquellas[...]" Artículo 24 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>473</sup> Al respecto, Bruce Fein señala que "The Department of Defence Authorization Act, 1984 also supplements the President's Classification Order and, thus, promotes national security objectives. Section 1217 of this Act empowers the Secretary of Defence to withhold from the public any Department of Defence technical data with military or space application that may not be exported lawfully outside the United States without an approval, authorization, or license under the Export Administration Act of 1979, or the Arms Export Control Act". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 809

<sup>474</sup> Art. 15 (2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

todo ello, la doctrina le denomina el *secreto de defensa*<sup>475</sup> o *secretos militares*.<sup>476</sup> La racionalidad que subyace en la legitimidad de este secreto es "el imperativo de la autopreservación[...] (así como) la protección de todo aquello de valor para las vidas humanas[...]. y la supervivencia[...]"<sup>477</sup>

Para ello se establecen grados de confidencialidad de la información que varían dependiendo de la *sensibilidad de la información*. Por ejemplo, "En Francia, el Decreto 81.514, de 12 de mayo de 1981, relativo a la *organización de la protección de los secretos concernientes a la defensa nacional y la seguridad del Estado*, establece tres categorías distintas de secretos: 'muy alto secreto de defensa', aplicable a las informaciones cuya divulgación pueda dañar la defensa nacional en lo que concierne a las prioridades gubernamentales en materia de defensa, 'secreto de defensa' referida a las

---

<sup>475</sup> COUSIDO González, María Pilar. *Comentarios a la Ley[...]*, *op. cit.*, p. 50. Por ejemplo, la necesidad del secreto militar se puede observar en lo siguiente: "The United States, furthermore, has a compelling interest in withholding other types of military information. During war, disclosure of the location or plans of the nation's armed forces would impair chances of military victory. An announcement that experts had successfully deciphered encrypted enemy messages would negate any advantage gained by the discovery, because the enemy would change their plans and code." FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 810

<sup>476</sup> M. Ramsay señala "This is because military secrets cannot be revealed, information on the possession and development of new weapons must be kept secret, because decisions for planning and escalating war, for the employment of intelligence agents or under-cover surveillance can not be announced in advance, because diplomatic negotiations with foreign governments must be protected from preliminary disclosure, since prior knowledge of the would defeat the purposes for which they were employed and threaten national security. In order to protect national security and to prevent sensitive information benefiting the 'enemy', governments justify misleading their adversaries and deceiving their own citizens". RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands[...]", *op. cit.*, p. 28. Sissela Bok señala que "[...] *military secrecy*. Like trade secrecy, it is justified at times. Such secrecy may be required for scientific knowledge vital to national defence or capable of highly destructive use in enemy hands; but it carries immense risks of highly destructive use in enemy hands; but it carries immense risks of spreading, of creating bondage, of shielding incompetence and corruption, and of delaying advances in knowledge. Like trade secrecy, it insulates from criticism and feedback, and thus opens the door to abuse; and it is equally capable of inviting imitation and retaliation of every kind. And like trade secrecy it carries special dangers for science. Here, too, scientists have an added responsibility to exercise restraint". BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 166

<sup>477</sup> BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 192

informaciones cuya divulgación puede dañar la defensa nacional y la seguridad del Estado y 'confidencial defensa', aplicable a las informaciones que no tienen, ellas mismas un carácter secreto, pero cuyo conocimiento, reunión o explotación pueden conducir a la divulgación de un secreto que afecte a la defensa nacional o a la seguridad del Estado".<sup>478</sup>

La defensa nacional, por ejemplo en España, se define por la Ley Orgánica 1/1984 de 5 de enero como "[...] la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin. Tiene por finalidad garantizar de modo permanente la unidad, soberanía e independencia de España, su integridad territorial y el ordenamiento constitucional, protegiendo la vida de la población y los intereses de la patria, en el marco de lo dispuesto en el artículo 97 de la Constitución".<sup>479</sup>

Con la limitación de la divulgación de la información se pretende garantizar la defensa del Estado, que al parecer de Ma. Cruz Llamazares "Se trata de una fórmula con un cierto grado de indeterminación. Sin embargo, hay una cuestión cierta. Si se quiere comprender la Ley de Secretos Oficiales en el contexto de la Constitución de 1978 no hay más remedio que entender que se trata de la *seguridad y defensa del Estado democrático*. Por tanto, la técnica de los secretos oficiales no sólo afecta a aquéllos asuntos referidos a la seguridad exterior del Estado, sino también a aquéllos asuntos de carácter

---

<sup>478</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 113

<sup>479</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 147. Al respecto también Ver: DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 176-7

interno cuyo público conocimiento podría hacer peligrar el sistema democrático. Es cierto que en este último caso habrá que poner especial cuidado en que el Gobierno de turno no confunda los intereses del Estado con los suyos propios, puesto que hablar de intentos desestabilizadores o amenazas al sistema democrático se presta a interpretaciones diversas en función de intereses políticos diferentes e incluso antagónicos que puedan verse afectados, vigilancia que en principio debe corresponder, dentro de lo posible, a las Cortes Generales en su función de control del Gobierno".<sup>480</sup> Por su lado, M. P. Otero, para distinguir entre las nociones de seguridad del Estado y defensa del Estado, nos dice "A este respecto, la LO 7/1980, de 1 de julio, por la que se aprueban los criterios básicos de la defensa nacional y de la organización militar, nos ayuda a establecer la frontera entre ambas expresiones. Así el art. 2 de la citada Ley define la *defensa nacional* del siguiente modo: 'La defensa nacional es la disposición, integración y acción coordinada de todas las energías y fuerzas morales y materiales de la Nación, ante cualquier forma de agresión, debiendo todos los españoles participar en el logro de tal fin'. De este modo, queda superada la concepción puramente militar para dar entrada a otras fuerzas del Estado capaces de asumir tareas propias de defensa nacional. Y el art. 3 dispone que la *defensa nacional* ha de ser regulada de tal forma que proporcione una efectiva *seguridad nacional*, de donde se deduce que, si bien ambos términos son parte de una realidad sustancialmente idéntica e integradora, puede observarse entre ambas una cierta distinción aunque relacionadas en una conexión de medio a fin. Afirmación que exigirá entender la *defensa nacional*

---

<sup>480</sup> LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de..., *op. cit.*, p. 347



como una función de garantía, de preservación de la *seguridad nacional*; en tanto que esta última expresión hará referencia a un hallarse fuera de todo peligro inmediato".<sup>481</sup>

Por otro lado, y para limitar la discrecionalidad en las interpretaciones sobre lo que son las amenazas a la nación, en ocasiones se ofrecen definiciones de actividades hostiles y subversivas. Por ejemplo, en Canadá dichas actividades significan: (i) el espionaje en contra de Canadá o de cualquier Estado aliado o asociado, (ii) el sabotaje, (iii) las actividades dirigidas a la perpetración de actos terroristas incluyendo el secuestro en o en contra de Canadá o de terceros Estados, (iv) actividades dirigidas al cambio de gobierno a través del uso de la fuerza, la violencia o de medios delictivos o el empleo de la apología a tales efectos, (v) actividades vinculadas con la obtención de información de inteligencia relacionada con Canadá o cualquiera de los Estados aliados o asociados, (vi) actividades que tengan por propósito amenazar la seguridad de canadienses, empleado del gobierno de Canadá o propiedades del gobierno canadiense fuera de su territorio.<sup>482</sup>

## **(ii) Las relaciones exteriores del Estado**

Existen dos grandes clases de información relativa a las relaciones exteriores que los Estados clasifican como secreta. Una de ellas se refiere a la información que se requiere para llevar a la práctica las relaciones o negociaciones exteriores de un Estado frente a otro u otros Estados, y la otra se refiere a la información que un Estado u organismo internacional le

---

<sup>481</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 45

<sup>482</sup> Art. 15 (2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

entrega a otro Estado bajo la calificación de confidencial o distribución restringida. Es común que las deliberaciones o negociaciones diplomáticas se conserven en secreto. D. P. Moynihan señala que "Openness in deliberation and not least in diplomacy came to be seen as something of a democratic virtue, even an aspect of national character".<sup>483</sup>

Sobre la primera categoría, la información relacionada con las relaciones exteriores que se debe mantener en secreto por lo general se trata de aquéllos documentos en manos del ministerio de asuntos exteriores, las evaluaciones políticas del dicho ministerio o de sus misiones en el exterior, los documentos relacionados con negociaciones políticas o económicas con un tercer Estado y los mensajes enviados en el curso de la administración de las relaciones exteriores, así como también aquéllos documentos relacionados con los asuntos en litigio en un tribunal internacional, un órgano de supervisión o cualquier otra institución internacional, y los documentos sobre las relaciones entre el gobierno con sus ciudadanos y residentes, así como con personas o empresas que operan en el país, si su divulgación pudiera arriesgar las relaciones del Estado o su habilidad para participar en la cooperación internacional.<sup>484</sup>

---

<sup>483</sup> MOYNIHAN, Daniel Patrick. *Secrecy. The American*[...], *op. cit.*, p. 82. Dicho autor narra como la diplomacia americana durante la Guerra Civil se caracterizaba por llevar a cabo misiones e intercambio de correspondencia secretas. El resultado de ello -dice Moynihan- es que el Departamento de Estado empezó a publicar "annual compilations of correspondence and similar material in a series that became known as *Foreign Relations of the United States*". MOYNIHAN, Daniel Patrick. *Secrecy. The American*[...], *op. cit.*, p. 83

<sup>484</sup> (Traducción nuestra). En Finlandia se mantendrán en secreto, por ejemplo, "(1) the documents of the Government Foreign Affairs Committee unless otherwise decided by the Committee, as well as the political assessments of the Ministry of Foreign Affairs and the Finnish missions abroad, the documents concerning political or economic negotiations with a foreign state and the coded messages in the field of foreign affairs administration, unless otherwise decided by the Ministry. (2) the documents, other than those referred to in subparagraph (1), concerning the relationship of Finland with a foreign state or an

Las razones por las cuales se protege dicha información se explica con unas palabras que dijo el Presidente Washington cuando le explicó a la Cámara de Representantes las razones por las cuales no les entrega la información relativa a las negociaciones en curso de un tratado con Inglaterra: "The nature of foreign negotiations requires caution, and their success must often depend on secrecy; and even when brought to a conclusion a full disclosure of all the measures, demands, or eventual concessions which may have been proposed or contemplated would be extremely impolitic; for this might have a pernicious influence on future negotiations, or produce immediate inconvenience, perhaps danger and mischief, in relation to other powers".<sup>485</sup>

Por ejemplo, para Bruce Fein, las razones por las cuales no se debe transparentar la información o documentos sobre las relaciones exteriores de los Estados en general, pero de los Estados Unidos en particular son: "Express or tacit agreements between the United States and foreign countries would be scuttled or their terms adversely skewed if either the advice given the President or the content of negotiation deliberations between American and foreign officials were publicly disclosed. First, publicity would chill candid

---

international organisation; the documents concerning a matter pending before an international court of law, an international investigative body or some other international institution; as well as the documents concerning the relationship of the Republic of Finland, Finnish citizens, Finnish residents or corporations operating in Finland with the authorities, persons or corporations operating in Finland with the authorities, persons or corporations in a foreign state, if access to such documents could damage or compromise Finland's international relations or its ability to participate in international co-operation". Artículo 24 (1) y (2) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>485</sup> Tomado de FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 811. Además, Bruce Fein considera que para los Estados Unidos de America "[...]disclosure of the negotiating tactics or positions of any party might affect national interests adversely. Publicity revealing the negotiating tactics of the United States would undermine the possibility of an agreement advantageous to the nation. Equally, if the negotiations posture of a foreign government were disclosed, then embarrassment or a loss of domestic political support for that incumbent foreign government might foreclose any agreement with the United States. Disclosure, furthermore, might circumscribe possibilities for compromise by making it politically

discussions between the President and his advisors, and between the negotiating parties. The United States Supreme Court recognized this danger when it observed, '[h]uman experience teaches that those who expect public dissemination of their remarks may well temper candors with concern for appearances and for their own interests to the detriment of the decisionmaking process'".<sup>486</sup>

Asimismo, la información que se pretende proteger también incluye aquella que le fue entregada a un Estado por un gobierno de Estado extranjero o institución del mismo, por un organismo internacional interestatal o un órgano del mismo con una afectación de clasificada o de publicidad restringida.<sup>487</sup> La fuente de la obligación de no divulgar puede provenir de un tratado internacional o bien de la lógica misma de las negociaciones internacionales. La doctrina le ha llamado al secreto que protege información transferida de un Estado a otro por motivo de un tratado que establece la obligación de no

---

unacceptable for a government to yield form a publicly known bargaining position. Many of these considerations retain their force even after negotiations have concluded. *Ibid.*

<sup>486</sup> FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 810-1

<sup>487</sup> Ver: artículo 13 (1)(a)(b)(c)(d) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Asimismo, Ver: artículo 26 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. En el Reino Unido esa información se refiere a aquella que pudiera dañar: "(a) las relaciones entre el Reino Unido y otro Estado, (b) las relaciones entre el Reino Unido y un organismo internacional o tribunal internacional, (c) los intereses del Reino Unido en el extranjero, o (d) la promoción o protección del Reino Unido o de sus intereses en el extranjero". Asimismo, esta excepción cubre aquella información confidencial que otro Estado u organismo internacional o tribunal internacional le haya proporcionado. Artículo 27 (1) y (2) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. Tanto Canadá como el Reino Unido contemplan la posibilidad de que cierta información no sea divulgada cuando la misma pueda poner en riesgo las relaciones entre (i) el gobierno de alguna provincia o institución de la misma o por un gobierno municipal o regional con el Gobierno central canadiense, y (ii) las administraciones dentro del Reino Unido, tales como el gobierno, la Administración de Escocia, el Comité Ejecutivo de la Asamblea de Irlanda del Norte y la Asamblea Nacional de Gales. Ver, respectivamente: artículo 13 (d) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense* y artículo 28 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*.

divulgar dicha información como el "*secreto aliado*".<sup>488</sup> Por ejemplo, M. P. Otero señala para el caso español "[...]el Acuerdo OTAN sobre comunicación de la información técnica de defensa de 19 de octubre de 1970, al que se adhirió España por Instrumento de 17 de julio de 1987 (BOE nº 217, de 10 de septiembre). Y, por último, los acuerdos bilaterales suscritos entre España y otros países sobre protección de la información clasificada, esto es, el Acuerdo y el Protocolo hispano-noruego de 17 de junio de 1986 relativos a la protección de la información clasificada (BOE nº 193, de 13 de agosto de 1987; el Acuerdo de Cooperación en proyectos de Defensa, de 8 de julio de 1985, publicado en el BOE el 3 de junio de 1987; el Acuerdo y Protocolo entre España y Estados Unidos de 12 de marzo de 1984, sobre seguridad de información militar clasificada (BOE nº 166, de 12 de julio de 1985); Acuerdo bilateral sobre protección de la información clasificada entre España y

---

<sup>488</sup> M. P. Cousido desarrolla el contenido de dichos tratados. Por ejemplo, en sus palabras: "[...]Acuerdo y Protocolo de 17 de junio de 1986 entre España y Noruega sobre protección de la información clasificada, cuyo artículo 5 dispone que: <La protección que se contempla en el presente Acuerdo se extiende tanto a las informaciones transferidas durante la vigencia del mismo como a las derivadas de los Acuerdos de Cooperación o contratos amparados por este Acuerdo, aunque su transferencia se produzca una vez denunciado el mismo por alguna de las Partes.>[...] El Acuerdo de 22 de febrero de 1989 con Francia para la protección de la información clasificada dispone que: <El Reino de España y la República Francesa, en adelante las partes, deseosos de garantizar la seguridad de las informaciones clasificadas que, en el interés de la defensa nacional, se intercambian entre las Partes, bien para cubrir necesidades de la Administración o bien en el marco de las actividades encomendadas a organismos o a establecimientos públicos o privados de una u otra de las Partes [...] acuerdan [...] las medidas apropiadas para asegurar la protección de las informaciones clasificadas intercambiadas [...]". Por su parte, un Acuerdo con Italia de 2 de diciembre de 1983 sobre protección de la información clasificada dispone que ambos gobiernos <en su intención de asegurar la protección de todas las informaciones clasificadas de interés para la defensa que se intercambian las autoridades competentes de los dos países o facilitadas en el cuadro de órdenes o encargos del Estado o Entidades privadas, públicas, españolas o italianas, han acordado ([...]) cuantas medidas sean adecuadas para que las informaciones clasificadas que se intercambien entre los dos países ([...]) estén protegidas por las leyes y reglamentos vigentes en cada uno de estos dos países>[...].por su parte el Acuerdo con la República Helena de 25 de enero de 1992 dispone que <con objeto de garantizar la seguridad de todas las informaciones de interés para la defensa, clasificadas por las autoridades competentes de una de las Partes y transferidas al otro a través de autoridades u Organismos facultados expresamente ([...]) han acordado ([...]) las medidas adecuadas para que las informaciones clasificadas que intercambien estén protegidas por las leyes

Francia, de 22 de febrero de 1989 (BOE n° 166, de 12 de julio de 1990), Protocolo anejo al Acuerdo hispano-italiano sobre protección de información clasificada, firmado en Roma el 16 de junio de 1986 (BOE n° 1888, de 7 de agosto de 1987); Acuerdo y Protocolo anejo sobre protección de información clasificada hispano-helena (BOE n° 216, de 8 de septiembre de 1992)[...]"<sup>489</sup>

### (iii) Los intereses económicos del Estado

La doctrina ha denominado genéricamente a la información que se oculta bajo este rubro como el *secreto económico*<sup>490</sup> y se considera necesario para la seguridad del Estado, ya que existe un vínculo evidente entre el secreto, el desarrollo económico, la mejora económica de los habitantes y el bienestar. Históricamente, M. P. Cousido encuentra su raíz en la Primera Guerra Mundial, ya que para ella se trata de "[...]la ocasión en que se reveló hasta qué punto era importante una cuestión industrial o económica para la defensa nacional. Y, por consiguiente, la necesidad de extender la protección a dichas materias".<sup>491</sup> Florini & Simmons consideran, después de un estudio sobre la reciente literatura sobre la seguridad nacional, que los Estados (en particular los Estados Unidos de América) tienen una vocación por fortalecer sus intereses económicos, ya que ello les permite influenciar a los demás

---

vigentes en cada una de ellas>". COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 53

<sup>489</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 55

<sup>490</sup> En el Reino Unido a esta excepción se le llama 'The economy exception' y consiste en la no divulgación de información que pudiera perjudicar *los intereses económicos del Reino Unido o de cualquiera de sus partes o bien los intereses financieros de cualquiera de las administraciones del Reino Unido*. Artículo 29 de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. En términos similares el artículo 2.5. del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que se puede restringir el acceso a documentos oficiales que contengan información cuya divulgación pueda afectar "the public economic interest".

<sup>491</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 52.

Estados. Para dicho propósito, deben de hacer frente a tres problemas que amenazan esa habilidad de influir a otros y que merman su autonomía para entrar en negociaciones internacionales. Dichos problemas son: (i) el deterioro estructural y acumulativo de la economía, (ii) la pérdida de habilidades económicas y tecnológicas específicas, y (3) la dependencia del Estado frente a los proveedores externos.<sup>492</sup> Para ellos, nuevamente, con base en la literatura sobre seguridad nacional en norteamérica, los países que pierden control sobre su destino económico, pierden control sobre su política exterior.<sup>493</sup>

La información relativa a los intereses económicos del Estado comprende, en mayor o menor medida, dependiendo de la democracia de que se trate, "[...]la siguiente clase de información:

(i) secretos de comercio, financieros, mercantiles, científicos o técnicos pertenecientes al gobierno[...] o sus instituciones y que tenga un valor sustancial o que potencialmente lo pueda tener;

(ii) información cuya divulgación pueda hacer esperar razonablemente un perjuicio en la posición competitiva de una institución gubernamental;

(iii) información técnica o científica obtenida mediante la investigación de un oficial o empleado de institución gubernamental, y cuya divulgación pueda hacer esperar razonablemente que privaría al oficial o empleado de su prioridad en la publicación;

---

<sup>492</sup> FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 10

<sup>493</sup> FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking[...], *op. cit.*, p. 26

(iv) información cuya divulgación podría razonablemente hacer esperar que sería materialmente perjudicial a los intereses financieros[...] [del Estado] o su habilidad para manejar la economía o que pueda razonablemente producir un perjuicio a cualquier persona. Esta información incluye, enunciativamente:

- a) el tipo de cambio y emisión de moneda;
- b) un cambio contemplado en las tasas de interés bancaria o en los empréstitos gubernamentales;
- c) un cambio contemplado en las tarifas arancelarias, impuestos o cualquier otra clase de contribuciones;
- d) un cambio contemplado en las condiciones de operación de las instituciones financieras;
- e) un cambio contemplado en la venta o adquisición de tierras o propiedades".<sup>494</sup>

---

<sup>494</sup> (Traducción nuestra). Tomado del artículo 18(a)(b)(c)(d) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*; en términos similares. En ese sentido, Ver: artículo 27 (1) (a)-(c), (2) (a)-(e), (3) y 31 (1) (a)-(c), (2) (a)-(o) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Asimismo, Ver: artículo 43 (**Commercial interests**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*. El artículo 2 del Capítulo 2 (**On the public nature of official documents**) de la *Ley Sueca de Libertad de Prensa* señala que se puede restringir el acceso a la documentación oficial que se refiere "a las políticas financieras centrales, la política monetaria o la política cambiaria de la corona". Asimismo, se contempla en esta restricción la información que se relaciona con la "protección de los intereses públicos financieros, incluidos los intereses relacionados a las actividades públicas comerciales". Artículo 13 (1) 5° de la *Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*; Artículos 11 (4) y 24 (12) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; de manera similar lo regulan los inciso 2) a) y b) del artículo 6. de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*. En algunos Estados se excluye del deber de mantener archivos o documentos, y por tanto de garantizar el acceso a la información de los Bancos Centrales y sus Gobernadores. Por ejemplo, Ver: Artículo 70(2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. No sucede lo mismo, por ejemplo en Finlandia, ya que su *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*, incluye como autoridad vinculada por dicha Ley al Banco de Finlandia, así como a la Autoridad de Supervisión Financiera. Ver: Artículo 4 (5) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Finlandia debe de considerarse como secreta los "documentos que contengan información relativa a decisiones, medidas o la preparación de políticas monetarias o de política de tipos de



Asimismo, este secreto busca proteger los documentos que contienen información sobre negocios o secretos profesionales del Estado, una municipalidad u otra corporación pública o bien corporación, institución, fundación, así como otra información de negocios comparable, si el acceso pudiera representar una pérdida económica a la corporación, institución o

---

cambio, así como para la preparación de políticas financieras o de ingresos o de investigación sobre las necesidades en la toma de decisiones o medidas en los campos de políticas financieras, fiscales, monetarias y de cambios, si el acceso pudiera afectar a los intereses del Estado como socio comercial o de alguna otra manera comprometa los planes para alcanzar cierta decisión o medida o lograr una conducta financiera, monetaria o de cambios adecuada". Artículo 24 (11) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*; asimismo, el artículo 6.II de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos* enuncia la clase de documentos cuya consulta o entrega puede dañar entre otros[...] el tipo de cambio o el crédito público[...] la recolección adecuado de los impuestos y las violaciones a leyes aduaneras. El artículo 10.2.b. de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental* señala que no se deberá divulgar información que pueda debilitar los intereses económicos y financieros del Estado. Estas restricciones abarcan también los "reporte elaborados para el desempeño de tareas estatutarias de las autoridades que supervisan los mercados financieros, así como a los operadores de seguros, así como las autoridades que se encargan del funcionamiento de los mercados financieros y los sistemas de seguros, que contengan información sobre el funcionamiento de los mercados, así como de las instituciones financieras, de seguros o de pensiones, así como de sus clientes, si el acceso pudiera perjudicar o comprometer la credibilidad o funcionamiento de los sistemas financieros o de seguros". Artículo 24 (12), así como también el (13) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Italia también se autoriza al gobierno para denegar la información que pueda poner en riesgo la política monetaria y cambiaría. Artículo 24.2.b) de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*. En España se protege la *Información relativa a la política monetaria*. Al respecto, J. F. Mestre nos recuerda que "La Ley excluye del derecho de acceso los expedientes <relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria>, que, según es conocido, corresponden formalmente al Gobierno: así resulta de lo dispuesto en la base 1.<sup>a</sup> de la Ley 2/1962, de 14 de abril (de Bases de Ordenación del Crédito y la Banca), que establece que <la autoridad en materia monetaria y de crédito corresponde al Gobierno, el cual señalará al Banco de España y a los diferentes organismos de crédito, a través del Ministerio de Hacienda, las directrices que hayan de seguirse en cada etapa, orientando, en definitiva, la política monetaria y de crédito en la forma que más convenga a los intereses del país>". MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso*[...], *op. cit.*, p. 181. A.R. Adler explica esta excepción de la FOIA de la siguiente manera: "This exemption applies to examination, operating, or condition reports prepared by, on behalf of, or for the use of an agency that is responsible for the regulation or supervision of financial institutions[...] the exemption may apply to any entity authorized to do business under federal laws regarding banks and related institutions". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...] *op. cit.*, p.

fundación o bien que le afecte su posición en el mercado, o ventajas en la búsqueda de inversión, financiación o servicios de deuda.<sup>495</sup>

La doctrina le denomina el *secreto industrial*<sup>496</sup> y con él se protegen también los documentos oficiales que se relacionan con las patentes y modelos de

---

<sup>495</sup> Artículo 24 (17) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>496</sup> El secreto oficial abarca para J. F. Mestre "[...]los relativos a las materias protegidas por el secreto comercial o industrial y los relativos a actuaciones administrativas derivadas de la política monetaria". MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso[...]*, *op. cit.*, p. 166. Sissela Bok nos dice que "Industrial espionage and counterespionage grew more common still in the nineteenth century. Companies warred over process for manufacturing steel, chemicals, machinery of every kind. In order to protect against theft or disclosure of trade secrets, and to quell worker unrest, they employed private detective agencies such as Pinkerton's. By the time of World War I, military development in many countries such as Japan and Russia depended heavily on clandestine purchase or theft of foreign technological information and scarce materials. In the second half of this century, trade secrecy and assaults upon it have come to pervade entire industries and international conglomerates. More sophisticated means are used every year; batteries of lawyers employed by the larger firms take advantage of every subtlety of law and negotiation; and undercover means of both guarding and probing business information are the most fiercely protected trade secrets of all". (p. 138). Mas adelante señala que "More open ways of protecting commercial property are often preferred if they can be counted on to do so. Copyrights, patents, and trademarks are means of protecting property and of achieving exclusivity without resort to secrecy. With a patent, a process or machine can be used openly, in principle, as treated as property for a set number of years. Many regard the patent system as a way for science and industry to avoid the drawbacks of secrecy". (p. 140). Asimismo reconoce que "Moreover, many innovative ideas do not fall into categories that are eligible for patenting or satisfy the requisite criteria of novelty, utility, and nonobviousness. Thus new methods of doing business cannot be patented, nor can costumers lists, ideas, or processes injurious to health or to the good of society. Finally, it is much less expensive to maintain trade secrecy than to seek a patent, and if there is litigation, it is more likely to succeed. About half of all lawsuits brought to defend trade secrets are decided in favor of the plaintiffs, but less than 30 percent of patent-infringement suits are decided in favor of the patent owners. As a result, companies are resorting more often to trade secrecy, even when patenting is a possibility". (p. 140). Finalmente, "Trade secrecy vis-à-vis competitors is, in its strict sense, only one aspect of corporate secrecy, though many other aspects may be brought under its umbrella for protection. In addition, corporations conceal their activities and especially their plans from many others: from shareholders who might question investmets and links to other companies; from the government, in order to avoid interference and the publicity that may surround information once it is given over into the government's hands; from consumers, in order not to lose business; and from employees about such matters as hidden dangers at the workplace, imminent relocation plans, and risks of bankruptcy". BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 147. En Francia "The *Guide de l'accès aux documents administratifs*, published by CADA[...] includes a chapter on CADA's policy on industrial and commercial secrecy, defined to encompass three kinds of information: manufacturing processes (*secrets des procédés*), economic and financial information, and commercial strategies". ERRERA, Roger. "Press Law in France[...]", *op. cit.*, p. 72

utilidad.<sup>497</sup> También, esta información protege los secretos comerciales o financieros que hayan sido entregados a la administración por personas, empresas u otras entidades –siempre que no se trate de información generada por el propio gobierno– bajo la condición o promesa de ser tratada como "privilegiada" o "confidencial".<sup>498</sup>

### C. La protección adicional del secreto

Por lo general, las democracias, para garantizar el deber de no divulgación de información clasificada o secreta en manos del Estado, tipifican como delito la publicación de dichas informaciones.<sup>499</sup> Los crímenes que se encuentran

---

<sup>497</sup> J. F. Mestre afirma que "[...] las reglas establecidas en la Ley 11/1986, de 20 de marzo, sobre régimen jurídico de las patentes de invención y modelos de utilidad, aluden a estos efectos: <Los expedientes relativos a solicitudes de patente todavía no publicadas sólo podrán ser consultadas con el consentimiento del solicitante> (art. 44.1); <después de la publicación de la solicitud de patente podrá ser consultado, previa la correspondiente petición y con sujeción a las limitaciones reglamentariamente establecidas, el expediente de la solicitud y de la patente a la que, en su caso, hubiere dado lugar> (art. 44.4)[...] Además, en los artículos 119 y ss. contiene una regulación específica de las <patentes secretas>[...]" MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 176. En Finlandia se trata de documentos "concerning the basic materials for a dissertation or other scientific study, technological or other development project, or the assessment of the same, unless it is obvious that access will not cause inconvenience to the completion of the dissertation, study or development project or their exploitation, its appropriate assessment or the person carrying out the research, nor to the person commissioning the study or development project". Artículo 24 (21) de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>498</sup> Por ejemplo, en Holanda "Companies are required to supply information to various governmental bodies. Such bodies however, are often obliged to observe secrecy. In determining whether a company has the right to keep a certain fact secret, the interests of the company concerned and the general interest have to be considered". LENTHE, Francine van; BOEREFIJN, Ineke. "Press Law in the Netherlands[...]", *op. cit.*, p. 98. A.R. Adler sobre la excepción 4 de la FOIA nos dice que: "Exemption Four is available to protect information obtained from corporations and other entities, as well as individual submitters. However, it does not apply to information generated by the government". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...]", *op. cit.*, p. 3. Mas adelante nos recuerda que: "To justify withholding records pursuant to Exemption Four, an agency must show that the information at issue is a trade secret, or commercial or financial information, which was obtained from a person and is privileged or confidential". ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in[...]", *op. cit.*, p. 3

<sup>499</sup> Sissela Bok nos dice que "Modern bureaucracies have sometimes entangled themselves in extraordinary cumbersome and self-defeating methods of safeguarding secrets thus recorded: classification of materials, screening processes for those with access to them, barriers to oversight, and retaliation for transgression". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 108. Para J. J. Díez "En parecidos términos operan los ordenamientos comparados a la hora de utilizar los mecanismos clasificatorios de esa información y de reservar esa potestad a los órganos supremos de la Administración Pública, así como en la protección del

pueden ir desde la revelación de secretos oficiales, hasta la alta traición, el espionaje y los delitos contra la seguridad del Estado.<sup>500</sup> En ese tenor M. P. Otero señala que "La revelación del contenido del secreto de Estado puede dañar el bien jurídico al que sirve y que hemos concretado en la 'seguridad exterior del Estado', que, si bien, como ya hemos apuntado, no está recogido expresamente en el art. 20 de la C. E., la consideración de la seguridad estatal como presupuesto del Estado de Derecho avalará el mantenimiento del secreto".<sup>501</sup> Además, los Estados contemplan por dicha divulgación no autorizada la posibilidad de sancionar administrativamente a los funcionarios que lo hagan.<sup>502</sup>

Por otro lado, y en aras de garantizar la no divulgación de los secretos, las democracias contemporáneas tipifican la publicación de documentos o información no autorizadas como delitos.<sup>503</sup> En principio, dichas conductas

---

secreto mediante el estatuto de la función pública y la ley penal". DíEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 148-9

<sup>500</sup> Sobre la tipificación en Suecia, Bélgica y España, Ver, respectivamente: HOLSTAD, Sigvard. "Sweden", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 42; JORION, Edmon. "Belgium", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 139; OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 38

<sup>501</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 68

<sup>502</sup> M. P. Otero señala que "Así, el incumplimiento del deber de sigillo se castiga, según el art. 7 del RD 33/1986, de 10 de enero, sobre Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado como falta grave el <no guardar el debido sigillo respecto de los asuntos que se conozcan por razón del cargo cuando causen perjuicio a la Administración o se utilicen en provecho propio>". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 38

<sup>503</sup> Por ejemplo "Austria, Sweden and the US provide the strongest protection to the press for publication of government secrets. In Austria and Sweden, journalists and editors are not subject to prosecution for publishing official secrets, unless the disclosure risked severe damage to national defence or international relations. Moreover, in Sweden, journalists cannot be compelled to reveal the source of a government leak unless disclosure risked severe damage to national defence or international relations. Moreover, in Sweden, journalists cannot be compelled to reveal the source of a government leak unless disclosure severely endangered national security; the journalist's right to refuse in turn provides considerable protection for public sector employees who 'blow the whistle' on government misconduct. In the US, the press may not be prosecuted for publishing virtually any secret

delictivas protegen el mismo bien jurídico que los delitos relacionados con el rompimiento del secreto profesional; pero con su signo distintivo que es el secreto profesional del servidor público y el secreto o deber de sigillo es sobre el material clasificado.<sup>504</sup>

---

information; the only publication that will subject the press to liability is disclosure of the names of intelligence agents, when there is a pattern of such publication and when publication is likely to impair intelligence activities". COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of[...], *op. cit.*, p. 276. En Suecia por ejemplo, "While government employees may be prosecuted for disclosing secret information in violation of the Secrecy Act, in practice they are virtually immune from prosecution for disclosures made to the press, except in limited circumstances such as where disclosure would endanger national security. This special privilege is called 'messenger freedom'. The freedom arises from the strong protection afforded to the confidentiality of journalists' sources[...] Thus, if a government employee discloses information to the press which is in breach of the Secrecy Act, neither the employee nor the responsible editor will be prosecuted so long as the information does not endanger national security or other substantial government interests". AXBERGER, Hans-Gunnar. "Freedom of the Press in Sweden[...], *op. cit.*, p. 161

<sup>504</sup> En Dinamarca por ejemplo, se incluye una disposición del secreto profesional del servidor público en la *Ley Danesa de la Administración Pública* (Ley No. 571 del 19 de diciembre de 1985 en inglés "*The Danish Public Administration Act*"). Dicha Ley hace un reenvío al Código Penal Danés en la materia. Dicho ordenamiento hace un listado no limitativo de las informaciones que no se deben divulgar ya que de lo contrario contravendría el secreto profesional. Por ejemplo, se refiere a la información relativa a: (i) la seguridad del Estado y la defensa nacional, (ii) la política exterior danesa y los intereses económicos externos del país, incluidas las relaciones con los poderes extranjeros y las instituciones internacionales, (iii) la prevención e investigación de cualquier incumplimiento de la ley, persecución de delincuentes, ejecución de sentencias y la protección de los acusados, testigos y otros en asuntos de persecución penal o disciplinaria; (iv) la implementación de actividades y medidas de supervisión, control, regulación y planeación de conformidad con las leyes fiscales; (v) la protección de los intereses financieros de la administración pública, incluidos los intereses relacionados a las actividades comerciales; (vi) los intereses de individuos y empresas privadas o sociedades que protegen información interna o de su personal, incluidas circunstancias financieras; y, (vii) el interés financiero de individuos o empresas particulares o sociedades en la protección de información relativa a equipos técnicos o procesos o negocios procedimientos o políticas operacionales. Artículo 27 (1) de la Ley No. 571 del 19 de diciembre de 1985 en inglés "*The Danish Public Administration Act*". G. Zellick nos dice al respecto "Disclosure without lawful authority of any information or document relating to security or intelligence by a member or former member of the security and intelligence services that came into his possession by virtue of his work is an offence[...]" (p. 805) Más adelante G. Zellick señala "The other category concerns recipients of information covered by the Act, whether the information has been received unlawfully or lawfully on a confidential basis, who then disclose that information, knowing or having reasonable cause to believe -- this being for the Crown to prove-- that the information is protected under the Act. Such a disclosure is an offence only if it is damaging. This section governs the media when they receive information leaked by a civil servant or someone else to whom the information was entrusted in confidence". (pág. 809). ZELICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists[...], *op. cit.* Asimismo, P. Birkinshaw nos indica que en el Reino Unido "The government plugged a loop-hole by providing in Section 6 OSA 1989 that the unlawful disclosure of information relating to security intelligence, defence or international relations which has been communicated in confidence by or on behalf of the UK to another State or IO, will be an offence if two conditions are satisfied. First, if it has come into the discloser's possession, whether originally disclosed to them or another, without the authority of the State or IO, or a

En el mejor de los casos, se penaliza la divulgación de la información exclusivamente si se produjo un daño.<sup>505</sup> Con este requisito del daño lo que se pretende es que no se penalice la divulgación de informaciones y documentos que busque ocultar delitos, ineficiencia y errores administrativos, independientemente de la responsabilidad administrativa por violar un deber de sigilio. Además de las sanciones penales a las que se pueden hacer acreedores los funcionarios públicos que revelen o divulguen información clasificada como secreto, los mismos pueden ser disciplinados administrativamente.<sup>506</sup>

---

member of the latter. Secondly, if the disclosure is not already an offence under the previous sections of the Act. Section 6 is aimed at punishing a disclosure of information which has been leaked abroad, even if already published abroad, without the authority of the State or IO to whom it was entrusted, or where the discloser otherwise has no authority". BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 27. En Finlandia "A breach of the document secrecy provision in section 22 or the provision on non-disclosure and prohibition of use in section 23 shall be punished in accordance with chapter 40, section 5 of the Penal Code, unless the act is punishable under chapter 38, section 1 or 2 of the the Penal Code or unless a more severe penalty has been provided in another Act". El Artículo 35 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*

<sup>505</sup> En el Reino Unido "A disclosure of security and intelligence information by other Crown servants or government contractors, however, is an offence only if 'damaging,' which means 'it caused damage or is likely to cause that damage. Such damage may be caused by the disclosure of the particular document, whose contents are sensitive, or because the document in question falls within a class or description whose disclosure is likely to be damaging. No offence is committed if such a defendant can prove that he did not know or have reasonable cause to believe that the disclosure would be damaging". ZELLICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists[...]", *op. cit.*, pág. 806. Por ejemplo en el Reino Unido "The test of damaging is to be found in Section 3(2). A disclosure damages, first, if it endangers the interest of the UK abroad, seriously obstructs the promotion or protection by the UK of those interests or endanger the safety of British citizens abroad, and secondly, if it is a disclosure of information which is such that its unauthorised disclosure would be likely to have any of those effects[...] If a document was stamped 'confidential', or was obtained in circumstances making it reasonable for the state or international organisation to expect confidentiality, which is readily presumed in international relationships, then it will be treated as confidential for the purposes of the OSA, even if it would not be considered confidential under our civil law as judicially developed". BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 24

<sup>506</sup> En España por ejemplo se establece que "las actividades reservadas por declaración de Ley y las 'materias clasificadas' no podrán ser comunicadas, difundidas ni publicadas, ni utilizando su contenido fuera de los límites establecidos por la Ley. El incumplimiento de esta limitación será sancionado, si procediere conforme a las Leyes penales y por vía disciplinaria, en su caso, considerándose en este último supuesto la infracción como falta muy grave". Artículo 13 de la *Ley Española de Secretos Oficiales*

Sin embargo, por la inmunidad de la que usualmente gozan los parlamentarios, por lo general, cuando los mismos divulgan información clasificada en el ejercicio de sus funciones, ello no los hace susceptibles de ser responsables penalmente.<sup>507</sup>

Finalmente, los funcionarios públicos que tengan conocimiento de la información no están obligados a ofrecer esa información frente a ningún juez. Por ejemplo en España, "La Ley de Secretos Oficiales impone a las autoridades en posesión de informaciones clasificadas un absoluto deber de discreción y, por consiguiente, este deber constituiría un límite legal a los poderes de investigación del juez. En la medida en que ello pudiera impedirle la observancia de dicho deber, el Ministro de Defensa no estaría obligado a colaborar con la judicatura. Este límite a los poderes judiciales de

---

<sup>507</sup> Sobre el tema por ejemplo en los Estados Unidos de América, Francia, Países Bajos, Noruega y Reino Unido. Respectivamente, Ver: STROSSEN, Nadine. "Press Law in the United States", en COLIVER, Sandra. (Ed.) *Press Law and [...]*, *op. cit.*, p. 208; ERRERA, Roger. "Press Law in France [...]", *op. cit.*, p. 72; ERRERA, Roger. "France: National Security, Secret-Défense, and Freedom of Expression", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty [...]*, *op. cit.*, p. 269-288; LENTHE, Francine van; BOEREFIJN, Ineke. "Press Law in the Netherlands [...]", *op. cit.*, p. 111; WOLLAND, Steingrim. "Press Law in Norway [...]", *op. cit.*, p. 126. Para un estudio sobre libertad de expresión, derecho a la información y su relación con la seguridad nacional sugerimos, Ver: GLEDITSCH, Nils Petter. "Freedom of Expression, Freedom of Information, and National Security: The Case of Norway", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty [...]*, *op. cit.*, p. 361-388. Por su lado, en el Reino Unido "The Act does not add to, or diminish, Parliamentary privilege. An MP will be protected before, though the government resisted an attempt to allow a member of the public to be given immunity in passing protected information to an MP". BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret [...]*, *op. cit.*, p. 30. Sandra Coliver nos dice al respecto que "In most countries, all statements made during a parliamentary session are absolutely privileged (that is, they cannot form the basis of an offence) and good faith reporting about statements made during public sessions are also privileged. For instance, in the UK, MPs may not even be prosecuted for intentionally disclosing secret information during public sessions, and the press may not be punished for republishing the information; however, MPs may be subject to parliamentary discipline". COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of [...]", *op. cit.*, p. 279. Para un estudio sobre libertad de expresión, disenso y seguridad nacional sugerimos Ver: LUSTGARTEN Laurence. "Freedom of Expression, Dissent, and National Security in the United Kingdom", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty [...]*, *op. cit.*, p. 457-475. Finalmente, sobre libertad de expresión y acceso a la información en los EE.UU. sugerimos Ver: HOFFMAN, Paul; MARTIN, Kate. "Safeguarding Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information:

investigación, por lo demás, encontraría una cobertura legal en el artículo 417 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que establece: 'No podrán ser obligados a declarar como testigos[...]: 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"<sup>508</sup>.

En España el secreto de Estado y el Proceso penal "En consecuencia, para que el derecho a la información quede limitado por un secreto de Estado, es necesario que sea *legal*, esto es, *que ponga en peligro la seguridad nacional*, aun cuando para evitar el peligro de este bien jurídico, hasta que lesionar otros bienes (como por ejemplo, la intimidad en una intervención telefónica o el correcto funcionamiento de la Administración Pública en el delito de cohecho al pagar a confidentes), porque prima el secreto de Estado *con elemento objetivo legal*, lo cual no significa que estos actos ilícitos e incluso penalmente típicos realizados para salvaguardar la defensa nacional estén justificados, porque el secreto de Estado no es una causa de justificación. Lo que sí estará justificado es la exención del deber de declarar en un proceso penal, a través del art. 417.2 de la LECr, que es algo radicalmente distinto"<sup>509</sup>.

---

United States of America", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty[...], *op. cit.*, p. 477-505

<sup>508</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 26. En esta misma tesitura Ver: DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 205 y ss.

<sup>509</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 96. Para conocer sobre los crímenes relativos a la divulgación de información relativa a la seguridad exterior, defensa nacional y secretos de Estado en España, recomendamos Ver: RODRÍGUEZ-VILLASANTE y Prieto, José Luis. "Protección Penal de la Información Relativa a la Defensa Nacional [Comentario a los artículos 135 bis, a), b), c) y d) del Código penal], en Revista de Derecho Público, Comentarios a la legislación penal, Tomo X La reforma de los delitos contra





## CAPÍTULO III

### LOS CONTROLES DEL SECRETO DE ESTADO

"Toda pretensión jurídica debe poseer esta posibilidad de ser publicada y la publicidad puede, por ello, suministrar un criterio *a priori* de la razón."<sup>510</sup>

#### A. El control de origen: la ley

Como se ha visto, en las democracias modernas, el secreto de Estado se regula por la ley.<sup>511</sup> Por consiguiente, el problema del secreto de Estado en una sociedad democrática reside en que, a pesar de su existencia y de su posible uso desmedido,<sup>512</sup> la legislación que lo regula garantice al mismo

<sup>510</sup> Ver Apéndice II De la armonía de la política con la moral según el concepto trascendental del Derecho Público de la obra de KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua, Ed. Tecnos, Traducción por Antonio Truyol y Serra y Joaquín Abellán, Madrid 1991, p. 61. Al respecto, Jean Touchard, nos recuerda lo que Kant dice cuando desarrolla la idea de que "la paz no es asunto de los príncipes, sino de los pueblos. La guerra es una injerencia inadmisibles en un estado independiente...reprueba el servicio obligatorio y afirma que ninguna guerra debe emprenderse sin el consentimiento de los participantes, es decir, del propio pueblo." (p. 337-8) Este autor continúa explicando los remedios que Kant impondría para evitar las guerras: "- el comercio...el desarrollo del comercio hará desaparecer las guerras, siendo el pacifismo la fase superior del capitalismo. - la moral democrática: la paz es una virtud moral, virtud de los pueblos y no de los príncipes. Los regímenes monárquicos son peligrosos para la paz. - La publicidad: el secreto de las negociaciones facilita las guerras; la política realizada a la luz pública, que resultará corriente en los regímenes democráticos, favorecerá la paz." (p. 338) TOUCHARD, Jean. Historia de las ideas políticas, Ed. Tecnos, Traducción de J. Pradera, 5a ed., 2a reimpression, Madrid 1988, p. 337-8.

<sup>511</sup> Se regula el secreto en ley a pesar de que se considera como un instrumento o una facultad en manos del Ejecutivo que de ser mal utilizado vulneraría los pilares mismos de la democracia y del Estado de Derecho. Luis María Díez-Picazo se pregunta lo anterior de la siguiente manera "[...]¿es ese deber de discreción que pesa sobre las autoridades administrativas garantes de una información reservada, así como el consiguiente límite legal a los poderes judiciales de investigación, compatible con la Constitución española y, en particular, con sus múltiples preceptos que articulan la cláusula de Estado de derecho? ¿No vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24), en cuanto derecho a usar todos los posibles elementos de prueba, el sometimiento pleno de la administración a la ley y al derecho y, por tanto, su control por los tribunales (arts. 103 y 106); el deber universal de colaborar con los jueces y tribunales (art. 118), etc.?" DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 27

<sup>512</sup> Resulta interesante como Juan Jacobo Rousseau habla de que una de formas en las que se puede disolver el gobierno consiste en aquella situación en la que el Príncipe NO admistra los asuntos públicos de conformidad con la ley. Dice Rousseau que con ello "[...]s[e] realiza un cambio notable, que consiste en que no es el gobierno, sino el Estado el que se restringe; quiero decir que el gran Estado se disuelve, y se constituye otro en su interior, compuesto solamente por miembros del gobierno, no siendo éste ya para el resto del pueblo sino su amo y su tirano. De modo que, en el pacto social se rompe, y todos los ciudadanos, al recobrar con pleno derecho su libertad natural, se ven forzados, pero no obligados a

tiempo la protección de los intereses que justifican el secreto oficial, así como el derecho a la información, el derecho al debido proceso legal y la participación de las personas en los asuntos públicos del Estado. Además, para que el secreto no sea empleado para esconder abusos de los gobernantes, es necesario que se cuente con alguno o algunos de los medios de control que más adelante se detallan.<sup>513</sup>

La técnica legislativa del secreto de Estado debe de buscar que el secreto no contribuya a la irracionalidad en el ejercicio del poder, ni al encubrimiento de la corrupción ni mucho menos a la protección de los abusos, ya que en definitiva, como Sissela Bok nos recuerda, el uso del secreto "le da más poder a quienes lo usan", ya que les ofrece la oportunidad de no responder frente a nadie de sus actos.<sup>514</sup> J. F. Mestre, en ese mismo sentido, nos dice que "[...]el problema se torna, en buena medida, en el control de las decisiones públicas que clasifican como secretas las actuaciones, documentos, informaciones o datos. No es desconocido cómo a tenor de esta habitación pueden producirse excesos; por ello debe plantearse la cuestión de cómo establecer un régimen de control de estas decisiones

---

obedecer". ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato Social, traducción y estudio preliminar y adaptación al castellano por Maria José Villaverde, Ed. Altaya, Barcelona 1993, p. 86

<sup>513</sup> Como mencionamos, ello permitiría que sea más difícil utilizar el secreto como escudo para la impunidad y corrupción. Al respecto, Sissela Bok se pregunta: "¿Is secrecy corrupting when it permits the unchecked exercise of power?" BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. xv. Por su lado, Javier de Lucas considera que "[...]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". DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...]", *op. cit.*, p. 52-3.

<sup>514</sup> Sissela Bok ve con preocupación el ejercicio del poder sin controles. En sus palabras: "For all individuals secrecy carries some risk of corruption and of irrationality; if they dispose of greater than ordinary power over others, and if this power is exercised in secret, with no accountability to those whom it affects, the invitation to abuse is great". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 106

administrativas, en las que el propio objeto ha sido declarado secreto".<sup>515</sup> Por su lado, B. Stulberg considera que es necesaria la existencia de un control judicial de los secretos de Estado a pesar de que exista la posibilidad de que se expongan informaciones relativas a los asuntos militares; ya que, cada vez que es le otorga un "*cheque en blanco* al Ejecutivo, éste se deja llevar por la tentación de sobregirarse".<sup>516</sup>

Para Javier de Lucas, el secreto de Estado puede ser considerado como legítimo, en una democracia, si satisface cierto número de requisitos. El primero de ellos es precisamente que su existencia pretenda proteger intereses supremos reflejados en la Constitución (como lo puede ser la existencia misma del orden constitucional). A partir de ahí, considera que el secreto debe de estar regulado por una ley, la cual debe contener una serie de disposiciones como que (i) la misma solamente pueda ser utilizada de manera *no permanente* o *excepcional* o *provisional*, (ii) permita la clasificación de un número limitado de informaciones o documentos, claramente definidos "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", (iii) se permita el ocultamiento de la información por un periodo de tiempo también limitado, y (iv) regule el número y características de las personas que podrán emplear dicho privilegio.<sup>517</sup>

---

<sup>515</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 151

<sup>516</sup> STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...], *op. cit.*, p. 465

<sup>517</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 53. Así lo consideran también otros autores como Ma. del Pilar Otero quien señala que "Lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que estos escapen a la ley, esto es, que el poder tenga ámbitos en los que no sea responsable. Así, la clave de la existencia de control es la idea de responsabilidad pública, que tiene diferentes dimensiones: la moral, la política y la

Como se ha mencionado, el primer control del secreto de Estado lo encontramos en la existencia misma de una ley que lo regule, limite o acote, además las leyes deben de respetar los propios preceptos constitucionales como el derecho a la información (en aquellas democracias que lo hayan reconocido expresamente o como producto de interpretaciones de sus órganos judiciales), la tutela judicial efectiva, entre otros derechos.

Los controles del poder en el Estado democrático parten de la necesidad de que cualquier acto de autoridad debe de estar fundamentado en ley. Ley entendida tanto en su ámbito formal como material.<sup>518</sup> En este sentido, no puede simplemente tratarse de una ley que satisfaga los requisitos formales de su creación por medio de los parlamentos democráticamente electos,<sup>519</sup> sino que debe de versar sobre materias que se ajusten a los propios límites

---

jurídica. En definitiva, una responsabilidad reglada como *conditio sine qua non* para la democracia. En otras palabras lo imprescindible es que el recurso al secreto en la democracia sea una actividad reglada, sometida a las notas de excepcionalidad y provisionalidad y exija para ello especiales garantías". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 71. Luis María Díez Picazo también considera que el secreto debe ser una medida excepcional por vulnerar ciertos derechos. DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 44

<sup>518</sup> J. J. Sánchez señala que "Más bien lo contrario, esto es, <extensión e intensificación> a través del afinamiento de las técnicas de control, en un sistema de legalidad que reafirma el <gobierno de la Ley>. Esta es la que expresa <la formulación de la voluntad general> instrumentada por la representación política <con sus notas de superioridad e irresistibilidad>. Los <demás actos del Estado son un *quid aliud* respecto de la Ley, no sólo porque no valen lo que ella (no son expresión de la voluntad general), sino porque resulta que están subordinados a ella, de la que se presentan como ejecución, precisamente>". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 52

<sup>519</sup> De ser así se vulnerarían los pilares y fines del Estado. J. J. Díez no recuerda que "Es cierto que el sistema democrático traspasa cualitativamente el estricto marco del modelo antecedente, pero no únicamente por la designación democrática de sus gobernantes, ya que podemos reparar que en él a cada ciudadano se le atribuye además de un derecho frente al poder, el derecho de contribuir a legitimar el poder, y aún se le protege una determinada posición en el Estado". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 52

constitucionales establecidos, y velar porque no se limiten derechos fundamentales de manera innecesaria.<sup>520</sup>

Las leyes que regulan los secretos de Estado, sean leyes de acceso a la información o de secretos de Estado u oficiales, tienen como objetivo, y a su vez dan como resultado, el limitar la materia objeto del secreto, así como también establecer las características que deben de satisfacer las informaciones y documentos que pueden ser clasificadas como tales, determinar las personas facultadas para clasificar la información, definir la temporalidad en la que la misma puede mantenerse fuera del conocimiento público, plasmar los mecanismos mediante los cuales se puede controlar ese privilegio de los poderes del Estado, entre otros.

Así como hemos esbozado anteriormente, las legislaciones que garantizan la existencia de los secretos oficiales pueden ser de varios tipos, dependiendo de que parte del proceso de la configuración del secreto regulan. Para Bruce Fein el secreto se puede proteger a partir de cinco clases de normas que regulan: (i) el derecho de acceso a la información de las personas o la prensa, (ii) los derechos de los acusados en materia penal, (iii) los derechos de los litigantes en juicios civiles, (iv) los derechos de los empleados oficiales o gubernamentales, y (v) los derechos del Congreso de acceder a toda la información producida por el ejecutivo.<sup>521</sup>

---

<sup>520</sup> Sissela Bok considera que "A measure for control over secrecy and openness -and thus of one form of power- is needed in personal life for equilibrium, liberty, even survival. Both secrecy and power are capable of lightening as well as of increasing the burden of the shared predicament". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 106

<sup>521</sup> FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 819

La democracia, por tanto, para ser considerada como tal, debe de contar con un medio de control independiente que permita al interesado intentar conseguir la información que fue sustraída del principio general de publicidad.<sup>522</sup>

El secreto aparece una vez que se busca acceder a cierta información que está protegida. La operatividad del secreto se manifiesta cuando una persona pretender accesar a la información a través del ejercicio de un derecho de acceso a la información directamente frente a la autoridad. Es decir, cualquier persona que solicite algún tipo de documento o archivo lo hace ante la agencia o dependencia que esté en posesión del mismo. Dependiendo del país, pero por lo general, a la persona se le ofrece la oportunidad de consultar *in situ* el documento o bien obtener copia del mismo. Otras veces la autoridad simplemente permite el acceso a las instalaciones y en ocasiones la administración facilita y proporciona la infraestructura y el equipo técnico suficiente para revisar los materiales solicitados, por ejemplo, cuando se trata de cintas o disco de audio o video.<sup>523</sup> En el caso en el que la información le sea negada por tratarse de un secreto de Estado, es hasta entonces, el momento en el que se faculta a las personas para activar los mecanismos de control. Con la negativa se abre el abanico de posibilidades para buscar el

---

<sup>522</sup> Para el juez australiano M. Kirby la falta de controles independientes a la misma autoridad que niega el documento o la información sería uno de los "siete pecados capitales" de la regulación de los secretos oficiales. En sus palabras "A fifth deadly sin to watch is the threat of undermining the essential access to an independent decision-maker who can stand up to government and require that sensitive information be provided. If an applicant is discontented with an initial departmental response in Australia, at the federal level (with parallel arrangements in most states), access can be had to the Ombudsman or an independent quasi-judicial tribunal". KIRBY, (Justice) Michael. "Opinion: Freedom of [...], *op. cit.*, p. 252

<sup>523</sup> Sobre un procedimiento para obtener información recomendamos Ver: Ministerio Sueco de Justicia, REGERINGKANSLIET. Public Access to[...], *op. cit.*, p. 14. También sugerimos, Ver: COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's[...], *op. cit.*

conocimiento de los contenidos de la información oculta bajo el privilegio del secreto. Por lo general, las personas interesadas en cierta información o documentación clasificada como secreta deberán solicitarla, en primer lugar, a la autoridad que la tiene en su poder.<sup>524</sup> En caso de negativa, decíamos, se ofrece la oportunidad de la apelación ante el superior jerárquico de quien niega la información,<sup>525</sup> y si ésta se corrobora, en las democracias en las que existe, se podrán emplear los controles relacionados con organismos públicos, creados ex profeso para intervenir entre el ciudadano y la administración para buscar el acceso a la información o los creados para la protección de los Derechos Humanos, o en su defecto el recurso contencioso administrativo. Sin embargo, en algunos otros países se exige que, como requisito obligatorio para la apelación del acto de autoridad que niegue el

---

<sup>524</sup> Así lo exige el artículo 14 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. Asimismo, el artículo 6 de la *Ley Holandesa de Acceso del Público a la Información Gubernamental* que señala que "la autoridad administrativa decidirá sobre la entrega de la información a la brevedad posible, pero en ningún caso excederá de dos semanas contadas a partir de la fecha de recepción de la solicitud". (Traducción nuestra)

<sup>525</sup> Por ejemplo, en Finlandia "The decision of an authority shall be subject to appeal, as provided in the Act on Administrative Judicial Procedure (585/1996), unless otherwise provided in paragraph (2). A decision of an authority other than those listed in section 7 of the Act on Administrative Judicial Procedure shall be appealed before the Supreme Administrative Judicial Procedure shall be appealed before the Supreme Administrative Court. However, an appeal against the decision of a local or regional authority and a decision of a institution, corporation, foundation or private individual exercising public authority, as referred to in section 4(1) (8) and 4(2), shall be lodged with the Administrative Court which has jurisdiction under section 12 of the Act on Administrative Judicial Procedure". Artículo 33 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa*. En Irlanda se establece que "(2) Subject to the provisions of this section, the head of the public body concerned, on application to him or her in that behalf, in writing or in such other form as may be determined, by a relevant person- (a) may review a decision to which this section applies, and (b) following the review, may, as he or she considers appropriate- (i) affirm or vary the decision, or (ii) annul the decision and, if appropriate, make such decision in relation to the matter as he or she considers proper". Artículo 14 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. También en Noruega "The person who made the request may appeal the refusal to the administrative agency which is immediately superior to the administrative agency which has made the decision[...]" Artículo 9 párrafo 3 de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*





acceso al documento o información,<sup>526</sup> se busque la participación "mediadora" de un comisionado, comisión o comité de acceso a los documentos o a la información, como más adelante veremos.<sup>527</sup>

Las diferencias entre los distintos tipos de control se deberán a la misma estructura del gobierno. Por ejemplo, P. Birkinshaw nos recuerda como Canadá y el Reino Unido cuentan con un sistema similar para resolver los conflictos que se suscitan entre la necesidad de las personas de acceder a la información y la necesidad del gobierno de protegerla en el secreto. Se trata de un sistema que conjuga al poder judicial y los organismos públicos creados para mediar entre el ciudadano y la administración. Por otro lado, vemos el sistema –continúa la descripción de los modelos según P. Birkinshaw– de los EE.UU. en el que participan fuertemente el Poder Judicial y el Congreso.<sup>528</sup>

---

<sup>526</sup> Por ejemplo en Francia el artículo 5 de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos* señala que "[l]a presentación de un caso al Comité para su recomendación es requisito obligatorio para poder presentar la apelación a un tribunal administrativo". (Traducción nuestra)

<sup>527</sup> En el apartado B.1. de este Capítulo III se incluye una explicación sobre la naturaleza, composición, funciones y poderes de esta clase de organismos públicos.

<sup>528</sup> BIRKINSHAW, Patrick. *Reforming the Secret[...]*, *op. cit.*, p. 54. Por ejemplo, en los países escandinavos "Regarding documents which may be kept secret, all four Scandinavian countries follow the basic principle of spelling out specific types of exempt documents or information, and the public has a right of access to all others. This right is enforceable through an appeal to the courts or an Ombudsman (or in Finland and Sweden to the Chancellor of Justice). Although the specification of documents which may be kept secret is much more limited in Sweden, in all four countries the general areas of secrecy are basically the same: foreign affairs and national security, the prevention and prosecution of crime, the invasion of personal privacy, internal working papers, and some government and business economic matters". ROWAT, Donald C. "Comparative Survey", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 4. Al respecto Michael James nos dice "Every law allowing for access to government records contains exemptions to the general rule of disclosure on request, and nearly every such law has an independent arbiter to decide whether particular records are exempt from a request for disclosure. If a statute allows the government to decide whether or not a requested government record is exempt from disclosure, it is difficult to describe it as providing for the right of access to government records. All or the statutes include a role for the courts, though most also provide for preliminary (or simultaneous, in the case of Sweden) reference to a commissioner (Canada), ombudsman (Sweden) or commission (France). The name of the

Los controles, por tanto, atienden también a consideraciones relacionadas con la separación de poderes; es decir, al modelo de sistema de pesos y contrapesos que cada ordenamiento constitucional establezca. Por ejemplo, y como mencionamos antes, en los EE.UU. "[g]uidados por la separación de poderes, tanto el congreso como el poder judicial, reconocen la legitimidad de dicho privilegio del Ejecutivo, y por lo general han rechazado limitar tanto el espíritu como el alcance de las decisiones clasificatorias de aquél. En efecto, el Congreso ha incluido como excepción al derecho a la información en la Ley de Libertad de Información (FOIA) la información '*clasificada adecuadamente*' y ha instruido a los tribunales involucrados en solicitudes de información a través de la FOIA de reconocer como legítimos los alegatos de parte del Ejecutivo sobre la clasificación. De manera similar el poder judicial ha señalado, de tiempo atrás que 'no tiene ni la aptitud, ni la capacidad, ni la responsabilidad' para indagar en la administración de las relaciones exteriores a cargo del Ejecutivo".<sup>529</sup>

## **B. El control de los organismos públicos**

### **1. Los organismos públicos de acceso a la información**

#### **a) Naturaleza y Composición**

Algunas democracias contemporáneas han creado organismos públicos para promover y facilitar el acceso a la información a las personas, por un lado y, al mismo tiempo, controlar el uso y abuso por parte de quienes están

---

office is less important than is its independence from the government, and the binding nature of its decisions. The requirement that a government be subject to the law as it is interpreted by someone outside government, has been particularly resisted in many countries when applied to the issue of government information". MICHAEL, James. "Freedom of Official[...], *op. cit.*, p. 17

<sup>529</sup> (Traducción nuestra). NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...], *op. cit.*, p. 906

capacitados para clasificarla como secreta. Encontramos que dichos organismos responden a nombres distintos, tales como comisionados, consejos, comisiones o comités de la información. Su nombre atiende, por lo general, al número de personas que lo componen, mas no a una distinción que responda a su naturaleza, sea legal, administrativa o parlamentaria.

Como mencionamos, la oficina del comisionado o las comisiones, a veces, tienen su fundamento jurídico en legislación aprobada por parlamentos como por ejemplo la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos francesa.<sup>530</sup> En otras ocasiones, las comisiones o comités se crean por el Ejecutivo y dependen de él mismo, como sucede en los EE.UU. con la Interagency Security Classification Appeals Panel.<sup>531</sup> En otros casos se crean como comisiones parlamentarias, tales como el Comité de Acceso a los Documentos Administrativos Portugués, que se instaura como una entidad

---

<sup>530</sup> En Francia, por ejemplo, la Ley de 17 de julio de 1978 crea a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos (CADA) como un "[...]órgano administrativo que no depende jerárquicamente de ningún otro; en su artículo 5 alude, en efecto, a que esta Comisión está encargada de velar por el respeto de la libertad de acceso a los documentos administrativos en las condiciones previstas en la propia Ley, y concretamente emitiendo un *avis* cuando es requerida por una persona que encuentre dificultades para obtener la comunicación de un documento administrativo, aconsejándose por las autoridades competentes sobre toda cuestión relativa a la aplicación del propio título de la Ley, y proponiendo todas las modificaciones útiles de los textos legislativos o reglamentarios relativos a la comunicación de los documentos administrativos". MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 205. La CADA se considera como una instancia consultiva e independiente, que tiene por función auxiliar a las personas para obtener documentos administrativos que hayan sido negados. Sus decisiones son recomendaciones ya que representa un papel de mediador entre la administración y sus interlocutores. Tomado de la página <http://www.cada.fr/fr/fr/presentation/center.htm> (consultada el 19 de marzo de 2002)

<sup>531</sup> En los EUA por ejemplo "The Clinton order also creates a mechanism called 'mandatory classification review,' which is separate from the FOIA, and establishes and Interagency Security Classification Appeals Panel (ISCAP) to review denials of requests for declassification. While declassification continues at a snail's pace, the ISCAP in its first year released thousands of pages of documents withheld by federal agencies, including some from the CIA". DEMPSEY, James X. "The CIA and[...]", *op. cit.*, p. 51. Al respecto, Ver: sección 5.4. de la *Executive Order 12958* que regula la creación y funcionamiento del *Interagency Security Classification Appeals Panel*.

independiente, con servicios de soporte técnicos y administrativos propios, pero dependiente (*attached to*) de la Asamblea de la República.<sup>532</sup>

La composición de dichos órganos es a su vez variada. Cuando se trata de comisionados, el cargo se encuentra en manos de una sola persona que por lo general se auxilia de comisionados adjuntos,<sup>533</sup> así como todo el personal que requiera para el desempeño de sus funciones.<sup>534</sup>

Por su parte, los comités o comisiones pueden tener una composición distinta. Por ejemplo, en Francia la *Comission d'accès aux documents administratifs* se compone de (a) un miembro del Consejo de Estado, (b) un magistrado de la Corte de Casación, (c) un magistrado del Tribunal de Cuentas, (d) un diputado y un senador, (e) un representante del Primer Ministro, (f) un miembro del Consejo General o de un Consejo Municipal, (g) un profesor de enseñanza superior, (h) el director general del Archivo de Francia ("*Archives de France*"), (i) el director de la Documentación Francesa ("*directeur de la Documentation française*").<sup>535</sup>

---

<sup>532</sup> Artículo 19.1 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*. Al respecto J. J. Díez nos dice que "A la Asamblea de la República se le otorga en los términos de la Constitución y de su Reglamento, la fiscalización del régimen del secreto de Estado. Junto a ésta, se crea un órgano independiente, <la Comisión de Fiscalización>, compuesta por un juez de lo contencioso y dos diputados, con la finalidad de velar por el cumplimiento de las disposiciones de la Ley, y de resolver las quejas que se dirijan sobre su aplicación. Esta Comisión tiene la facultad de emitir previo parecer sobre la interposición de cualquier recurso contencioso contra actos que impidan el acceso a estos documentos". DÍEZ Sánchez, Juan José. *Razones de Estado[...]*, *op. cit.*, p. 169

<sup>533</sup> Artículo 56(1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*; artículo 33 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>534</sup> Artículo 58 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>535</sup> Artículo 1 del Decreto N° 78-1136 del 6 de diciembre de 1978 *relativo a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, publicado en el Diario Oficial del 7 de diciembre de 1978.*

En Italia el Comité de Acceso a los Documentos Administrativos se integra por dieciséis miembros: dos senadores, dos diputados, cuatro funcionarios públicos, cuatro académicos de reconocido prestigio en disciplinas afines al derecho administrativo y cuatro otros directivos de órganos del Estado.<sup>536</sup>

En Portugal, el Comité se compone de (i) un juez de la Suprema Corte Administrativa; (ii) dos miembros de la Asamblea de la República; (iii) un profesor de derecho; (iv) dos personas de alto reconocimiento; (v) un representante de cada una de las regiones autónomas; (vi) un representante de las municipalidades portuguesas; (vii) un abogado; (viii) un miembro del Comité Nacional para la Protección de Información Personal Computarizada.<sup>537</sup>

#### **b) Nombramiento y duración del cargo**

El nombramiento de los comisionados o de los miembros de las comisiones o comités según sea el caso, también es variado. En algunos casos, participan en el nombramiento los tres poderes. En otras ocasiones, se designan por el Ejecutivo y Legislativo, y en otros solamente por alguno de ellos.

Por ejemplo, en Canadá se nombra al Comisionado de la Información por resolución del Senado y de la Cámara de Diputados (*House of Commons*), y se exige el refrendo por el Gobernador en Consejo (*Governor in Council*).<sup>538</sup>

---

<sup>536</sup> Artículo 27.2 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*

<sup>537</sup> Artículo 19.1 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*. Sobre dicho comité, Ver: OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 112

<sup>538</sup> Artículo 54 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

En Irlanda la designación del Comisionado se hace por el Presidente con el Consejo del Gobierno seguida de la recomendación de las cámaras del Parlamento.<sup>539</sup>

En Francia en el nombramiento de los miembros de la CADA, participan tanto el Senado como la Asamblea Nacional, cuando se trata del nombramiento por decreto; no siendo así cuando se trata de designaciones directas por los presidentes de dichos órganos legislativos, así como por el Primer Ministro. Otros participan como miembros *ex officio*, en concreto los directores de los Archivos de Francia y de la Documentación Francesa.<sup>540</sup>

En Italia, el nombramiento de los integrantes del Comité es por decreto presidencial, por la propuesta del Primer Ministro y después de haber consultado al Consejo de Ministros.<sup>541</sup>

En Portugal, participan en el nombramiento de los integrantes del Comité (i) el Consejo Supremo de los Tribunales Administrativos y Fiscales, (ii) el partido político mayoritario que apoye al gobierno, y el grupo parlamentario más grande en la oposición, (iii) el Presidente de la Asamblea de la República, (iv) el Gobierno, (v) los Gobiernos de las Regiones Autónomas, (vi) la Asociación Nacional de Municipalidades Portuguesas, (vii) la

---

<sup>539</sup> Artículo 33 (3) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>540</sup> Ver: Artículo 1 incisos a) - g) del Decreto N° 78-1136 del 6 de diciembre de 1978 *relativo a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, publicado en el Diario Oficial del 7 de diciembre de 1978*

<sup>541</sup> Artículo 27.2 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*

Asociación de Abogados, y (viii) el Comité Nacional para la Protección de Información Personal Computarizada.<sup>542</sup>

Por otro lado, la duración del cargo de comisionado o de miembro de la comisión varía dependiendo del país y dependerá también de si el cargo es por designación directa por algún órgano del Estado (excluimos por supuesto a aquéllos que son de designación *ex officio*).

En Portugal, el cargo de miembro del Comité dura dos años renovables,<sup>543</sup> mientras que en Francia y en Italia ser miembro de la Comisión o Comité es por un periodo de tres años.<sup>544</sup> Vale la pena aclarar que, mientras en Francia el nombramiento es renovable por un nuevo periodo de tres años, en Italia la totalidad de los miembros del Comité deben ser reemplazados cada tres años. La duración del cargo de Comisionado de la Información en Canadá es de 7 años, puede ser removido por decisión de quienes lo designaron,<sup>545</sup> y puede ser reelecto por otro periodo que no exceda 7 años.<sup>546</sup> En Irlanda la duración del cargo es de 6 años y puede ser reelecto por periodos similares de manera ilimitada.<sup>547</sup>

---

<sup>542</sup> Artículo 19.1 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*

<sup>543</sup> Artículo 19.3 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*

<sup>544</sup> Artículo 1 incisos a) - g) del Decreto N° 78-1136 del 6 de diciembre de 1978 *relativo a la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos, publicado en el Diario Oficial del 7 de diciembre de 1978*. Artículo 27.3 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*.

<sup>545</sup> Artículo 54 (2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>546</sup> Artículo 54(3) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>547</sup> La legislación señala que "may be re-appointed to the office for a second or subsequent term". Artículo 1 del Anexo Segundo (Second Schedule *The Information Commissioner*) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

Por lo general, el comisionado de la información o miembro de alguna comisión solo puede desempeñar las funciones exclusivas de su encargo, lo cual le impide contar con otro trabajo remunerado.<sup>548</sup> En Irlanda, por ejemplo, los cargos de Comisionado de la Información y de Ombudsman no son excluyentes, es decir, la misma persona puede desempeñar ambos oficios públicos.<sup>549</sup>

### **c) Funcionamiento**

El funcionamiento del procedimiento para obtener determinada información que se encuentra en manos de la administración pública se activa precisamente a partir de la negativa de entrega de información o de su entrega limitada. Con dicho acto de autoridad se abre el plazo para poder presentar una queja ante el organismo (comisionado, comité, comisión).

Una vez presentada la queja, el organismo contará con un plazo para resolver el asunto y seguirá un determinado procedimiento. Por ejemplo, en Canadá, la persona a quien se le haya rechazado una solicitud de acceso a la información, en todo o en parte, podrá presentar una queja ante el Comisionado de la Información. Se establece como requisito que se presente por escrito y dentro del año contado a partir de la notificación de la resolución denegatoria del acceso.<sup>550</sup> Además, el Comisionado cuenta con facultades para iniciar investigaciones *motu proprio* cuando considere que existen

---

<sup>548</sup> Artículo 55 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>549</sup> Artículo 33 (4) (b) y (5) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>550</sup> Ver: artículo 30(1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Para procedimiento en Irlanda, Ver: artículo 34 (3)-(15) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*



fundamentos suficientes para hacerlo.<sup>551</sup> El procedimiento de la investigación consiste en lo siguiente: después de recibida la queja, lo primero que hace el Comisionado de la Información es notificar al titular del ramo de la institución de su intención de llevar a cabo una investigación sobre un asunto definido. Si la autoridad mantiene su posición de no-divulgación, se iniciara la investigación que deberá conducirse en privado.<sup>552</sup>

En Irlanda, el Comisionado de la Información podrá revisar una decisión denegatoria de información y podrá ratificarla, modificarla o anularla.<sup>553</sup>

En Italia, el Comité establece sus reglas de procedimiento y plazos a los cuales se deberán someter todos los órganos de la administración por mandato de la propia *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*.<sup>554</sup>

En Portugal, las quejas se deben de presentar al Comité de Acceso a los Documentos Administrativos a los 10 días contados a partir de la notificación de la decisión denegatoria de la autoridad, o bien a partir de cumplidos los 35 días contados a partir de la solicitud de la información.<sup>555</sup> El Comité cuenta con 30 días para emitir su decisión final sobre el asunto.<sup>556</sup>

---

<sup>551</sup> El artículo 30(3) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense* establece que "Where the Information Commissioner is satisfied that there are reasonable grounds to investigate a matter relating to requesting or obtaining access to records under this Act, the Commissioner may initiate a complaint in respect thereof".

<sup>552</sup> Artículos 33 a 35 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>553</sup> Artículo 34 (2) (a), (b) (i) y (ii) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>554</sup> Artículo 27.6 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*

<sup>555</sup> Artículo 16.1 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*

<sup>556</sup> Artículo 16.2. de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*

En Francia, "[...]cuando una Administración deniega expresa o presuntamente una petición de acceso a una determinada información, el 'interesado' puede dirigirse a la Comisión, en un plazo de dos meses, contados a partir de la denegación expresa o del transcurso del mes sin resolución expresa, que permite entender desestimada presuntamente la petición, para iniciar las actuaciones ante la misma".<sup>557</sup> El procedimiento consiste en "[...]una primera fase de admisión (registro del recurso, acuse de recibo del mismo que se notifica al interesado), una segunda de instrucción en sentido estricto (en la que se requiere a la Administración respectiva para que remita a la Comisión los documentos cuyo conocimiento se pretende, con las observaciones que estime oportunas, así como se realizan las actividades complementarias precisas). En tercer lugar, se produce la fase de 'decisión' de la Comisión (reunión de la CADA, secreta por cierto, a la que puede asistir, si es invitado, un representante de la Administración afectada para exponer sus observaciones), en la que debe producir su *avis* [en un plazo máximo de un mes desde que se formula el recurso[...]] Este *avis* se notifica a la Administración afectada, que tiene la obligación de informar a la Comisión del curso que ha dado al asunto en un plazo de un mes, desde la recepción del *avis*".<sup>558</sup>

#### **d) Poderes**

Además, para el desempeño de su mandato el organismo cuenta con un catálogo de poderes. Por ejemplo, en Canadá, el comisionado tiene poderes para: (i) hacer comparecer a cualquier persona ante sí para declarar

---

<sup>557</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 206

<sup>558</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 207

oralmente o por escrito bajo juramento, de la misma manera y con el mismo alcance que como lo haría un tribunal superior; (ii) recibir juramentos; (iii) recibir y aceptar pruebas y otra información, sea en juramento, por *afidávit* o de cualquier otra manera que considere apropiada; (iv) ingresar a cualquier instalación a cargo de cualquier institución gubernamental siempre que se satisfagan los requisitos de seguridad de la instalación; (iv) para conversar en privado con cualquier persona en cualquier instalación, así como llevar a cabo interrogatorios que considere apropiados; (v) examinar y obtener copias de los extractos de libros u otros registros encontrados en cualquier instalación a la que haya ingresado.<sup>559</sup> Además, el Comisionado podrá examinar cualquier documento o archivo que se encuentre bajo el control del gobierno y ninguno podrá serle negado bajo ningún supuesto.<sup>560</sup> Los documentos solicitados por el Comisionado se le deberán de entregar en un plazo de diez días, y además cuenta con la facultad de solicitar la reelaboración del documento de conformidad con la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*.<sup>561</sup> Si la autoridad a la que se le solicita la información no la libera o no informa al Comisionado que se dará acceso a la información, el Comisionado deberá notificar al solicitante o reclamante de la información que tiene el derecho a la revisión judicial del asunto bajo investigación.<sup>562</sup> El comisionado puede divulgar información al Procurador o Fiscal General de Canadá (Attorney General of Canadá) que se relacione con

---

<sup>559</sup> Artículo 36 (1) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>560</sup> Artículo 36 (2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*; Artículo 37 (*Powers of Commissioner*) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>561</sup> Artículo 36 (5) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>562</sup> Artículo 37 (5) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

la perpetración de un crimen por parte de un oficial o empleado gubernamental.<sup>563</sup>

En Portugal el Comité cuenta con poderes para dictar (i) su reglamento interior, (ii) examinar cualquier queja que se le presente, (iii) dar una opinión sobre el acceso a documentos personales, (iv) decidir sobre el sistema de clasificación de documentos, (v) dar opiniones sobre la implementación de la ley.<sup>564</sup> Sin embargo, sus poderes en realidad se encuentran sumamente limitados ya que la obligación que tienen los miembros de la administración pública respecto del Comité es de cooperar exclusivamente.<sup>565</sup>

En Francia, la Comisión de Acceso a los Documentos Administrativos tiene la facultad de emitir recomendaciones cuando se le presenta una queja de una persona que haya tenido problemas al tratar de acceder a cierto documento administrativo o para consultar ciertos archivos públicos.<sup>566</sup> A diferencia del Comisionado de la Información Canadiense "[...]la CADA no dispone de ningún poder inquisitorial que le permita apreciar por si misma el carácter público o confidencial de un documento. Sus potestades no le permiten comunicar al interesado directamente el documento, en caso de que estime

---

<sup>563</sup> Artículo 63 (2) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>564</sup> Artículo 20.1. a) - e) de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*

<sup>565</sup> El artículo 21 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* señala "It shall be the duty of the members of the staff of the public administration to co-operate with the CADA; otherwise, their disciplinary liability shall be engaged".

<sup>566</sup> Ver: Artículo 5 de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos*

que la denegación no está justificada. Esta facultad sólo pertenece a la Administración".<sup>567</sup>

En Italia todos los órganos de la administración están obligados a entregar al Comité todos los documentos e informaciones que se les solicite salvo aquéllos que estén clasificados como secretos.<sup>568</sup>

En el Reino Unido, el Comisionado de la Información tiene poderes para decidir si la autoridad incumplió en su obligación de suministrarle la información solicitada al peticionario o bien en haber proporcionado la información cuando debió haberla conservada por poner en riesgo alguno de los bienes jurídicos protegidos por la ley. Su decisión puede incluso llegar a establecer los pasos que debe de tomar la autoridad para cumplir con la misma.<sup>569</sup>

Dichos organismos públicos, por lo general, tienen que preparar informes anuales, que harán públicos<sup>570</sup> y que en ocasiones también deberán presentar a los parlamentos ante los cuales rinden cuentas de sus actuaciones.<sup>571</sup>

---

<sup>567</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. *El Derecho de acceso[...]*, op. cit., p. 208

<sup>568</sup> Artículo 27.6 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*

<sup>569</sup> Ver: Parte IV (**ENFORCEMENT**), en particular el Artículo 50 (**Application for decision by Commissioner**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*.

<sup>570</sup> Ver: Artículo 5 de la *Ley Francesa sobre Acceso a los Documentos Administrativos*; y, Artículo 40 (1) (a) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>571</sup> Artículo 38 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*; artículo 27.5 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*; artículo 40 (1) (c) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Artículo 20.1.f) de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa*; artículo 49 (**Reports to be laid before Parliament**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

## 2. Los organismos públicos de protección de Derechos Humanos

En otros países, el acceso a la documentación o información puede hacerse por medio de los Ombudsman, defensores del pueblo o comisionados de Derechos Humanos. Por ejemplo, en Noruega el Ombudsman ha resuelto casos relacionados con la aplicación de la *Ley Noruega de Acceso a la Información*.<sup>572</sup>

Para D. Rowat la figura del Ombudsman como garante del acceso a la información es la forma más adecuada para garantizarlo, ya que por lo general cuentan con amplios poderes para acceder a la documentación en manos de la administración pública. Ello, sin embargo, estará sujeto a las regulaciones concretas de cada ordenamiento jurídico nacional, ya que esas amplias facultades dependerán de la naturaleza del propio Ombudsman.<sup>573</sup>

Por ejemplo, en España también puede utilizarse el mecanismo de control del secreto mediante el Defensor del Pueblo quien tiene un mandato amplio para

---

<sup>572</sup> Arvid Frihagen en un estudio sobre el secreto administrativo en Noruega nos dice: "The Ombudsman has had a number of cases arising from the Act –not only individual ones, but also regarding how the general principles of the Act are to be applied and how practical problems should be solved on a more general basis. By the end of 1973 he had received some fifteen specific complaints alleging violations of the Act. Somewhat more than half the complaints were held by the Ombudsman to be warranted. All requests from the Ombudsman for changes in the application of the Act or to amend a refusal of access to specific documents have been followed by the administrative body in question. There have also been some questions in Parliament regarding the application of the Act –a few of which resulted in criticism of the government for not complying with the Act". FRIHAGEN, Arvid. "Norway", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 123

<sup>573</sup> En palabras de D. Rowat "It is partly for this reason that I have been a strong advocate of the Ombudsman plan. One of the great values of an Ombudsman is that, as an official of parliament, he acts as an agent for the citizen in getting at information on a particular case. The citizen may complain about his treatment by officials to the Ombudsman, who then has the legal power to investigate and find out what went on behind the wall of administrative secrecy. However, the limited access to documents provided by an Ombudsman is not enough. The former Swedish parliamentary Ombudsman for civil affairs, Mr Alfred Bexelius, has said, 'I have always maintained that free access to official documents is of far more importance for the legal security of citizens than is the office of Ombudsman'. ROWAT, Donald C. "Comparative Survey", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 21

vigilar el funcionamiento de la administración. J. F. Mestre al respecto señala que "[...]la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, [...]le encomienda la competencia para supervisar la actividad de la Administración (art. 1). Para el cumplimiento de las finalidades atribuidas, la Ley Orgánica establece que 'no podrá negársele el acceso a ningún expediente o documentación administrativa o que se encuentre relacionada con la actividad o servicio objeto de la investigación, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo 22 de esta Ley' (art. 20.3). La remisión al artículo 22 no es baladí, porque en este precepto se contiene el régimen de actuación para el supuesto de que sea preciso que el Defensor del Pueblo acceda a archivos o registros en los que se contengan documentos declarados secretos. En tales casos, la Ley ha optado por que prevalezca la finalidad encomendada, abatiendo el régimen propio de los documentos secretos, bien que pretendiendo que se garantice. De esta forma, tiene la posibilidad de inspeccionar tal documentación, salvo en el caso de que el Consejo de Ministros lo deniegue (art. 22.1); en otro caso, 'las investigaciones que realice el Defensor del Pueblo y el personal dependiente del mismo, así como los trámites procedimentales, se verificarán dentro de la más absoluta reserva, tanto con respecto a los particulares como a las dependencias y demás organismos públicos, sin perjuicio, de las consideraciones que el Defensor del Pueblo considere oportuno incluir en sus informes a las Cortes Generales. Se dispondrán medidas especiales de protección en relación con los documentos clasificados como secretos'<sup>574</sup>.

---

<sup>574</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 109-10 y 218-9 (en particular nota al pie número 98). Asimismo, Ver: COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 99-100

## B. El control parlamentario

Los parlamentos cuentan con la facultad para dictar legislación que marcará las pautas de la conducta de la administración. En ese contexto, se aprueban las legislaciones sobre secretos oficiales o de acceso a la información. Además, por lo general, los parlamentos en los Estados democráticos cuentan con la facultad, prácticamente irrestricta, de acceso a toda la información en manos de la administración pública. Ello con el propósito de que el parlamento se encuentre en posibilidades de desempeñar sus funciones relativas al sistema de pesos y contrapesos propios de los sistemas republicanos. En los EE.UU. el Congreso y el pueblo<sup>575</sup> se consideran como dos diferentes mecanismos de supervisión de los poderes del Ejecutivo, entre otros asuntos, en materia de relaciones exteriores.<sup>576</sup> Sin embargo, debido a que la información relativa a las relaciones exteriores se clasifica e impide el acceso del público en general a la misma, se le exige al Ejecutivo que presente informaciones a comisiones legislativas sobre sus actividades.<sup>577</sup> Así también, por ejemplo, en España, el artículo 10 de la *Ley de Secretos Oficiales* señala en su apartado 2 que "La declaración de <materias

---

<sup>575</sup> Para efectos del presente el concepto de pueblo lo entendemos en sentido amplio, como personas, ciudadanos, grupos de individuos, asociaciones, etcétera, más no como el término puede ser entendido en el Derecho Internacional público. Es importante tener presente que "Although most citizens may take little interest in the day-to-day mechanics of parliamentary practices, the existence of a free press and citizen groups ensures that information about parliamentary activities can be properly digested by the general public". REKOSH, Edwin (Ed.). *In the Public Eye[...]*, *op. cit.*, p. 2

<sup>576</sup> Al respecto, Ver: NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...], *op. cit.*, p. 920-1

<sup>577</sup> En los E.U.A. "The 'informed check' argument is not without practical precedent. Title V of the Intelligence Authorization Act of 1981 requires that the executive branch inform the Senate and House Intelligence Committees of all 'significant anticipated intelligence activities' undertaken by its intelligence agencies. The rationale for the reporting requirements was suggested in the Senate Report: 'Congress, through its intelligence oversight committees, has especially important duties in overseeing these vital [foreign affairs] activities[...]' [The sharing of information between the two branches is necessary] in order to enable them to fulfill their



clasificadas> no afectará al Congreso de los Diputados ni al Senado, que tendrán siempre acceso a cuanta información reclamen, en la forma que determinen los respectivos Reglamentos y, en su caso, en sesiones secretas". Ma. Pilar Cousido, al respecto, señala que dicho apartado del artículo 10 permite "[...]a los Grupos Parlamentarios acceder a su conocimiento a través del procedimiento regulado en la Resolución de la Presidencia del Congreso de los Diputados sobre Secretos Oficiales, de 2 de junio de 1992".<sup>578</sup> El procedimiento aludido de acceso del parlamento al material clasificado consiste en "[...]que las Comisiones y Grupos Parlamentarios que supongan la cuarta parte de los miembros del Congreso pueden pedir que se informe a la Cámara sobre materias clasificadas conforme a la LSO".<sup>579</sup> Posteriormente, "[c]uando la materia disfrute de la clasificación de secreto: 'Los Diputados serán elegidos al efecto por el Pleno de la Cámara por mayoría de tres quintos'. Si la materia es clasificada como reservada, 'el Gobierno facilitará la información a los portavoces de los Grupos Parlamentarios o a los representantes de los mismos en la Comisión, cuando hubiera partido de éste la iniciativa de la solicitud'[...] Si la información pedida tiene que ver con un documento, su original o copia se mostrará a los Diputados pertinentes, 'si los destinatarios de la información entendieren que ésta resulta incompleta sin el conocimiento directo de los documentos'. Sobre tales documentos se podrá tomar notas, pero no efectuar copias ni reproducciones. El acceso a dicha información puede tener lugar tanto en el

---

respective duties and obligations to govern intelligence activities within the constitutional framework." NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...], *op. cit.*, p. 922

<sup>578</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 89

<sup>579</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 89

Congreso de los Diputados como en el lugar en el que se encuentre archivada o depositada".<sup>580</sup>

De una manera similar, dicho control se observa, en Canadá por ejemplo, con los titulares del ramo (secretarios o ministros) que deben de presentar anualmente al Parlamento un reporte anual sobre la administración de la Ley de Acceso a la Información.<sup>581</sup> Es decir, los parlamentos no dejan de vigilar y de controlar la conducta de la administración por más que se trate de facultades propias del Ejecutivo que estén ocultas bajo el velo del secreto. Además, como vimos, las leyes de acceso a la información o de secretos de Estado no afectan los derechos de los parlamentarios o del parlamento como órgano de acceder a la información.

María del Pilar Otero nos dice al respecto que "Así, el Poder Legislativo tiene a su disposición una serie de mecanismos que posibilitan un cierto control del uso de materias clasificadas, que si no son suficientemente efectivos no es tanto por los defectos de la propia normativa cuanto por la falta de actuación de los propios grupos parlamentarios o por el juego de pactos y concesiones entre ellos, muy diferente es, en cambio, la situación del Poder Judicial, el cual se ve inerme y desprovisto de la instrumentación adecuada para controlar el uso y el abuso que el Ejecutivo haga de los secretos".<sup>582</sup>

---

<sup>580</sup> COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley[...], *op. cit.*, p. 89-90

<sup>581</sup> Artículo 72 (1) de la *Ley de Acceso a la Información*

<sup>582</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 72. Dicha autora, también señala que en España "[...]el artículo 76.2 sobre las Comisiones parlamentarias de investigación, donde se impone el deber de comparecencia ante las mismas, por cierto, aún sin sanción alguna en caso de incumplimiento[...]" OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 21

En Alemania, "El Parlamento tiene acceso al secreto, aunque con importantes limitaciones, ya que la Ley de Control Parlamentario sobre las Actividades del Servicio Secreto de 11 de abril de 1978 (reformada en 1992), prevé que el Gobierno pueda negarse a dar información sobre ciertos procedimientos, justificando la negativa".<sup>583</sup>

En los EE.UU. el Congreso está obligado por la Constitución a vigilar las operaciones encubiertas exclusivamente y no todas las otras actividades relativas a la seguridad nacional.<sup>584</sup> El concepto de operaciones encubiertas en los EE.UU. se define desde varias perspectivas. M. Revenga nos sitúa en la discusión de la siguiente manera: "El significado normativo de las operaciones encubiertas queda delimitado mediante una combinación de afirmaciones y negaciones excluyentes. En sentido afirmativo, son consideradas como tales las 'acciones del Gobierno de los Estados Unidos dirigidas a manipular (otra vez *to influence*) las condiciones políticas, económicas o militares fuera de los Estados Unidos, siempre que hayan sido planificadas de tal manera que la intervención del Gobierno de los Estados Unidos no sea manifiesta ni reconocida públicamente (*it is intended that the*

---

<sup>583</sup> DíEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 165

<sup>584</sup> Dicha competencia exclusiva y limitada es sorprendente,"[...]it seems implausible that Congress' 'respective duties and obligations' under the Constitution require the legislature to monitor only covert operations and not other exercises of the executive's national security functions. For example, the public's interest in disclosure of classified battlefield test data that suggest that a billion dollar weapons system is an abject failure may be at least as compelling as the public's interest in disclosure of minor covert CIA activities. Or, to use an example from recent history, the public's interest in those chapters of the Pentagon Papers detailing covert U.S. involvement in Vietnam was no doubt as compelling as the public's interest in those chapters dealing with covert CIA activities in Laos and Cambodia". NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...], *op. cit.*, p. 922-3. Bruce Fein considera que "[...]la labor del Congreso de sustraer información clasificada del Ejecutivo en cumplimiento de obligaciones establecidas en legislación está constitucionalmente justificado". (Traducción nuestra). FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 816

*role of the United States Government will not be apparent or acknowledged publicly)*"<sup>585</sup>.

Sin embargo, ese poder de acceso a materiales considerados como secretos oficiales por el poder legislativo se rige por intrincados procedimientos para reducir el riesgo de la divulgación de la información por conducto de los parlamentarios o miembros del Congreso.<sup>586</sup> La Suprema Corte de los EE.UU. ha señalado que bajo la doctrina de la separación de poderes que se refleja en su Constitución, el Congreso está imposibilitado para aprobar legislación mediante la cual incremente su poder y, a su vez, le usurpe funciones a los otros poderes.<sup>587</sup> Por consiguiente, el poder Ejecutivo y el Congreso se encuentran en constante tensión, "Uno y otro disponen en la letra de la Constitución de buenos argumentos para reivindicar el protagonismo a que se creen con título. Los 'Padres Fundadores' no pudieron prever que el deslinde de atribuciones entre el Presidente como jefe del Ejército y de la Fuerza Naval (artículo II, Sección Segunda de la Constitución), y el Congreso como depositario de la obligación de proveer a la defensa común y de la competencia de declarar la guerra (artículo I, Sección

---

<sup>585</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...], *op. cit.* p. 192

<sup>586</sup> A pesar de que para desempeñar sus funciones el Congreso necesita de dicha información. Para B. Fein "Congress possesses a stronger need for access to classified information than does the public. It may need this information to successfully perform its constitutional duties. In addition, Congress has procedural mechanisms that reduce the risk that members of Congress will disclose classified information to the public". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 815

<sup>587</sup> Esta separación de poderes se ha visto reforzada en dos ocasiones por la Corte Suprema de los EE.UU.: "A constitutional challenge to congressional legislation should be evaluated under the separation of power framework set forth by the Supreme Court most recently in *Morrison v. Olson* and *Mistretta v. United States*. In both cases, the Court observed that Congress cannot, under the separation of powers doctrine, enact legislation that usurps or agrandizes powers properly vested in another branch of government". NOTA. "Keeping Secrets: Congress[...], *op. cit.*, p. 923

Octava), acabaría por convertirse, pasado el tiempo, en fuente permanente de conflictos".<sup>588</sup>

En los EE.UU. el parteaguas sobre la participación del Congreso en la supervisión de las actividades del Ejecutivo en operaciones (encubiertas)<sup>589</sup> de seguridad nacional se da en la década de los años setenta, como resultado –siguiendo a L. Cliffe– del escándalo de Watergate y el fracaso de su aventura bélica en Vietnam.<sup>590</sup> Para Miguel Revenga, la historia de dicha participación del Congreso se resume en lo siguiente "La reacción del Congreso se produjo sólo tras el trauma de Vietnam/Watergate, actuando como detonante de la misma el descubrimiento de los programas ilegales de vigilancia de ciudadanos dentro de los Estados Unidos, programas

---

<sup>588</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...], *op. cit.* p. 184

<sup>589</sup> M. Revenga nos recuerda que "[...]un aspecto en absoluto marginal de la política exterior norteamericana desde el final de la Segunda Guerra Mundial es el que abarca un conjunto de acciones programadas y llevadas a cabo bajo el manto del secreto. Tales acciones, conocidas generalmente como <operaciones encubiertas>, vienen siendo objeto en los últimos tiempos de considerable polémica. " REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...], *op. cit.* p. 185

<sup>590</sup> L. Cliffe al respecto señala que "By the mid-1970s the combined effect of the revelations about Watergate, the withdrawal after defeat in Vietnam and the consequent exposure of posturing about the war, and the investigations about covert action culminating in the Church Committee, had changed the political climate somewhat (see Silverstein, 1988). Covert operations were less likely to be concealed and foreign adventures, whether covert or not, were less likely to be endorsed by a Congress more jealous of guarding its powers against an encroaching presidency and a suspicious public -although this did not amount to a complete sea change. It was agreed that covert actions had to be reported to a congressional oversight committee". CLIFFE, Lionel. "Explanatios: Deception in the US Political System", en CLIFFE, Lionel; RAMSAY, Maureen; BARTLETT, Dave. *The Politics of Lying*[...], *op. cit.*, p. 71. Para M. Revenga "La *Intelligence Oversight Act* (Ley de Supervisión de los Servicios de Inteligencia) fue una reforma del texto de la *National Security Act* de 1947, con la que se pretendió abordar de forma realista el problema del control sobre las operaciones encubiertas. El realismo parecía imprescindible si se tienen en cuenta que en plena resaca post-Vietnam, el Congreso había aprobado una ley donde se imponía la notificación por adelantado de tales operaciones a nada menos que ocho Comisiones de la Cámara de Representantes y el Senado. El resultado de tal exigencia fue lo que, como se ha dicho, viene siendo típico en materia de regulación del uso de la fuerza: <cada empeño del Congreso, culminado con éxito, para acabar con la tendencia del Ejecutivo a eludir los controles, termina por servir a éste de acicate para adoptar nuevas vías de evasión>". REVENGA Sánchez, Miguel. *El imperio de la política*[...], *op. cit.*, p. 189

desarrollados sistemáticamente por la CIA durante la guerra de Vietnam. En los primeros meses de 1975, el Senado y la Cámara de Representantes constituyeron sendas Comisiones de investigación para estudiar el asunto. De las dos Comisiones, la que alcanzó más éxito en el desarrollo de su trabajo, en términos de coherencia, consenso, rapidez y rotundidad de resultados, fue la del Senado (la llamada *Church Committee*, por el nombre de quien la presidió). Tras quince meses de trabajo, su Informe final y sus Recomendaciones marcan el inicio de una nueva era en lo que respecta al control parlamentario de los Servicios de Inteligencia y las operaciones encubiertas. En 1976, el Senado aprobó la creación de una Comisión permanente de control, y la Cámara de Representantes hizo lo propio en 1977".<sup>591</sup> Miguel Revenga Sánchez nos muestra la importancia del acceso a la información parlamentaria. Para él: "La labor de las Comisiones de investigación *ad hoc* creadas por el Congreso a partir de 1975 fue, en este sentido, decisiva".<sup>592</sup>

Por otro lado, algunos consideran que no es necesario que el Congreso tenga acceso a la información clasificada, ya que por ejemplo "El Congreso puede emitir decisiones *ilustradas* sobre legislación de seguridad nacional o sobre la mala administración del Ejecutivo sin necesidad de haber accedido a información clasificada. Como explicó la Corte de Apelaciones del Circuito del Distrito de Columbia de los Estados Unidos de América en el caso *Senate Committee on Presidential Campaign Activities v. Nixon*, los criterios del Congreso dependen en mayor medida de las predicciones de las

---

<sup>591</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...], *op. cit.* p. 194

consecuencias de las acciones de la legislación propuesta, que de la reconstrucción precisa de los hechos del pasado".<sup>593</sup>

Otros argumentos en contra del acceso parlamentario a la información los vemos también en B. Fein quien considera que "Al poder ejecutivo, más aún, se le confía una responsabilidad independiente para la formulación y ejecución de políticas de seguridad nacional. La desclasificación de información ante el Congreso podría obstruir las metas de estos deberes ejecutivos por dos razones. La primera, se basa en que la experiencia ha demostrado que la desclasificación inicial al Congreso, a pesar de las salvaguardas procesales, frecuentemente traen como resultado la diseminación pública del material clasificado mediante 'filtraciones', voluntarias o accidentales. La divulgación de la información al Congreso, aún cuando no haya filtraciones subsecuentes, puede enfriar las discusiones plenas y abiertas sobre asuntos de seguridad nacional dentro de la rama ejecutiva, o puede inhibir negociaciones o intercambios de información entre funcionarios extranjeros".<sup>594</sup>

Finalmente, B. Fein propone soluciones como la siguiente "La experiencia ha mostrado que se tienen probabilidades substanciales de que las filtraciones de información de la rama ejecutiva puede revelar patrones de inadecuada clasificación de información. En primer lugar, el Congreso puede investigar informalmente dichas clasificaciones inadecuadas. Después de haber

---

<sup>592</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 95

<sup>593</sup> (Traducción nuestra) FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 816-7

<sup>594</sup> (Traducción nuestra) FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 817

demostrado dichas clasificaciones inapropiadas el Congreso puede responder en contra del Ejecutivo mediante la no-aprobación de legislación propuesta por aquél o bien no autorizando el presupuesto requerido para la seguridad nacional o para otros propósitos, rechazando la confirmación de candidatos a los puestos de seguridad nacional en la rama ejecutiva, rechazando la ratificación de tratados, o en circunstancias extremas mediante el inicio de un juicio político (*impeachment proceedings*).<sup>595</sup> Los límites que el público en general puede imponerle al Ejecutivo por mal clasificar información se traducen en criticar las iniciativas presidenciales o impedir la reelección del mismo. El presidente entrante, entonces podría informar al Congreso sobre la información que fue clasificada incorrectamente.<sup>596</sup> Resulta sorprendente como en el caso de los *Papeles del Pentágono* la intención de proteger la información no era por la defensa nacional, sino el sistema clasificatorio norteamericano. Owen Fiss nos dice al respecto "Sospecho que el Fiscal General estaba menos preocupado por la publicación de este estudio particular, los *Documentos del Pentágono*, y más por el desafío a la *estructura de la autoridad*, y de un modo más específico, por la integridad del sistema de clasificación mismo y de la capacidad del gobierno para protegerlo. Esta es la razón de por qué el gobierno no estaba sólo interesado en el *Times*, sino también en Daniel Ellsberg. El trabajó en la compilación de los *Documentos* y fue la persona que desafió la clasificación de seguridad y puso los *Documentos* a disposición del *Times*. La amenaza de los

---

<sup>595</sup> (Traducción nuestra) FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 818

<sup>596</sup> (Traducción nuestra). Además, para B. Fein "Finally, the Presidential Records Act of 1978 requires the maintenance, preservation, and public disclosure of a board array of presidential records. A President's abuse of the power to classify probably would be revealed under the Act after that President left office". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 819



*Documentos del Pentágono* –de que Daniel Ellsberg tomara el estudio y se lo diera al *Times*, y de la decisión de éste de publicarlo– era una amenaza general a la autoridad, al propio poder del ejecutivo para mantener cierto grado de clandestinidad en nombre de la defensa nacional".<sup>597</sup>

Finalmente, toda la evolución de la pugna Ejecutivo/Congreso sobre la publicidad de las actuaciones encubiertas se resolvió con la creación de comisiones parlamentarias de supervisión de las mismas. Nuevamente M. Revenga nos detalla dicha solución: "Una vez que las Comisiones de control alcanzaron el *status* de Comisiones permanentes, la *Congressional Oversight Act*, aprobada en 1980, modificó las disposiciones de la Enmienda Hughes-Ryan, circunscribiendo la obligación de notificar las operaciones encubiertas a las Comisiones de Inteligencia del Senado y de la Cámara de Representantes. La ley dio nueva redacción al Epígrafe 501 de la *National Security Act*, para exigir al Director de la CIA y a los jefes de todos los Departamentos y Agencias del Poder Ejecutivo 'información completa y puntual' de todas las actividades de Inteligencia. La ley obligó también al Presidente a notificar a las Comisiones de ambas Cámaras 'las operaciones de Inteligencia en países extranjeros que no se limiten a la mera obtención de datos' (*'all Intelligence operations in foreign countries, other than activities intended solely for obtaining (sic) necessary intelligence'*)".<sup>598</sup>

---

<sup>597</sup> FISS, Owen. "La libertad de expresión y la doctrina de la censura previa: El Caso de los Documentos del Pentágono", en FISS, Owen. *Libertad de Expresión y Estructura Social*, Ed. Fontamara, Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 59, México, D.F. 1997, p. 148

<sup>598</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del *Llanero*[...], *op. cit.* p. 196

### C. El control judicial

En las democracias contemporáneas el poder judicial participa en el control de los actos del ejecutivo. Por consiguiente, a la persona a quien se le negó el acceso a un documento o información<sup>599</sup> se le ofrece, por lo general, un recurso de revisión judicial sobre dicha negativa.<sup>600</sup> El mencionado recurso de revisión puede ser iniciado en un plazo contado a partir de la notificación de los resultados de la solicitud de información<sup>601</sup> o bien, en su caso, de las conclusiones del comisionado o comisión de la información.<sup>602</sup> En los

---

<sup>599</sup> En los EUA "Under the 1996 amendments to the FOIA, each agency is required to determine within 20 days (excluding Saturdays, Sundays, and legal holidays) after the receipt of a request whether to comply with the request. The actual disclosure of documents is required to follow promptly thereafter. If a request is denied in whole or in part, the agency must tell the requester the reasons for the denial. The agency must also tell the requester that there is a right to appeal any adverse determination to the head of the agency or his or her designee". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. *First Report: A citizen's[...]*, *op. cit.*, p. 13

<sup>600</sup> Asimismo, en los EE.UU. "A requester may appeal the denial of a request for a document or for a fee waiver. A requester may contest the type or amount of fees that were charged. A requester may appeal any other type of adverse determination including a rejection of a request for failure to describe adequately the documents being requested or a response indicating that no requested records were located. A requester can also appeal because the agency failed to conduct an adequate search for the documents that were requested". COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. *First Report: A citizen's[...]*, *op. cit.*, p. 20

<sup>601</sup> En Italia, por ejemplo, se ofrecen 30 días; Ver: artículo 25.5 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*. En Irlanda son 4 semanas contadas a partir de la notificación; Ver: artículo 42 (4) de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*

<sup>602</sup> En ocasiones se exige como requisito de procedibilidad para la apelación que se haya agotado la queja ante el Comisionado de la Información. Por ejemplo, Ver: Artículo 41 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Es importante recordar que el Comisionado puede comparecer ante los tribunales para solicitar una queja siempre que la persona que solicitó la información se lo autorice, además, el Comisionado podrá representar a dichas personas o, con el consentimiento de la Corte comparecer como parte en un procedimiento de revisión. Al respecto, Ver: artículo 42 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. En términos parecidos el artículo 42 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa* regula dicho derecho de apelación a una corte superior. En sus términos señala "(1) A party to a review under section 34 or any other person affected by the decision of the Commissioner following such a review may appeal to the High Court on a point of law from the decision". El Artículo 17 de la *Ley de Acceso a la Información Portuguesa* señala que "The person concerned shall be entitled to appeal before the courts against any final decision on his complaint, under the terms of the legislation concerning the administrative or fiscal courts and pursuant to the procedural rules, adapted as appropriate, that apply to the procedure concerning intimation to consult documents or obtain certified copies". En Suecia "If an authority has rejected a request to obtain a document or if it has supplied an official document subject to a reservation[...] the applicant is generally entitled to appeal against the decision. Appeals are usually presented to an administrative court of appeal. A decision of such a court

procedimientos de revisión ante los tribunales, de naturaleza administrativa en algunos casos,<sup>603</sup> se permiten recibir declaraciones o testimonios *ex parte* o bien se conducen audiencias o revisión de documentos *in camera*, con el propósito de que no se divulguen informaciones o materiales que puedan afectar alguno o algunos de los bienes jurídicos protegidos por el secreto. Dicha negativa puede consistir en la no-autorización de abrir al público el documento o archivo por el gobierno, o bien de ofrecer cualquier clase de información que tenga relación con la existencia del documento o archivo.<sup>604</sup> Sin embargo, los tribunales tienen el poder para obligar a la autoridad gubernamental a entregarle la información solicitada o parte de ella, así como para que le permita a la persona que la solicita su conocimiento,<sup>605</sup> siempre que encuentre que aquélla no tenía bases razonables para negar dicha apertura.<sup>606</sup> Por el lado contrario, en el caso de que existieran bases

---

may be appealed against to the Supreme Administrative Court. If the party whose application has been rejected is a state authority, the appeal is presented to the Government instead of to an administrative court of appeal". REGERINGKANSLIET. Public Access to[...], *op. cit.*, p. 27

<sup>603</sup> Como en Italia y Francia por ejemplo.

<sup>604</sup> Artículo 47 (1) (a) y (b) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Asimismo, en Italia la Corte Administrativa decidirá *in camera* después de haber escuchado a los abogados de las partes que lo hayan solicitado. La decisión de la Corte es susceptible de apelación ante el Consejo de Estado Italiano. Ver: artículo 25.5 de la *Ley Italiana sobre Acceso a los Documentos Administrativos*; artículo 43 de la *Ley de Acceso a la Información Irlandesa*. Esta legislación señala "(2) without prejudice to the generality of subsection (1), precautions under that subsection may include- (a) hearing the whole or part of any such proceedings as aforesaid otherwise than in public, (b) prohibiting the publication of such information in relation to any such proceedings as it may determine, including information in relation to the parties to the proceedings and the contents of orders made by the High Court in the proceedings, and (c) examining a record or a copy of a record without giving access or information in relation thereto to a party (other than a head) to the proceedings.

<sup>605</sup> Artículo 49 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>606</sup> Artículo 50 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

razonables para la negativa, la Corte podrá autorizar a la autoridad para que no divulgue información en todo o en parte.<sup>607</sup>

Además del problema que supone que otras personas conozcan el secreto, existe la problemática de si todos los tribunales estarían capacitados para revisar la negativa de la administración de proporcionar la información. La respuesta común a ese miedo es el que se puede hacer una revisión *in camera* –como más adelante explicaremos– y el conocimiento de dicha información por los jueces no pone en peligro, en principio, la seguridad nacional de distinta manera al que lo conociera un agente de la administración.<sup>608</sup> Al respecto, Luis María Díez-Picazo considera que "[...]pueden existir varios motivos para una respuesta negativa, como es sin duda la multiplicación del riesgo de que el secreto sea indebidamente revelado. Una solución que respetaría a la vez el irrenunciable control judicial y la aconsejable prudencia consistiría en encomendar esa tarea a un único órgano judicial; por ejemplo, la sala competente (civil, penal, etc.) del Tribunal Supremo. Cada vez que cualquier juez tropezara ante un secreto oficial, debería detener el proceso y remitirse a la sala correspondiente del Tribunal Supremo, la cual tendría el poder de exigir al Gobierno la entrega del documento y comprobar de que se trata de un genuino secreto oficial debidamente clasificado. Esta solución, por lo demás, no tendría nada de

---

<sup>607</sup> Artículo 51 de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*. Asimismo, en los EE.UU. "Pertinent legislative history evinces (sic) that courts display substantial deference to the classification decisions of the executive. Judicial examination of classified information must be ex parte and in camera when a person seek CIA records; and the substantive (in contrast to the procedural) propriety of the classification, to the fullest extent practicable, rests on sworn written submissions of the parties. Rarely has the judiciary compelled the government to reveal classified information". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 821

<sup>608</sup> Así lo reconoce B. Stulberg. Al respecto, Ver: STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...], *op. cit.*, p. 465

atentatoria contra las prerrogativas del poder judicial; no sólo garantizaría que un órgano judicial controle los secretos oficiales, sino que sería similar a la adoptada para el control parlamentario de esos mismos secretos oficiales. El Congreso de los Diputados tomó el 2 de junio de 1992 la decisión de que, en esta materia, sólo una reducida comisión parlamentaria fiscalizaría al Gobierno. Si ello vale para el poder legislativo, que representa a la nación española, debería valer también para los jueces".<sup>609</sup>

Por otro lado, en ocasiones, para garantizar lo anterior, las democracias cuentan con mecanismos reforzados para proteger la información relacionada con defensa o relaciones exteriores. Por ejemplo, el sistema canadiense cuenta con un régimen de revisión judicial con mayores controles, en el que se exige que en el procedimiento participe el Jefe Adjunto de Justicia de la Corte Federal (*Associate Chief Justice of The Federal Court*), o cualquier otro Juez de la Corte que designe aquél para tales efectos, además de que la solicitud de revisión deberá desahogarse *in camera* y a solicitud del gobierno, deberá celebrarse la audiencia y resuelto el asunto en la Capital Nacional Regional (National Capital Region).<sup>610</sup> Finalmente, durante las audiencias del recurso de revisión aludido o bien de la apelación que se suscite, el gobierno canadiense podrá solicitar, mediante el funcionario titular o responsable del ramo afectado, la celebración de comparecencias (*representations*) *ex parte*.<sup>611</sup>

---

<sup>609</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 41-2

<sup>610</sup> Artículo 52 (1),(2) (a) y (b) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

<sup>611</sup> Artículo 52 (3) de la *Ley de Acceso a la Información Canadiense*

En el Reino Unido, la apelación se presenta ante un Tribunal de la Información (*Information Tribunal*) ya sea por la autoridad o por el peticionario.<sup>612</sup> A su vez, la decisión del Tribunal de la Información es apelable ante los altos tribunales judiciales ingleses.<sup>613</sup>

En Noruega y Dinamarca, la apelación se puede hacer ante la instancia administrativa superior del órgano que se negó a entregar la información.<sup>614</sup>

En Finlandia, el ciudadano a quien se le niega el acceso a los documentos administrativos puede apelar dicha negativa ante la Suprema Corte Administrativa.<sup>615</sup> En Suecia, de conformidad con la *Ley Sueca de Libertad de Prensa*, "[...]una apelación puede ser presentada ante el tribunal

---

<sup>612</sup> Artículo 57 (**Appeal against notices served under Part IV**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>613</sup> Artículo 59 (**Appeals from decision of Tribunal**) de la *Ley Inglesa de Acceso a la Información*

<sup>614</sup> En Noruega "Paragraph 2 of sect. 9 gives the rules on administrative appeal: 'The person who made the request may appeal against the refusal to the administrative instance immediately superior to the public institution which has made the decision. If the refusal is made by a municipal body established pursuant to the Act of 12 November 1954 concerning Local Government in the Urban District and in the Rural District Municipalities, or to the Act of 16 June, 1961, concerning the County Administration, the appeal is determined by the County Governor". FRIHAGEN, Arvid. "Norway", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 122. Por su lado en Dinamarca "A decision of an administrative authority on a request for access to documents under the Act of 1970 may be the subject to appeal to the superior administrative authority, if any, or submitted to the Ombudsman for consideration, or brought before the courts for judicial review, in accordance with the ordinary rules governing the exercise of these legal remedies". HOLM, Eilschou Neils. "Denmark", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 100

<sup>615</sup> En Finlandia "A citizen who has been denied access to official administrative documents may thus not only process the matter within the administration and, in the last resort, appeal to the Supreme Administrative Court. He may also, if he finds that the official in charge of the case has clearly violated the law in refusing him access, prosecute the officer in an ordinary court, or report him to a public prosecutor or to the Chancellor of Justice or the Parliamentary Ombudsman, who may take such action. Since the ordinary courts lack competence to deal with administrative matters, they cannot declare a document accessible, even if the law is clear on this point. Only the Supreme Administrative Court may do that. But even the ordinary courts may pronounce their views about the interpretation of the law in cases where an officer is being prosecuted for having refused". MODEEN, Tore. "Finlandia", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 73

administrativo de apelaciones competente, y por lo que se refiere a las decisiones de dicho tribunal, ante la suprema corte administrativa".<sup>616</sup>

Como mencionamos anteriormente, lo que el control judicial pretende es dirimir, o resolver en el caso por caso, la tensión constante que se experimenta en una sociedad democrática entre la necesidad del Estado de conservar en secreto la información que afecta la seguridad nacional y la constante búsqueda de las personas por satisfacer sus necesidades relativas a insumos de información, como por ejemplo aquella que sea necesaria para la garantía de otros derechos como la adecuada defensa.<sup>617</sup> B. Stulberg afirma que es el poder judicial el calificado para "balancear" intereses que se contraponen.<sup>618</sup> Miguel Revenga, en su estudio sobre los secretos de Estado en los EE.UU. también opina que el poder judicial es el órgano adecuado para ponderar intereses en juego. En sus palabras "[...]una vez admitida la capacidad de los jueces para revisar los actos de los otros poderes en aras de la supremacía de la Constitución, el desarrollo del sistema norteamericano puede presentarse, pese a los conflictos que lo han sacudido en sus dos

---

<sup>616</sup> (Traducción nuestra). HOLSTAD, Sigvard. "Sweden", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 47

<sup>617</sup> J. J. Díez al respecto señala que "La tensión se mantiene en todo caso tratando de compatibilizar las competencias constitucionales del Gobierno y las que se atribuyen al órgano judicial, y asimismo al cohesionar la seguridad nacional con las exigencias propias del derecho a la tutela judicial efectiva". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 259. M. Cheh considera que en los EE.UU. "[...]is by placing the regulation of certain subjects beyond governmental control. The other way is by separating and dividing governmental power through 'diffused sovereignty'. When the judiciary is called upon to adjudicate the validity of governmental action against a claim of individual liberty, it may draw on both methods of protection. At times governmental action involves an invasion of liberty that is neither so gross nor so clear that a court confidently declare it substantively out of bounds". CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...]", *op. cit.*, pág. 717

<sup>618</sup> Dicho autor señala que "[...]es injustificada la presunción que se refiere a que el poder judicial es incompetente para evaluar quejas relativas al uso de privilegio del secreto de Estado. El poder judicial, en la mayoría de los casos está calificado, si no es que es el más calificado, para balancear intereses que compiten". (Traducción nuestra). STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...]", *op. cit.*, p. 464

siglos de existencia, como un desarrollo lineal. Poco importa que, en determinada época, la Constitución haya podido leerse como el fundamento indiscutible de la esclavitud y, tras las Enmiendas de la Reconstrucción, como base para la igual protección ante la ley de todos los ciudadanos".<sup>619</sup>

En España esta tensión entre los poderes se ha resuelto por la vía judicial. El Tribunal Supremo reconoció que el control de los secretos de Estado se puede efectuar por la vía jurisdiccional cuando se trata de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva.<sup>620</sup> Así también lo considera B. Lozano quien afirma que "[...]la posición del Poder Judicial se ve realzada al convertirse en el controlador de las ilegalidades de los poderes públicos y, por tanto, en un límite a su actuación, para lo cual se le reconoce una efectiva independencia. La potestad jurisdiccional, dice el artículo 117.3 de la Constitución, se atribuye 'exclusivamente a los Jueces y Tribunales determinados por las leyes' (art. 117.3), y la plenitud de su función, frente a lo que hoy no cabe oponer ninguna pretendida 'razón de Estado', no es sino la consecuencia del reconocimiento pleno como derecho fundamental de la

---

<sup>619</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 8

<sup>620</sup> J. J. Díez al respecto afirma "Será preciso esperar casi veinte años para que por intermedio de unas controvertidas sentencias del Tribunal Supremo (las de 4 de abril de 1997) se despeje definitivamente en España que las facultades de esta jurisdicción alcanzan también al control de los actos del Gobierno en esta esfera, aunque éstos encajen en la calificación de actos políticos -una vez admitido jurisprudencialmente que no por ello son inmunes-, a fin de hacer efectivo el fundamental derecho a la tutela judicial efectiva. En ellas se dará respuesta de igual modo a otras cuestiones no menos importantes en el plano sustantivo y se ofrecerá la solución para resolver uno de los principales problemas procesales que planteaba en la práctica este enjuiciamiento". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 227. Díez-Picazo sobre el control judicial de los actos de la administración opina que "La absoluta discrecionalidad del Gobierno para dar o no dar a los jueces la información que éstos requieran resulta inaceptable, por dos motivos. Por un lado, en un Estado de derecho la legalidad de la actuación del poder ejecutivo debe poder ser siempre verificada por un tribunal independiente, tal como ordena el artículo 106 de [...]. [la] Constitución [española]". DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 40



tutela judicial efectiva: 'todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión'".<sup>621</sup>

No encontramos argumentos para sustentar, entonces, que los actos del Ejecutivo puedan escapar del control judicial. B. Lozano nuevamente al respecto afirma: "Invocando razones de alta política, como la lesión de la seguridad del Estado y el descrédito internacional que podrían sufrir nuestros servicios secretos si se abriese un portillo a los jueces en esta materia de los secretos oficiales, se pretendía que las materias reservadas no fuera susceptibles de control jurisdiccional alguno ni siquiera cuando como en este caso, lo que estaba en juego era la averiguación de delitos contra bienes jurídicos tan relevantes en un Estado de Derecho como el derecho a la vida y a la integridad física".<sup>622</sup>

Como mencionamos, dicho control judicial en España queda en manos del Tribunal Supremo en particular en su Sala Tercera, con lo cual se elimina la posibilidad de que los jueces ordinarios puedan acceder o conocer sobre documentos o archivos clasificados por el Consejo de Ministros como secreto.<sup>623</sup>

---

<sup>621</sup> LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 20-1

<sup>622</sup> LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 27

<sup>623</sup> El reconocimiento de dichas competencias "[...]viene impuesta por el artículo 58.1 de la LOPJ, en la medida que a ella corresponde el conocimiento en única instancia de los recursos contencioso-administrativos que se promuevan contra actos y disposiciones emanados del Consejo de Ministros. Previsión que en la actualidad reafirma el artículo 12.1.a) de la LJCA de 1998 al disponer que esa sala <conocerá en única instancia de los recursos que se deduzcan en relación con: los actos y disposiciones del Consejo de

En Italia, el problema del control judicial se resolvió por medio de una decisión de la Corte Constitucional, en la cual se reconoce la imposibilidad del "ministerio fiscal" para emplear "en el curso de sus indagaciones, cualquier medio de prueba respecto al cual se haya invocado, en forma legal, el secreto de Estado".<sup>624</sup>

El procedimiento italiano para acceder a la información es complejo y en él intervienen propiamente los tres poderes, ya que una vez que el Ejecutivo invoca el privilegio del secreto, se solicita que el mismo sea revisado por Consejo de Ministros, y una vez que decida será revisado a su vez por la "Comisión parlamentaria de control de los Servicios Secretos, que viene obligada a intervenir cada vez que la excepción de secreto de Estado es confirmada por el presidente del Consejo (artículo 16 de la ley 801/1977). En su último párrafo, este artículo dispone que 'cuando la Comisión parlamentaria de control considere, por mayoría absoluta de sus miembros, que la oposición del secreto ha sido infundada, dará traslado del acuerdo a

---

Ministros[...]>". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 227. Más adelante J. J. Díez considera que "Su intervención resulta procedente sin duda ante cualquier denegación del acceso a la información clasificada, invocando la posible vulneración de otros derechos fundamentales". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 227

<sup>624</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. "El árbol envenenado: ejercicio de la acción penal y secreto de Estado en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de abril de 1998", en Jueces para la Democracia (Información y Debate). *Información y Debate*, Número 33, Noviembre 1998, p. 18. El conflicto se origina con "la investigación emprendida por el fiscal para dilucidar la posible responsabilidad penal de funcionarios del Servicio Secreto SISDE (*Servizio per la Informazione e la Sicurezza Democratica*), en el transcurso de acciones informativas contra el terrorismo[...]. En enero de 1997, la fiscalía de Roma llamó a declarar a los funcionarios y decretó la aportación a la causa de determinados documentos obrantes en los archivos del SISDE. Opuesta la excepción de secreto de Estado con respecto a los documentos -artículo 12 de la ley 801/1977-, e invocada la prohibición de declarar prevista en el artículo 202.1 del *Codice di Procedura Penale*, la fiscalía de Roma, siguiendo lo estatuido en este último artículo, pidió confirmación al presidente del Consejo de Ministros, quien respondió afirmativamente en junio de 1997". REVENGA Sánchez, Miguel. "El árbol envenenado[...]", *op. cit.*, p. 18

ambas Cámaras, a los efectos de las valoraciones políticas que procedan".<sup>625</sup>

Ma. del Pilar Otero recuenta como "En Italia, la ley 801/1977, de 24 de octubre, sobre *Institución y orden de los servicios para la información y la seguridad y la disciplina del secreto de Estado*, adolece de cierta indeterminación a la hora de declarar las materias protegidas por el secreto de Estado –art. 12– con el añadido de que en ningún caso podrán ser objeto de secreto de Estado hechos subversivos del orden constitucional. La Ley permite al juez interpelar al presidente del Consejo de Ministros para que confirme o revoque la negativa de un funcionario público a declarar amparándose en el Secreto de Estado. El presidente del Consejo de Ministros debe contestar en sesenta días y, si confirma la alegación de secreto, el juez puede declarar que no se debe proceder en la acción penal, sobreseyendo el procedimiento. El presidente del Consejo de Ministros está obligado a comunicar a un comité parlamentario, por mayoría absoluta, considera que la alegación es infundada, dará cuenta a las Cámaras para las correspondientes valoraciones políticas, no penales".<sup>626</sup>

J. J. Díez valora al sistema italiano como "[...]un ordenamiento absoluta y abiertamente protector del secreto de Estado, en el que a diferencia del francés quedan a disposición del Gobierno frente a los tribunales, incluidos los penales, las facultades de determinar con todas las consecuencias qué es secreto y cuál su alcance".<sup>627</sup>

---

<sup>625</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. "El árbol envenenado[...], *op. cit.*, p. 18

<sup>626</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 110

<sup>627</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 157

Como mencionamos, y a diferencia de la solución italiana, en los EE.UU., y en España para enfrentar el problema de que más personas conozcan la información clasificada en un proceso penal y se ponga en riesgo la seguridad nacional, se llegó a la solución *in camera*. Así pues, las reformas de 1974 a la FOIA, facultaron a las Cortes para revisar *in camera* los documentos protegidos bajo el secreto y determinar *de novo* si la clasificación de información que afecta la seguridad nacional fue hecha correctamente. Para Jon Wiener "The 1974 amendments instructed courts to determine *de novo* whether the national security exception was being properly applied in particular cases. Courts were authorized to conduct *in camera* reviews of documents which the government claimed the national security exemption. Most important, courts were empowered to overrule executive officials' decisions classifying documents under this national security claim[...] courts could order the release of improperly classified documents".<sup>628</sup> Sin embargo, los tribunales se rehusan a aplicar estas disposiciones en contra de los órganos de la administración que se encargan de la seguridad nacional, como la Agencia Central de Inteligencia (CIA).<sup>629</sup> La revisión *in camera* no es

---

<sup>628</sup> WIENER, Jon. "*National Security and* [...], *op. cit.*, p. 86. En los EE.UU. "El ejemplo del proceso *in camera*, o la fórmula adoptada en su día por la *House of Lords* británica, confiriendo al juez poder para inspeccionar de manera reservada documentos secretos antes de su incorporación al proceso, carece de reconocimiento formal en nuestro derecho y no cuenta con precedentes jurisprudenciales". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado [...], *op. cit.*, p. 240

<sup>629</sup> James Dempsey al respecto señala que: "Despite the clear congressional intent in both 1966 and 1974, and the rejection of subsequent legislative proposals to limit the FOIA, from the outset the federal judiciary was reluctant to enforce the act against the CIA. Even though the Congress at several crucial junctures insisted that the FOIA apply to the CIA, the courts increasingly refused to exercise their review powers and eventually created huge exemptions that thwart the intent of the statute". DEMPSEY, James X. "The CIA and [...], *op. cit.*, p. 41. Para Lisa Kupricka "Congress in 1974 amended the FOIA to provide that 'any reasonable segregable portion of a record shall be provided[...] after deletion of the portions which are exempt.' Another change added by the same legislation gave the district courts discretion to conduct *in camera* inspections of the disputed materials. In 1984, the United States Court of

obligatoria para todos los casos.<sup>630</sup> B. Stulberg nos recuerda que "[...]si un tribunal decide que la divulgación de la prueba no pondría en peligro la seguridad nacional, se puede ordenar la revisión *in camera* del material en cuestión. Los tribunales pueden impedir a los abogados de la defensa de participar en dicha revisión. Sin embargo, el tribunal podría decidir que la revisión *in camera* es inapropiada, por las circunstancias del caso, cuando existe un peligro razonable de exponer secretos de Estado por obligar la presentación de pruebas".<sup>631</sup>

En general, los tribunales norteamericanos pueden aplicar dicha regla, sin embargo, como mencionamos anteriormente, no se trata de una regla obligatoria. Es decir, en el caso que se les presente como prueba información secreta, los tribunales podrán hacer la revisión siempre y cuando previamente determinen si la misma es necesaria para efectos de la resolución del caso concreto. Por lo general, los acusados en un proceso penal deben notificar con el debido tiempo de anticipación al juez sobre la necesidad de la desclasificación de información relacionada al caso. El gobierno, por su lado tiene el derecho a una audiencia *in camera* antes de obtener una decisión del

---

Appeals for the District of Columbia Circuit was asked in *Center for Auto Safety v. EPA* to determine under what circumstances a district court must conduct an *in camera* review of part of the requested documents to verify an agency's claim that factual and deliberative material is 'inextricable intertwined.' Specifically, the court was asked to adopt a 'limited per se rule' requiring the trial court to conduct *in camera* review of any documents claimed exempt under exception 5 of the FOIA. Although the court recognized 'persuasive policy reasons to adopt a per se rule,' it declined to articulate a standard for mandatory *in camera* review, stating that 'such a per se rule would contravene the clear grant by Congress of broad discretion to trial judges in this matter.'" KUPRICKA, Lisa A.; LaFRANCE, Mary E. "Note: Developments Under the Freedom of Information Act-1984", en *Duke Law Journal*, Junio-Septiembre 1985, p. 787

<sup>630</sup> B. Stulberg considera que "The sixth criticism of the *Reynolds* standard is that it does not mandate *in camera* review of the material at issue where 'from all the circumstances of the case [...] there is a reasonable danger that compulsion of the evidence will expose military matters which, in the interests of national security, should not be divulged'. STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...], *op. cit.*, p. 469

tribunal respecto del uso, relevancia o admisibilidad de la información clasificada. El gobierno puede entonces reconocer los hechos como probados o presentar un resumen de la información clasificada. Si ello le impide al acusado integrar una defensa, el tribunal podrá solicitar la divulgación de la información. Si el gobierno persiste en la no-divulgación mediante la presentación de un testimonio del Fiscal General, mediante el cual se identifique el daño a la seguridad nacional, el tribunal se podrá desistir de la persecución e impedir la divulgación de la información. En lugar de desistirse, y si los intereses de la justicia así lo dictan, el tribunal podrá desistirse de algunos cargos, llevar a cabo investigaciones en contra del gobierno en temas o asuntos relativos a la información clasificada, o privar de valor en todo o en parte de los testimonios de un testigo".<sup>632</sup>

Por lo tanto, en los EE.UU., cuando se prueba al juez que la divulgación de la información relativa a los asuntos militares, puede poner en riesgo la seguridad nacional se considera que el privilegio del secreto es absoluto y el juez no debe *insistir en la evaluación de la prueba aún por él mismo in camera*.<sup>633</sup>

El problema de lo anterior, para M. Cheh es que, mientras los tribunales están facultados para verificar la validez substancial de la clasificación, los criterios de la misma son establecidos por el Ejecutivo en sus *executive orders*, con fundamento en la FOIA. Desde el punto de vista de M. Cheh, "a pesar de que

---

<sup>631</sup> STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...], *op. cit.*, p. 460

<sup>632</sup> (Traducción nuestra). FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 826-7

<sup>633</sup> STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...], *op. cit.*, p. 455-6

el tribunal lleva a cabo una inspección *in camera* sobre los documentos en disputa, para llegar a concluir y en ocasiones discrepar sobre la adecuada clasificación de alguna decisión en particular casi siempre se basa en *pruebas extrínsecas* (extrensic evidence). Es difícil que los tribunales, para apoyar sus decisiones, utilicen informaciones distintas a las declaraciones sobre lo correcto de la clasificación que presenta el gobierno, salvo cuando sean 'resbalosos o de mala fe'.<sup>634</sup>

Por otro lado, algunos alegan que la revisión *in camera* puede ser inoperante porque en ocasiones es exagerado el número de documentos o la sofisticación de sus contenidos que los jueces tendrían que revisar, lo cual sobrepasa su capacidad técnica y humana para hacerlo. Al respecto, M. Revenga nos dice que, si bien esos problemas son reales, los tribunales han llegado a soluciones innovadoras. Por ejemplo –nos cuenta M. Revenga– "[...]el nombramiento de un perito judicial *ad hoc* (*special master*), o el recurso a la técnica del muestreo (*sampling*). Un perito especial actuó por vez primera en la revisión de más de 14.000 páginas de documentos relacionados con el fallido intento de Carter de liberar mediante una incursión militar a los rehenes norteamericanos en Irán. El caso enfrentaba al *Washington Post* y al Departamento de Defensa; éste optó por recurrir en apelación el nombramiento del perito, pero el Tribunal del Circuito de Washington D.C. convalidó plenamente la iniciativa del juez. ([Nota al pie:] *In Re U.S. Department of Defense*, 848 F. 2d., 232 [...]1988). El nombramiento de peritos está autorizado con carácter general en el artículo 53 (b) del *Federal Rules of*

---

<sup>634</sup> (Traducción nuestra). CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...], *op. cit.*, pág. 729-30

*Civil Procedure*, donde el nombramiento queda supeditado a la presencia de circunstancias excepcionales (*exceptional conditions*.) La sentencia del juicio incidental enuncia el siguiente principio aplicable en los pleitos LLI: 'cuando el número de documentos clasificados es tan ingente que el juez y su letrado (*law clerk*) carecen en absoluto de la posibilidad de hacer una revisión directa, y siempre que el juez haya llegado a la conclusión de que los métodos alternativos de control están viciados, resulta adecuado normar un perito que disponga de franquicia para el acceso a documentos clasificados, siempre y cuando no se derive de ello una pérdida de la independencia de criterio del juez"<sup>635</sup>.

En suma, la finalidad de esta revisión *in camera* es "[...]llegar a comprobar que la información negada se ajusta a la legalidad vigente, se halla justificada y amparada en ella, ya que de lo contrario prevalecería el derecho a obtener la información que se demanda".<sup>636</sup> Resulta de sumo interés lo que L. M. Díez–Picazo nos dice al respecto: "Creo que los documentos que reflejan informaciones delicadas y esenciales para la seguridad y la defensa del Estado deben permanecer secretos, incluso si pueden ser relevantes en un proceso judicial; pero creo, asimismo, que algún juez o tribunal debe poder controlar lo que el Gobierno no abusa de formidable poder incito en los

---

<sup>635</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 176-7. M. Revenga apoya esta fórmula y la evalúa en los siguientes términos: "El resultado del caso en examen no aporta razones para la sospecha. El dictamen pericial resulta, a nuestro juicio, un modelo de precisión técnica a la hora de discernir las clasificaciones controvertidas. Su repertorio de cinco categorías de información clasificada a las que podrían reconducirse todos y cada uno de los puntos objeto de controversia, no tiene desperdicio. A la vista del mismo, la sentencia de la razón, en su mayor parte, al Departamento de Defensa, con el argumento central de que <los archivos contienen documentos relativos a planificación de espionaje y forma de llevar a cabo misiones antiterroristas, que inevitablemente son una referencia de lo que debe y no debe hacerse de cara a futuras misiones con parecidos objetivos y dificultades>". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 177



secretos oficiales. De lo contrario, una simple invocación a la defensa o la seguridad del Estado bastaría para vaciar de significado la democracia constitucional".<sup>637</sup>

Por otro lado, en España, a pesar de que en la legislación no se cuenta con un reconocimiento formal del procedimiento de revisión *in camera*, ello ha sido practicado por sus tribunales. En concreto, dicho reconocimiento se dio con el conocido caso GAL: "Mediante tres autos de 3 de febrero de 1997, se ordenó al Gobierno la entrega de los documentos a fin de que pudieran ser inspeccionados por los magistrados *in camera*. Es ésta una expresión latina, usual en el lenguaje jurídico anglosajón, con la que se designa una actuación judicial reservada y sin intervención de las partes. Al acordar la inspección reservada de los documentos clasificados, el Tribunal llevó a cabo un inédito acto de creatividad judicial, pues semejante posibilidad no está contemplada en nuestras leyes procesales".<sup>638</sup>

Para Blanca Lozano, con dichas tres sentencias, el Tribunal Supremo llevó a cabo una ponderación entre varios valores jurídicos constitucionalmente

---

<sup>636</sup> DíEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 162

<sup>637</sup> DíEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 40-1

<sup>638</sup> DíEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 55. Blanca Lozano, al respecto, señala "Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en estas sentencias por las que el Tribunal entra a enjuiciar la decisión del Consejo de Ministros de no desclasificar los *documentos del Cesid*, con lo que ya hace manifiesto que las materias clasificadas no pueden considerarse como una zona de inmunidad jurisdiccional, tal y como reafirma en sus fundamentos jurídicos al reconocer la validez de la Ley de Secretos Oficiales de 1968 <al menos en los aspectos en los que atribuye competencia al Consejo de Ministros para clasificar o desclasificar como secretos determinados asuntos o actuaciones estatales, a través del procedimiento que la ley establece, *pero sin que lo expuesto quiera decir que esos actos del Consejo de Ministros ([...]) no puedan a su vez ser sometidos al enjuiciamiento de este Alto Tribunal ([...]) al que conforme al artículo 58.1 LOPJ compete la fiscalización jurisdiccional de los actos de esa autoridad con el fin de controlar su conformidad al Derecho*>". LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 186

reconocidos. Por un lado, la seguridad del Estado protegida mediante el secreto, y por el otro la tutela judicial efectiva a través de la investigación de los delitos que tutelan, entre otros el derecho a la vida y a la integridad física. Para ella, "Como resultado de este juicio de constitucionalidad, el Tribunal Supremo aun reconociendo el principio de seguridad nacional como un valor digno de protección en nuestro sistema constitucional y que puede justificar ciertas restricciones en el principio de publicidad de la acción estatal frente a cualquier autoridad, hizo prevalecer respecto de determinados documentos el derecho a la tutela judicial efectiva sobre las razones de la seguridad del Estado, ordenando su desclasificación y entrega a los jueces".<sup>639</sup>

En Suecia también se tiene un mecanismo de revisión judicial del secreto *in camera*.<sup>640</sup>

Para nuestro análisis es importante distinguir entre la ilicitud en la formulación del secreto y la necesidad de la información secreta en un proceso. L. M. Díez-Picazo al respecto señala que "[...]hay que tener en cuenta que las hipótesis de solicitud de intervención judicial sobre datos de carácter reservado pueden ser, en sustancia, de dos tipos: primero, de levantamiento del secreto o de declaración de que su revelación es lícita; segundo, de utilización de información secreta como prueba en un proceso. En el primer

---

<sup>639</sup> LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 39

<sup>640</sup> Tomado del Folleto del Ministerio Sueco de Justicia: "If information subject to secrecy is to be provided or adduced at a court hearing, the court may generally hold a hearing behind closed doors (*in camera*). In the general courts [district/city courts, courts of appeal and the Supreme Court] particularly strong reasons are usually required to be able to exclude the public from a hearing at which information subject to secrecy is involved. The possibilities for holding hearings *in camera* are greater in administrative courts [county administrative courts, courts of administrative appeal and the Supreme Administrative Court] than in the general courts". REGERINGKANSLIET. Public Access to[...], *op. cit.*, p. 29

caso, se pide al juez que ordene o avale la revelación del secreto a efectos extraprocesales; en el segundo, se le pide que admita u obtenga información secreta a efectos intraprocesales".<sup>641</sup> La primera de las hipótesis se traduce en un choque de intereses entre la división de poderes, el control del poder judicial a la actuación de la administración, el derecho de las personas al legítimo acceso a documentos e informaciones en manos del Ejecutivo, y por el otro la justificación misma del secreto oficial. J. F. Mestre, al respecto señala que "El problema surge respecto a los documentos que afecten a la seguridad o defensa del Estado; porque, aunque en línea de principio la solución debería ser la misma que en los otros casos, la categoría de los actos políticos del Gobierno puede erigirse en límite a las facultades del juez, siempre que efectivamente se incluya la información en tal categoría. En cualquier caso, la apelación a la misma no permite sostener una excepción genérica, acerca de cuya aplicación en cada caso posea la Administración un poder omnímodo".<sup>642</sup>

El control judicial sirve para resolver hacia donde inclinar la balanza en el caso por caso, y siempre con la intención de garantizar el derecho con mayor valor en el ordenamiento o el que corra mas riesgo de ser quebrantado "ilegítimamente".<sup>643</sup>

---

<sup>641</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 102

<sup>642</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 219

<sup>643</sup> J. J. Díez señala que "El equilibrio entre el valor constitucional inherente a la seguridad y defensa del Estado y los derechos e intereses que con él entren en conflicto, no se logra sin la posibilidad de permitir la fiscalización judicial, aunque tampoco sin permitir que ésta se realice con las atemperaciones que la índole de la materia resulten imprescindibles". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 218

Sin embargo, para algunos, esa fiscalización judicial contravendría la misma división de poderes y a su vez judicializaría la política en manos del Ejecutivo.<sup>644</sup>

El reconocer que la creación del secreto es un acto político tiene por efecto el privarle al poder judicial de su capacidad de verificación o control de la legalidad, dejándolo al exclusivo control del parlamento. Además, los actos políticos no serían revisables bajo el procedimiento contencioso administrativo en los países en que existe.<sup>645</sup> Lo problemático de lo anterior, se traduce en la definición de lo que se debe de entender por actos políticos. Al respecto, J. J. Díez nos dice que, para el caso español lo actos políticos son, propiamente: "[...]el indulto como derecho de gracia, o en la jurisprudencia del Tribunal Supremo: la decisión de devaluar la moneda, medidas legislativas (o normativas) relativas a la dotación de plazas en la función pública, la determinación del salario mínimo interprofesional o la celebración de referéndum municipal, y más recientemente las decisiones adoptadas a propósito del nombramiento de Fiscal General del Estado y de la

---

<sup>644</sup> Para Mary Cheh "With respect to access to information, there appears no principled, workable way for the courts to review the validity of particular secrecy decisions. Instead, the courts' role should be confined to that suggested by Justice Stevens in his dissent in *Houchins* -policing and striking down official policies or processes of concealment that arbitrarily cut off the flow of information about governmental affairs. In other words, the courts are charged with reviewing the system of secrecy, but not the secrets themselves". CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...], *op. cit.*, pág. 730

<sup>645</sup> Por ejemplo en España "[...]el artículo 2.b) de la Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como es sabido, este precepto excluye del control de la Jurisdicción contencioso-administrativa <Las cuestiones que se susciten en relación con los *actos políticos del Gobierno ([...])*>, y la jurisprudencia preconstitucional interpretó el concepto de Gobierno en sentido orgánico estricto, restringiendo los actos políticos a aquéllos actos emanados del Consejo de Ministros <como genuino órgano del Gobierno en su unidad conjunta>, sin que pudieran considerarse como tales los procedentes de otros órganos administrativos". LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 191

clasificación y desclasificación de secretos oficiales".<sup>646</sup> Por su lado, J. F. Mestre Delgado nos recuerda que "[...]el artículo 2.b) de la LJCA, referida expresamente a los actos políticos: <No corresponderán a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa:[...] b) las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno como son los que afecten a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren procedentes, cuya determinación si corresponde a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa>".<sup>647</sup>

Es importante aclarar que el acto político viene a proteger la "[...]discrecionalidad que es lógico reconocer al Gobierno en asuntos altamente sensibles por su implicaciones político-militares, nacionales o internacionales; las restricciones constitucionales que amparan el acceso a esa información; y las singulares técnicas que se arbitran para facilitar el conocimiento y control de los secretos por el Parlamento, en cierto modo encajando en las relaciones interinstitucionales o interpoderes, por el hecho de que esa actividad guarda una íntima conexión con actuaciones de índole política, esto es, susceptibles de integrar de un modo u otro en la función de dirección política que el Gobierno asume ex artículo 97 CE".<sup>648</sup>

Así, por lo tanto, los actos políticos para el Tribunal Supremo español "[...]son susceptibles de control por los tribunales siempre que puedan ser

---

<sup>646</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 103-4

<sup>647</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 169

<sup>648</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 219

examinados según 'criterios judicialmente asequibles'. Esta idea procedía de la STS de 28 de junio de 1994, que había invalidado un nombramiento acordado por el Gobierno para el cargo de Fiscal General del Estado habida cuenta de que la persona nombrada carecía de uno de los requisitos legalmente exigidos. Pues bien, al retomar la idea de criterios judicialmente asequibles, el Tribunal envió un mensaje claro: el control judicial de los actos del Gobierno debe detenerse sólo en el momento en que comporte la adopción de criterios esencialmente políticos; es decir, los órganos judiciales no pueden sustituirse en la atribución esencialmente gubernamental de hacer valoraciones de oportunidad política".<sup>649</sup>

Quienes creen en dicha naturaleza política del acto clasificatorio consideran que la misma no debe de ser controlada por la vía judicial sino que debiera ser exclusivamente controlada por el parlamento el que determinará sobre la oportunidad y necesidad política del acto.<sup>650</sup> Pero no hay que olvidar que, otros consideran que los "[...]actos políticos no son actos ajenos al Derecho en tanto sean medio con que se afecten derechos o intereses legítimos. Dicho de otro modo, no son actos ante los cuales los Tribunales puedan permanecer indiferentes en el entendimiento de que su naturaleza política impide el enjuiciamiento en Derecho, aunque éste presente límites o

---

<sup>649</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 62

<sup>650</sup> J. J. Díez Sánchez afirma que "Esa máxima libertad apreciativa para dotar de contenidos las informaciones relacionadas con la defensa y seguridad del Estado, son susceptibles de ser puestas en conocimiento del Poder legislativo, y por esta vía potencialmente aptas para su control político-democrático del que pueden derivar los juicios y consideraciones de ese tipo que el uso del secreto merezca. Y al propio tiempo, susceptibles de encontrar en los derechos e intereses afectados, el límite correspondiente cuando su protección se invoque ante los Tribunales, por cuanto no son actuaciones exentas o inmunes al control judicial, aunque sí difieren de lo que sería propio de los actos administrativos discrecionales". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 220

condiciones diferentes a las propias de aquéllos otros actos según hemos tenido oportunidad de apreciar".<sup>651</sup>

### **1. El contencioso administrativo**

A pesar de todo lo anterior, en la práctica, el secreto de Estado es revisable por el procedimiento contencioso administrativo, o mejor dicho la pregunta es ¿como hacer revisable judicialmente el secreto de Estado y su vez garantizar que los criterios que lo justifican se mantengan en la lógica de la administración?

En algunos países, la pregunta anterior se resuelve ofreciendo el recurso contencioso administrativo mediante el cual los tribunales administrativos tendrán la primera oportunidad para determinar si efectivamente se clasificó correctamente la información, es decir, si la información protegida por el secreto oculta información cuya divulgación puede poner en riesgo la seguridad nacional, la defensa territorial o las relaciones exteriores del Estado. Ello se hace básicamente para darle a la administración la oportunidad de corregirse a si misma, cuando haya afectado algún derecho de los particulares. Por lo tanto, una vez que falla el procedimiento contencioso administrativo, el afectado cuenta con el recurso de revisión. En España, por ejemplo, "[...]si la resolución administrativa denegatoria del acceso no agota la vía administrativa, cabrá el recurso de alzada previsto en el art. 114 LRJAP-PAC. Si el acto agota la vía administrativa, será el interesado el que tome la decisión de interponer el recurso potestativo de reposición previo a la vía judicial o, acudir directamente a esta vía. Debemos

---

<sup>651</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 220

de recordar que el recurso de reposición se configura como una vía sencilla y rápida (un mes para su resolución expresa) aunque inspire cierta desconfianza el que la resolución del citado recurso corresponda al mismo órgano que dictó la resolución recurrida, lo que hace pensar que su resolución sea del mismo sentido que el acto del que trae origen".<sup>652</sup>

El control mediante el contencioso administrativo sirve, entre otros, para establecer límites a las decisiones del Ejecutivo fundamentadas en conceptos jurídicos indeterminados, "[...]la indeterminación del bien jurídico que se protege en estos supuestos, pues al estar prohibido el acceso a la información puede que no en todos los casos el secreto oficial tutele la defensa del Estado".<sup>653</sup>

## 2. El proceso penal

Por otro lado, el acceso a la información en los procesos penales atiende a la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva y los derechos de debido proceso de los inculcados. El primero ya que los delitos pueden ocultarse en el secreto,<sup>654</sup> mientras que el segundo se configura como el derecho de solicitar al juez todos los medios de prueba para una defensa adecuada,<sup>655</sup>

---

<sup>652</sup> MESEGUER Yebra, Joaquín. El derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 19

<sup>653</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 115. Ella considera que de no haber un control judicial se podría dar el fenómeno de la impunidad en la mayoría de los casos.

<sup>654</sup> L.M. Díez-Picazo nos recuerda que "[...]como muestra E. García de Enterría en su escrito [*Democracia, jueces y control de la Administración*, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1997], tres países democráticos tan influyentes como Estados Unidos, Francia y Alemania excluyen de raíz que quepa invocar el secreto de Estado para lograr inmunidad frente al juez penal". DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 74

<sup>655</sup> La tutela judicial efectiva incluye la obligación correlativa a cargo de los funcionarios de proporcionar toda aquella información que le solicite el juez "[...]en un Estado democrático de Derecho, como el actual, el funcionario debe suministrar la información que le solicite el juez o tribunal en el curso de un proceso penal, aunque con la limitación que prevé nuestro



así como conocer y refutar todas las pruebas que se presenten en una acusación criminal.<sup>656</sup>

No se trata de evaluar si la administración clasificó bien o mal la información, ni tampoco si la información podría o no afectar la seguridad nacional, sino determinar si dentro de los documentos y archivos se esconden crímenes, ilícitos, abusos, corrupción, malas prácticas, que comprometan la responsabilidad de funcionarios, agentes del Estado o particulares. De ser así, automáticamente la información deja de ser materia clasificable y constituiría el ocultamiento de un o unos delitos.<sup>657</sup>

Las personas, dentro del derecho a la tutela judicial efectiva, tienen el derecho a emplear todos los medios de prueba que considere para demostrar su inocencia, y por tanto solicitarle al juez que exija a la administración la entrega de información en su poder. Ello es posible, ya que el juez penal tiene los poderes suficientes para que "[...]en cualquier causa o proceso, y con el derecho a utilizar los medios de prueba como parte de las garantías

---

ordenamiento de que el contenido de dicha información no sea materia clasificada como tal en la Ley de secretos oficiales cuya revelación sea susceptible de poner en peligro la seguridad exterior del Estado". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p.72

<sup>656</sup> Así se ha reconocido por la Suprema Corte de los EE.UU. que "[...]aceptó inicialmente el derecho a conocer no como un resultado de la Primera Enmienda, sino como algo implícito en las normas procesales sobre investigaciones administrativas y procedimientos adversos al individuo. Según el magistrado William Douglas 'el derecho a conocer lo que se nos demanda y a impugnar esa pretensión, a ser oído, a repreguntar, todo ello va implícito dentro de nuestro concepto de 'una audiencia imparcial y completa' ante todas las oficinas administrativas". O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 18

<sup>657</sup> Mary Cheh considera que "The only circumstances in which a court would be constitutionally justified in examining particular secrets and ordering their disclosure are those in which reasonable grounds exist to believe that the President or executive officials are using secrecy to cover up violations of federal law. This exception is necessary to ensure that official action is not above the law. Although judicial action in this situation may be no less of an intrusion into 'political' decisionmaking, executive compliance with the law is a basic prerequisite of constitutional government". CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...]", *op. cit.*, pág. 730

esenciales del fundamental derecho a la tutela judicial efectiva. Con ella, sin embargo, no se discrimina respecto a los medios ni a su cualificación, y se prescinde de tener en cuenta otras incidencias o implicaciones, de forma que la seguridad del Estado carece desde esa perspectiva de cualquier virtualidad para oponerse a la prerrogativa judicial ordinaria".<sup>658</sup>

Puede darse el caso en que el gobierno, para garantizar los intereses de la seguridad nacional, decida "[...]retener o suprimir información clasificada como secreta mediante la terminación de una investigación".<sup>659</sup> Por otro lado, y como usualmente sucede en la desclasificación de información, el tribunal podría autorizar al gobierno para borrar o suprimir determinada información contenida en el documento con el objeto de que pueda ser conocido por el acusado y pueda entrar al caso como prueba.<sup>660</sup>

---

<sup>658</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 232

<sup>659</sup> FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 825

<sup>660</sup> Ello lo menciona con toda claridad B. Fein de la siguiente manera "Moreover, the trial court may authorize the United States to delete specified items of classified information from documents to be made available to the defendant through discovery under the Federal Rules of Criminal Procedure, to substitute a summary of the information for such classified documents, or to substitute a statement admitting relevant facts that the classified information would tend to prove". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...]", *op. cit.*, pág. 826. Un caso paradigmático en los EE.UU. fue el caso Jencks vs. United States "En este caso, Jencks, secretario general de un sindicato obrero, fue acusado y sentenciado conforme a la Ley Nacional de Relaciones Obreras de haber declarado con falsedad que nunca había sido miembro ni había estado afiliado al Partido Comunista. El testimonio decisivo en su contra fue el de dos agentes secretos del FBI (Federal Bureau of Investigation) que se habían infiltrado en el Partido Comunista y que habían presentado con regularidad informes al FBI sobre las actividades de Jencks y del partido. Jencks reclamó tener derecho a que se exhibieran esos informes con vistas a impugnar el testimonio de los agentes ocultos. El magistrado William Brennan, ponente de la mayoría, sostuvo que la justicia requiere de los individuos tengan el derecho de inspeccionar esos documentos y que el gobierno no tiene ningún privilegio evidente para retener tales documentos. El magistrado Brennan sostuvo que aún cuando la prescripción de los documentos mengua intereses nacionales vitales: 'El gobierno puede invocar sus privilegios evidenciales pero únicamente pagando el precio de dejar libre al acusado. La justificación jurídica de los procesos penales es que, siendo el Gobierno el que encausa a un acusado y siendo también el que tiene el deber de ver que se haga justicia, resulta inconcebible permitir que lleve adelante la acusación y que luego invoque privilegios gubernamentales para privar al acusado de algo que podría coadyuvar en



En Alemania se establece la posibilidad de que la administración se niegue a proporcionar a los tribunales información considerada como secreta, además de que se limita la posibilidad de que los funcionarios rindan declaraciones sin autorización de sus superiores jerárquicos, en cuyo caso de desacato pueden hacerse acreedores de una pena.<sup>661</sup>

En España, el derecho a la tutela judicial efectiva se reconoce por el artículo 24 de la Constitución y "[...]alcanza a cualquier actuación de los poderes públicos que afecta a derechos o intereses legítimos, según hemos manifestado, impone descartar las alternativas radicales que en este ámbito se formulen, abogando por las opciones llamadas a hacer efectivo con el empleo de institutos jurídicos admitidos por el ordenamiento y con la aplicación de técnicas procesales específicas, el pleno control judicial".<sup>662</sup> Así, el procedimiento para acceder a la información clasificada en un proceso penal consiste en lo siguiente: "Si llegado el caso la autoridad judicial no

---

su defensa " O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 20. En casi los mismos términos STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege"[...], *op. cit.*, p. 457

<sup>661</sup> Ma. del Pilar Otero señala que "En Alemania, la negativa a entregar a los tribunales de justicia documentos considerados secretos viene regulada en el Código de Procedimiento Penal -art. 54- que establece <la presentación o entrega de actas o de otro tipo de documentos bajo depósito y protección oficial de organismos y funcionarios públicos no puede ser requerida cuando la autoridad administrativa declare que su conocimiento puede acarrear un perjuicio para la Federación o para algún Land>. Por otro lado, la Ley de Funcionarios Federales, de 27 de febrero de 1985, les obliga a mantener secreto de los asuntos de los que hayan tenido conocimiento en el ejercicio de su actividad oficial, de forma que el funcionario no puede declarar sobre estos asuntos sin haber sido autorizado a ello, autorización que concede el superior jerárquico, estando su incumplimiento castigado en el art. 353 b del Código penal. A ello hay que añadir la posibilidad que tiene el Gobierno de excluir igualmente el control parlamentario, en virtud de la Ley de Control Parlamentario sobre las Actividades del Servicio Secreto de Estado, de 27 de mayo de 1992, motivando su negativa ante la Comisión Parlamentaria de Control. Dicha normativa se ha aplicado, entre otros, en el llamado <caso del plutonio>, material radioactivo, que fue confiscado por la policía de Baviera, a requisitoria del servicio de información federal, en el aeropuerto de Munich. Tanto el juzgado como la comisión de investigación se tuvo que conformar con aquéllos documentos que el Gobierno le quiso proporcionar que fueron pocos". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 111

<sup>662</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 218

considera fundada la declaración realizada por alguno de los funcionarios, interpelará al Presidente del Consejo quien debe pronunciarse en el plazo de 60 días. Si éste decide confirmar el carácter de secreto y el mismo es esencial para la causa penal que se trámite (sic), la autoridad competente declarará que no se debe proceder a ninguna acción legal por la existencia de un secreto de Estado".<sup>663</sup>

En Finlandia, por ejemplo, si existiera en la legislación procesal la facultad del poder judicial de acceder a la información en manos del gobierno, sea para acceder a ella o para algún fin específico como contar con toda la información para la investigación de delitos, se podría acceder a ella, ya que el artículo 29 de la *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales Finlandesa* señala que "una autoridad le podrá permitir el acceso a otra autoridad a un documento secreto si: (1) existe una disposición específica sobre acceso o el derecho de acceso en una ley; (2) la persona cuyos intereses se protegen por el secreto consiente en el acceso; (3) el documento es necesario para la consideración de un asunto relacionado con el pago de impuestos, una sentencia interlocutoria, una apelación o una queja en contra de una decisión de una autoridad o una queja en contra de algún órgano internacional para la administración de justicia o investigación; (4) la información es necesaria para el desempeño de un monitoreo específico o tarea de inspección por parte de alguna autoridad".

Finalmente, esa capacidad de los tribunales de revisar el contenido de los secretos debiera, al parecer de M. Cheh, alcanzar también a los criterios que

---

<sup>663</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. *Razones de Estado[...]*, op. cit., p. 157

guían las decisiones para crear los secretos, como por ejemplo las *Executive Orders* del Presidente de los EE.UU., con el objeto de que las mismas no sean elaboradas de manera arbitraria y, por tanto, las negativas tengan como propósito el rechazar la publicidad de informaciones para ocultar violaciones a la ley, conforme a criterios que tiendan efectivamente a proteger los otros bienes jurídicos reconocidos constitucionalmente (p. e. intimidad, seguridad nacional).<sup>664</sup>

La manera en la que el poder judicial controla la facultad del Ejecutivo de "invocar" la seguridad nacional para la creación de secretos, siguiendo a G. Zellick, podría servir de instrumento de medición del grado de independencia del poder judicial, así como para evaluar el respeto/protección de los derechos fundamentales en una sociedad democrática.<sup>665</sup>

---

<sup>664</sup> CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive[...], *op. cit.*, pág. 733

<sup>665</sup> En sus palabras "How governments use the claim of national security, and how the courts respond to those claims, are crucial tests of civil liberties and the independence of the judiciary in any society". ZELLICK, Graham. "National Security, Official[...], *op. cit.*, p. 189

## CAPÍTULO IV

### EL SECRETO DE ESTADO EN EL ESTADO DE DERECHO

#### A. La transformación del Estado: los elementos del Estado de Derecho

El cambio del Estado del antiguo régimen al Estado de Derecho supuso la eliminación del uso arbitrario de la fuerza,<sup>666</sup> que para entonces estaba ya monopolizada por el soberano (gobernante). Asimismo, dicho cambio implicó la sumisión de éste (y de todos) a las leyes.<sup>667</sup> Con la razón de Estado, se buscaba someter al gobernado al poder del gobernante, mientras que con el Estado de Derecho se amplía la lógica del poder; ya que se intenta, además, someter al gobernante a las leyes expresadas por el soberano, es decir por el gobernado.<sup>668</sup>

---

<sup>666</sup> Para Nora Rabotnikof "La consolidación del Estado Moderno se basó en un proceso de 'expropiación y concentración de poder político' y de centralización del poder de decisión[...]" RABOTNIKOF Maskivker, Nora. El espacio público[...], *op. cit.*, p. 72

<sup>667</sup> Michel Foucault explica ejemplarmente lo anterior de la siguiente manera: "Una tradición que se remonta al siglo XVIII o al XIX nos habituó a situar el poder monárquico absoluto del lado del no-derecho: lo arbitrario, los abusos, el capricho, la buena voluntad, los privilegios y las excepciones, la continuación tradicional de estados de hecho. Pero eso significa olvidar el rasgo histórico fundamental: las monarquías occidentales se edificaron como sistemas de derecho, se reflejaron a través de teoría del derecho e hicieron funcionar sus mecanismos de poder según la forma del derecho. El viejo reproche de Boulainvilliers a la monarquía francesa -haberse valido del derecho y los juristas para abolir los derechos y rebajar a la aristocracia-, tiene, *grosso modo*, fundamento. A través del desarrollo de la monarquía y de sus instituciones se instauró esa dimensión de lo jurídico-político; por cierto que no se adecua a la manera en que el poder se ejerció y se ejerce; pero es el código con que se presenta, y prescribe que se lo piense según ese código. La historia de la monarquía y el recubrimiento de hechos y procedimientos de poder por el discurso jurídico-político fueron cosas que marcharon al unísono". FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad[...], *op. cit.*, p. 106-7

<sup>668</sup> Para Hernán Gutiérrez "La concepción teórica de la razón de Estado responde a una necesidad de la sociedad en su evolución: sujetar al gobernante a los intereses del Estado, necesidad de disociar su persona y sus intereses de los del Estado. La siguiente etapa en la evolución política es la necesidad de subordinar, ya no el gobernante al Estado, sino el Estado al derecho". GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares[...]", *op. cit.*, p. 33

Nuestra visión de Estado de Derecho parte de la afirmación de Elías Díaz que indica que "No todo Estado es Estado de Derecho".<sup>669</sup> Dicho autor reconoce que el Estado, todo Estado, crea normas jurídicas que regulan la vida social, la relación del gobierno con los gobernados y la forma de resolver conflictos entre ellos. Sin embargo, el término "Estado de Derecho" es un calificativo que no todo Estado tiene derecho a utilizar, ya que para ello las normas jurídicas (nos referiremos a éstas como Derecho, leyes, ordenamiento jurídico, indistintamente), así como el actuar y organización del poder deben satisfacer ciertos requisitos de *ética política* que más adelante detallaremos.<sup>670</sup>

El Estado de Derecho nace de un proceso que inicia con el tránsito a la modernidad<sup>671</sup>, y que al pasar de los años irá acumulando los elementos que nos permiten ahora caracterizarlo.<sup>672</sup> En palabras de Elías Díaz: "El Estado

---

<sup>669</sup> DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Ed. Taurus, Madrid 1992, 8ava reimpresión, p. 17. También Ver del mismo autor su trabajo posterior al respecto intitulado DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias internas, dimensiones sociales", en Sistema, núm. 125, 1995.

<sup>670</sup> Ver: DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 6-9

<sup>671</sup> Ver: PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Tránsito a la modernidad[...], *op. cit.*, en especial el capítulo 3, págs. 25-32

<sup>672</sup> Para Elías Díaz "El Estado de Derecho es, así, una invención, una construcción, un resultado histórico, una conquista más bien lenta y gradual (también dual, bifronte), hecha por gentes e individuos, sectores sociales, que, frente a poderes despóticos o ajenos, buscaban seguridad para sus personas, sus bienes y propiedades y que, a su vez, ampliando el espectro, exigen garantías y protección efectiva para otras manifestaciones de su libertad, y ello, en forma tanto de positiva intervención en los asuntos públicos como de negativa no-interferencia de los demás[...] Desde el Renacimiento, y siempre con algún tipo de precedentes, los Estados modernos, frente a los privilegiados fraccionamientos medievales y feudales, reclaman y logran asumir para sí la suprema y única soberanía (Maquiavelo, Bodino). Y es en ese marco donde van a manifestarse con fuerza y con diferentes prioridades dichas demandas y su reaseguramiento (Hobbes), reconocidas y pronto institucionalizadas a través de precisamente de una coherente regulación jurídica y de un (auto) control efectivo de tales poderes públicos: Estado liberal, Locke, Declaraciones de derechos de 1689 en Inglaterra y de 1776 en América del Norte; influencia, asimismo, de la filosofía de la Ilustración y del mejor idealismo alemán (Kant como fundamento); en esas vías teórico-prácticas incidirá, con acento y potencialidades más democráticas, la revolución

de Derecho, así básicamente concebido, es un tipo específico de Estado, un modelo organizativo que ha ido surgiendo y construyéndose en las condiciones históricas de la modernidad como respuesta a ciertas demandas, necesidades, intereses y exigencias de la vida real, de carácter socioeconómico y, unido a ello[...] también de carácter ético y cultural[...]. El Estado de Derecho, tanto en su (descriptiva) plasmación positiva como – relación no lineal ni mecánica– en su (prescriptiva) formulación ética, responde desde esa consideración histórica a concretas exigencias de certeza y aseguramiento de propiedades, y de su tráfico, así como a protección de otras valiosas libertades (de religión, pensamiento, expresión, etc.) y a garantías de diversa especie que no pueden prescindir tampoco de una cierta referencia inicial a la igualdad".<sup>673</sup> En ese mismo sentido C. J. Friedrich señala que "La idea de un derecho del estado, es decir, de un derecho al que están sujetas las diversas ramas del gobierno, y al que deben obedecer en el ejercicio de su 'autoridad', es el puente tendido entre el absolutismo despótico y arbitrario y un constitucionalismo penalmente desarrollado. En este último, desaparece el 'estado' en su estricto sentido. Se disuelve en una multiplicidad de autoridades unidas formalmente por la constitución y, en realidad, por la voluntad del pueblo expresada en los programas y actividades de los partidos políticos".<sup>674</sup>

---

francesa (Enciclopedia, Rousseau) y, en concreto, la <Declaración de derechos del hombre y del ciudadano> de 1789". DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 8

<sup>673</sup> DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 7. También Ver: ANSUÁTEGUI Roig, Francisco Javier. Poder, Ordenamiento jurídico, derechos, Ed. Dykinson y Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos Bartolomé de Las Casas núm. 2, Madrid 1997, p. 85

<sup>674</sup> FRIEDRICH, Carl Joachim. La filosofía del[...], *op. cit.*, p. 311



Por consiguiente, el Estado de Derecho, para ser considerado como tal, debe satisfacer los siguientes elementos (o requisitos de *ética política* que prometimos detallar): (i) Imperio de la Ley; (ii) Separación de Poderes; (iii) Controles a los Poderes; y (iv) Derechos y Libertades Fundamentales.<sup>675</sup>

Por imperio de la ley entendemos que, como su nombre lo indica, la ley como expresión de la voluntad del pueblo, integrado por ciudadanos libres e iguales, *impera sobre gobernantes y ciudadanos*.<sup>676</sup> En este sentido, el imperio de la ley es la sumisión de los gobernados y gobernantes a la ley; pero no a cualquier ley, sino a una ley con límites. Esto marca una diferencia entre el antiguo régimen y el Estado de Derecho, ya que aquél también se regía por normas, no obstante las normas podían tener contenidos y alcances ilimitados, lo cual no sucede en el Estado de Derecho. La legalidad en el Estado de Derecho debe satisfacer ciertos límites éticos o morales que son el respeto de los valores vinculados a los Derechos Humanos derivados de la modernidad.<sup>677</sup>

Por otro lado, los Derechos y Libertades Fundamentales que debe garantizar el Estado de Derecho son, en términos generales, el derecho a la vida, a la

---

<sup>675</sup> Ver: DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 7 y ss.

<sup>676</sup> DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 9. El Derecho para ser válido y exigible debe basarse en la autoridad del mismo Derecho que proviene de su racionalidad, que en palabras de C.J. Friedrich "[...]puede decirse que la autoridad de la ley depende de que sea razonable -es decir, de su justicia-; que la legitimidad de una constitución, de un estatuto, de una decisión depende de ser conforme a derecho, y que su legalidad depende de su concordancia con las leyes positivas. Lo mismo puede decirse de los 'titulares' de la autoridad, la legitimidad y la legalidad: los gobernantes o soberanos. Su legalidad es cuestión de ley positiva, en particular de ley constitucional, si es que tal ley existe; su legitimidad es cuestión de derecho y justicia, y su autoridad, materia de razón, es decir de su capacidad para comprender las ideas, los valores y las creencias de los miembros de la comunidad". FRIEDRICH, Carl Joachim. *La filosofía del[...]*, *op. cit.*, p. 295-6

<sup>677</sup> Ver: FERNÁNDEZ García, Eusebio. "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", en *Sistema*, núm. 138, Mayo 1997, p. 102

integridad personal (física y moral), a la libertad de conciencia, de opinión, de expresión, de información (incluida la posibilidad de acceder a la generada por el Estado), de religión, de reunión, de asociación, de circulación y demás derechos "liberales" y "sociales", incluidas las garantías institucionales, jurisdiccionales y no jurisdiccionales para hacer efectivos dichos derechos.<sup>678</sup>

El profesor Eusebio Fernández discrepa con el profesor Elías Díaz por incluir en los Derechos Humanos que el Estado de Derecho debe garantizar efectivamente ciertos Derechos Económicos, Sociales y Culturales por ser proclamaciones utópicas de realización incierta, lo cual hace al Estado prometer lo que es incapaz de cumplir. En sus palabras: "[...]Elías Díaz es consciente, con un sentido común que no tiene por qué ser enemigo de la generosidad, de que el Estado de Derecho se encuentra con enormes obstáculos para asumir todas esas demandas. El Estado de Derecho perdería mucha legitimación social si pretendiera crear la esperanza en los ciudadanos de que estos nuevos derechos, lo mismo que los económicos y sociales, se van a conseguir por artes especiales, dando pie a promesas llamadas a no ser cumplidas. Por ello quizá lo más adecuado, aunque también lo menos popular y electoralista, sea reducir en el contenido la lista de los derechos que han de incluirse en el cuarto elemento característico del Estado de Derecho. La selección se puede hacer tomando como criterio básico aquéllos derechos que pueden ser garantizados efectivamente con la existencia del Estado liberal-democrático. Los derechos económicos, sociales y culturales y estos nuevos derechos serían objetivos o metas morales y políticas a conseguir por el Estado de Derecho, pero nunca

---

<sup>678</sup> Ver: DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 9

presupuestos de su definición".<sup>679</sup> En defensa de Elías Díaz y de un *concepto exigente de Estado de Derecho*, Gerardo Pisarello sostiene que en el Estado de Derecho, los Derechos Fundamentales fungen como límites al poder público y que el Estado en aras de dar contenido real a las libertades civiles y políticas que permitan la participación democrática en la elaboración *del rumbo de la sociedad* está obligado a limitar también a los "poderes privados" como el mercado. Propone como derechos "mínimos pero innegociables" a ser garantizados por el Estado el derecho a "la subsistencia, salud, vivienda y, sobre todo, a una educación crítica".<sup>680</sup>

Además, el orden jurídico internacional ha establecido una serie de principios y normas de obligatoriedad general para los Estados que en definitiva establecen límites a su soberanía: a los actos, prácticas y acuerdos entre los Estados.<sup>681</sup> Efectivamente, desde la aprobación en 1945 de la Carta de Organización de las Naciones Unidas, los integrantes de la comunidad internacional dejaron de tener absoluta autonomía para actuar. Los propósitos y principios de la Carta de la ONU representan ser sus límites, suponen obstáculos al poder, trabas que lo que pretenden son alcanzar una

---

<sup>679</sup> FERNÁNDEZ García, Eusebio. "Hacia un concepto restringido[...], *op. cit.*, p. 109; para toda la discusión, Ver a partir de p. 106

<sup>680</sup> Ver: PISARELLO, Gerardo. "Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)", en *Sistema*, Núm. 144, Mayo 1998, p. 106

<sup>681</sup> Asdrúbal Aguiar, nos dice lo siguiente: "El Derecho Internacional evolucionado, comunitario o estatal mundial, por el contrario, subvierte la autoridad y el peso de las voluntades públicas internas sujetándolas; revela grados crecientes de centralización orgánica revalorizando el rol jurídico del individuo con independencia de su adscripción nacional o territorial; y, además, se construye sobre principios jurídicos prescriptivos o heterónomos que emula al Derecho interno de los Estados, diferenciando intereses (sociales vs personales), si bien aquéllos emergen dentro de un ámbito intergubernamental (tratado marco) que todavía legitima la autoridad ordenadora inicial de las soberanías estatales (pacto societario)". AGUIAR, Asdrúbal. *Derechos Humanos y responsabilidad internacional del Estado*, Monte Ávila Editores Latinoamericana y Universidad Católica Andrés Bello, Colección: Estudios Serie Sociales, 1ª Ed., Venezuela 1977, p. 83-4

comunidad internacional que viva en la paz, la justicia, y que las relaciones entre los sujetos de aquélla se basen en un fortalecido Derecho Internacional.<sup>682</sup> En concreto, los Estados se comprometen a comportarse conforme a los principios a que se refiere el artículo 2 de la Carta,<sup>683</sup> con el objeto de alcanzar los propósitos a que se refiere la misma: mantener la paz y seguridad internacionales, fomentar las relaciones de amistad entre las naciones, emplear la cooperación internacional para la solución de los problemas económicos, sociales, culturales y humanitarios, así como ser el punto de confluencia para armonizar los intereses de las naciones.<sup>684</sup> Sin embargo, para darle contenido normativo a dichas disposiciones de la Carta, y en concordancia con sus propósitos, la Asamblea General de la ONU aprobó el 10 de diciembre de 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos que define un amplio catálogo de Derechos Humanos (incluidos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales) y que, como vimos anteriormente, establece los criterios para comprender con seguridad el alcance y contenidos de las obligaciones a que se refiere la Carta. Además, con el paso del tiempo, esa Declaración, que en un principio se trataba de una resolución que reflejaba un simple ideal común de los Estados miembros de la Organización (que ahora asciende a los 192 Estados, casi la totalidad de los que existen), se ha convertido en un valor con plena fuerza

---

<sup>682</sup> En el preámbulo de la Carta de la Organización de las Naciones Unidas (en adelante la "Carta" y la "ONU", respectivamente) encontramos que en su primer párrafo se refiere a 'preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra', en el tercer párrafo se pretende 'crear las condiciones bajo las cuales pueda mantenerse la justicia y el respeto a las obligaciones emanadas de los tratados y de otras fuentes del Derecho Internacional'. Tomada de <http://www.un.org/>

<sup>683</sup> Ver: artículo 2 de la Carta.

<sup>684</sup> Ver: Artículo 1 de la Carta que se refiere a los propósitos de la ONU.

jurídica; es decir un documento que genera la obligación a los Estados de proteger, garantizar y promover en el ámbito de su jurisdicción interna los contenidos de dicha Declaración.<sup>685</sup>

Por otro lado, la separación de poderes de acuerdo con la clásica división tripartita (legislativo –constituyente y constituido–, ejecutivo y judicial)<sup>686</sup> tiene por objeto y finalidad evitar el uso arbitrario del poder.<sup>687</sup> Al respecto Bobbio dice que "se ha creído por mucho tiempo que la única manera de controlar el poder es distribuyéndolo. El poder se distribuye y no se concentra en un solo órgano. Según la expresión de Montesquieu, a quien se atribuye la teoría de la separación de los poderes, es necesario que el poder frene al poder. Si existen tres poderes, ninguno tiene el poder absoluto[...] hoy el constitucionalismo moderno estima que el modo para frenar y limitar el poder

---

<sup>685</sup> La doctrina ha señalado que la Declaración Universal de Derechos Humanos tiene validez jurídica ya que se considera como la interpretación auténtica de las referencias que a ella se hacen en la Carta de la ONU. Dichas referencias las encontramos en el Preámbulo, los artículos 1.3, 55, 56, 62, fracción 2 y 68 de la Carta. Entre ellos, VILLÁN Durán, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin, Estrasburgo, 1997. Carrillo Salcedo señala que "[...]con el reconocimiento de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional penetra en el corazón mismo de la soberanía, es decir, en las relaciones de un Estado con las personas que se encuentran bajo su jurisdicción, incluidos sus nacionales, con lo que el rostro de la soberanía queda remodelado y transformado". Retoma afirmaciones del expresidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al señalar que "[...]la continua utilización de la Declaración Universal por la Organización de las Naciones Unidas permite sostener que aquélla fue aceptada como interpretación legítima de las normas relevantes de la Carta de las Naciones Unidas, en especial las relativas a la obligación jurídica de los Estados de promover la observancia de los Derechos Humanos". CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después, Ed. Trotta, Colección Mínima, Madrid 1999, pág. 20 y 88-9, respectivamente. Para profundizar al respecto, Ver: ORAÁ, Jaime; GÓMEZ Isa, Felipe. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario, Ed. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao 1998; ORAÁ Oraá, Jaime. En torno al valor jurídico de la Declaración Universal, en AA.VV. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar, Ed. Universidad de Deusto, Serie Ayuda Humanitaria: Monografías, vol. 1, Bilbao 1999; GÓMEZ Isa, Felipe. La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido, en AA.VV. La Declaración Universal de Derechos..., *Op. Cit.*, págs. 15-92

<sup>686</sup> Ver: DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 9

<sup>687</sup> Ver: FERNÁNDEZ García, Eusebio. "Hacia un concepto restringido[...], *op. cit.*, p. 111-2

es la garantía de los derechos de libertad; es decir, que el parlamento –que pese a todo detenta el poder soberano en el estado democrático– no puede hacer cualquier cosa".<sup>688</sup>

Al hablar de Estado de Derecho nos referimos pues, además de límites al poder,<sup>689</sup> a límites de la democracia misma. Esto es que las leyes y decisiones que se tomen por las mayorías tendrán a su vez como límites Derechos Fundamentales, división de poderes, controles entre poderes; es decir, no podrán contravenir con alguna decisión los elementos esenciales del Estado de Derecho. De ser así, podríamos llegar a una democracia dictatorial o a lo que se conoce como una "tiranía de las mayorías".<sup>690</sup>

---

<sup>688</sup> BOBBIO, Norberto. Fundamento[...], *op. cit.*, p. 50

<sup>689</sup> Para abundar en el tema de los Derechos Fundamentales como límites al poder, consultar la obra de ASIS Roig, Rafael. Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder, Ed. Debate, Madrid 1992. Para Friedrich "la constitución deberá entenderse como el proceso por el cual se limita la acción política y, al mismo tiempo, se le da forma. La constitución tiene una función definida en el cuerpo político. La garantía de los derechos básicos y la separación de poderes, ya sea funcional o espacial (federalismo), han servido como límites. Los derechos básicos definen una esfera, en función de normas generales, en la que las autoridades gubernamentales, las legislativas inclusive no pueden intervenir, salvo en circunstancias muy especiales. La separación de poderes evita que persona o grupo alguno dentro de ese orden constitucional concentre en sus manos todo el poder, o siquiera la mayor parte de él". FRIEDRICH, Carl Joachim. La filosofía del[...], *op. cit.*, p. 318. Bobbio al hablar de los derechos individuales y de la representatividad democrática, desde la perspectiva histórica nos dice lo siguiente: "[...]el Estado representativo se afirma, por lo menos en un primer momento, como el resultado de un compromiso entre el poder del Príncipe cuyo principio de legitimidad es la tradición y el poder de los representantes del pueblo (donde por 'pueblo' se entiende inicialmente la clase burguesa), cuyo principio de legitimidad es el consenso. La diferencia del Estado representativo con respecto al Estado estamental radica en el hecho de que la representación por rangos o corporativa (hoy se diría representación de intereses) es sustituida por la representación de los individuos (en un primer momento sólo por los propietarios) a lo que se les reconocen derechos políticos[...] mediante las primeras Declaraciones de derechos, representa la verdadera y propia revolución copernicana en la historia de la evolución de las relaciones entre gobernantes y gobernados: el Estado ya no considerado ex parte principios, sino ex parte populi. El individuo es primero que el Estado; el individuo no es para el Estado sino el Estado para el individuo". BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno[...], *op. cit.*, p. 162-3

<sup>690</sup> Ver: FERNÁNDEZ García, Eusebio. "Hacia un concepto restringido[...]", *op. cit.*, p. 108. Más adelante apunta que "El Estado de Derecho, por tanto, ha venido a responder a esa siempre vigente y constante tendencia hacia el abuso de poder, bien sedimentado en la psicología humana". (p. 110)

Por controles a los poderes entendemos la supervisión de la administración pública, vista ésta como la organización derivada de lo que comúnmente conocemos como el poder ejecutivo, por los órganos creados para ello a través de las normas supremas, así como por el poder judicial y legislativo.<sup>691</sup> Con esto se busca evitar los abusos de poder sometiendo a la vigilancia de la legalidad, sobre todo, al poder ejecutivo.<sup>692</sup>

En este sentido y acerca de las limitaciones al poder absoluto a través de controles, desde la configuración histórica del Estado de Derecho, tenemos dos tradiciones. Siguiendo a Clauss Offe y a Ulrich Preuss, una es la tradición americana que se refiere a la construcción constitucional que neutraliza los peligros de las "pasiones", el "despotismo" y las "facciones", al poner énfasis en los controles entre los poderes. En sus palabras, los controles se expresan en tres principios basados en el interés: (i) el interés controla al interés (*interests check interests*) por medio del establecimiento de garantías legales que respeten a la sociedad de mercado basada en aseguramiento de la propiedad privada y la libre contratación; (ii) el interés controla al poder gubernamental a través de una densa red de "derechos democráticos", como pueden ser los más importantes: el sufragio y la libertad de prensa; y finalmente, (iii) el poder controla al poder, por ejemplo, los tenedores del poder democrático se controlan entre sí, a través de complejos mecanismos y poderes que se extienden entre las diversas instituciones de

---

<sup>691</sup> Ver notas al pie de página número 722 y 723 en donde hacemos referencia a los controles entre poderes del Estado según Montesquieu.

<sup>692</sup> Ver: DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...], *op. cit.*, p. 9

gobierno, como lo son los Estados Federados, el Gobierno Federal, la Presidencia, el Congreso, la Suprema Corte y las Fuerzas Armadas.<sup>693</sup>

La segunda tradición que explican dichos autores, es la tradición francesa de la teoría democrática, misma que está íntimamente ligada a la noción colectivista de la salvación secular del progreso social, y que considera a la Constitución Política como una maquinaria para la promoción del bien común. El problema de cómo alcanzar el bien común, no se refiere a cómo controlar y neutralizar los peligros del poder (*faction*), sino en cómo hacer a los ciudadanos "buenos ciudadanos" –por ejemplo ciudadanos comprometidos con la nación.<sup>694</sup>

Independientemente de las diferencias marcadas, las Declaraciones de Derechos del siglo XVIII, americana y francesa, sirvieron para patentar la existencia de Derechos previos a la organización del nuevo Estado y, por lo tanto, éste no podía interferir en esa esfera individual del hombre, ya que el Estado nace precisamente para garantizar los derechos de las personas.<sup>695</sup> En este sentido, el profesor Peces-Barba, al Estado Liberal de Derecho, le asigna el papel de "cuna de los Derechos Fundamentales".<sup>696</sup>

---

<sup>693</sup> OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. "Democratic Institutions and Moral Resources", en HELD, David (de). Political Theory Today, Polity Press y Blackwell Publishers, Oxford 1991, p. 152

<sup>694</sup> Ver: OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. "Democratic Institutions and [...], *op. cit.*, p. 153

<sup>695</sup> Al respecto Bobbio señala que "Se parte del individuo, que tiene sus derechos independiente del Estado. Por lo tanto, el Estado nace después, el Estado nace, justamente, con el objeto de garantizar los derechos del individuo[...]" BOBBIO, Norberto. Fundamento[...], *op. cit.*, p. 51-2

<sup>696</sup> PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Tránsito a la modernidad[...], *op. cit.*, p. 25



Estos Derechos Humanos incluían e incluyen, en un afán por conceptualizar al Estado de Derecho, el derecho de las personas para elegir a sus gobernantes y su forma de gobierno.<sup>697</sup> Esta tradición de reconocer el derecho a la participación política ha tenido una evolución histórica interesante. La democracia liberal le reconoce, en principio, el derecho al sufragio a los ciudadanos, que en la época eran los varones libres e independientes (es decir propietarios, burgueses). Los procesos sociales de los siglos XVIII y XIX lograron que los derechos políticos se generalizaran a lo que ahora conocemos, a lo que se conoce como la tradición democrática.<sup>698</sup> Los diferentes *modelos de democracia* han traído consigo la comprensión y calificación de la misma de distintas maneras, por ejemplo *formal, sustancial, liberal, burguesa, socialista, proletaria, fascista*. Michelangelo Bovero apuesta por una democracia sin adjetivos en donde por democracia se entienda el régimen político que permita la participación igualitaria y general (universal) de todas las personas a las “que se dirigen las decisiones colectivas políticas (leyes y disposiciones válidas *erga omnes*, 'para

---

<sup>697</sup> En opinión de David Held, “[...]hay cinco categorías de derechos cruciales para posibilitar la participación de las personas en condiciones de libertad, igualdad, en la regulación de su propia asociación: los civiles, los políticos, los económicos, los sociales y los reproductivos[...]Las cinco categorías de derechos no articulan una lista de bienes infinita; más bien, articulan las condiciones necesarias para una participación libre e igual[...]” HELD, David. *Modelos de Democracia*, Ed. Alianza, Versión española de Teresa Alberó, Madrid 1991, p. 402. En este sentido remitimos nuevamente a la discusión académica, entre Eusebio Fernández, Elías Díaz y Gerardo Pisarello, acerca de la inclusión en el concepto de Estado de Derecho ciertos Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

<sup>698</sup> Ver: PECES-BARBA Martínez, Gregorio. *Curso de Derechos Fundamentales (Teoría General)*, con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Gascón, Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Colección Cursos núm. 3, Madrid 1995, en especial las págs. 160-171 (el proceso de generalización de los derechos fundamentales); y págs. 199-204. (sentido y contenido de las influencias ideológicas)

todos')[...] sin exclusión de género, raza, religión, opinión o censo".<sup>699</sup> Sin pretender hacer un análisis exhaustivo del tema, consideramos a la democracia como la posibilidad de que los gobernados participen, ya sea directa o indirectamente en las decisiones que atañan a la colectividad y que éstas respeten los Derechos Humanos que discutimos con anterioridad.<sup>700</sup> Retomando a Michelangelo Bovero, para quien la democracia se fundamenta en ciertos valores políticos, la realización de aquella, entonces, sería imposible sin la "*garantía institucional*" de respeto de dichos valores, que se consideran *precondiciones* de aquella (de la democracia); estas son las denominadas *cuatro grandes libertades de los modernos* "1) la libertad personal, que consiste en el derecho a no ser detenido arbitrariamente, y del que puede ser considerado su corolario: la libertad de desplazarse sin ser obstaculizado por barreras opresivas[...] 2) la libertad de opinión y de prensa o, mejor dicho, la libertad de expresar y difundir el propio pensamiento, que equivale al derecho de disenso y de crítica pública y que permite la formación de una oposición política consistente y el control sobre el poder; 3) la libertad

---

<sup>699</sup> BOVERO, Michelangelo. Los adjetivos de la democracia, Mimeógrafo de la Conferencia dictada en la Universidad Carlos III de Madrid el 17 de enero de 1997 en el marco del Doctorado en Derecho: Programa de Derechos Fundamentales del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas.

<sup>700</sup> Ver: BOVERO, Michelangelo. Los adjetivos de la..., *op. cit.* El profesor Rafael de Asís Roig dice que "Los primeros derechos que se reconocen dentro del denominado proceso de positivación son los llamados derechos autonomía[...]ya en este proceso aunque predominantemente en el de generalización, aparecerán otro tipo de derechos que se conocen con el nombre de derechos políticos o de participación.". (p. 123). Para él, "La esencia de estos derechos no radica tanto en la limitación del poder, sino en participar en su composición y en su actuación. Aparece así lo que denominamos como la *paradoja de la participación* en la fórmula <derechos fundamentales como límites al poder>. Ciertamente, estos derechos pueden ser contemplados en el sentido de que el poder no puede restringir la posibilidad de participación en su composición, y por ende, pueden ser contemplados límites al poder. Pero en realidad, su significado no está centrado tanto en esta perspectiva sino en la de la generación y participen el poder. Estos derechos son límites al poder sólo en una órbita reducida, ya que se trata más bien de pretensiones para entrar a formar parte de ese poder al que buscan limitar[...]". (p. 124) DE ASÍS Roig, Rafael. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Ed. Debate, Madrid 1992.

de reunión, que equivale al derecho de protesta colectiva, y 4) la libertad de asociación[...]"<sup>701</sup> Asimismo, considera que la democracia contiene o mejor dicho se integra de un conjunto de valores que "son los valores propiamente democráticos, contenidos en la noción misma de democracia".<sup>702</sup> La Democracia es pues un elemento esencial del Estado de Derecho.<sup>703</sup>

En resumen, la democracia es "aquel régimen que permite tomar decisiones con el máximo de consenso de los ciudadanos, fundado sobre los principios de libertad de modo que los ciudadanos puedan elegir a sus gobernantes, y, al mismo tiempo, fundado sobre el principio de Estado de Derecho, que es lo que obliga a los gobernantes a no exorbitar su poder, y a ejercerlo en el ámbito de un sistema de normas escritas".<sup>704</sup>

Vemos entonces como Estado de Derecho y Democracia son conceptos íntimamente relacionados, que sin el respeto y la garantía efectiva del otro carece de valor. Todos ellos, como ya vimos, son productos históricos que no agotan su expansividad al categorizarlos hoy día. No obstante, el progreso

---

<sup>701</sup> BOVERO, Michelangelo. Los adjetivos de la[...], *op. cit.*, p. 28-9

<sup>702</sup> BOVERO, Michelangelo. Los adjetivos de la[...], *op. cit.*, p. 28-9. Dichos valores son la tolerancia, laicidad, igualdad, etcétera.

<sup>703</sup> Para Elías Díaz "Vertebrando no sin conflictos ni contradicciones toda esa decisiva evolución histórica y esos diferentes (no indiferentes) modelos de Estado de Derecho, tenemos -ya se indicó antes- ciertos componentes, ciertos mecanismos, procedimientos, valores, que han sido y deben ser considerados como fundamentales básicos, imprescindibles para que pueda en rigor hablarse, con aplicación a todas esas relacionadas situaciones, de un verdadero, pero no estático ni esencialista, Estado de Derecho. Tales necesarios caracteres generales (entendiendo siempre que el Estado de Derecho, como la democracia misma, es siempre una realidad de carácter procesual, perfectible y abierta en el tiempo)". DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias[...]", *op. cit.*, p. 9. Asimismo Ver: BOBBIO, Norberto. Fundamento[...], *op. cit.*, p. 43-4

<sup>704</sup> BOBBIO, Norberto. Fundamento[...], *op. cit.*, p. 46. Dicha definición nos recuerda la noción de soberanía de C.J. Friedrich. En sus palabras "La idea de soberanía se desarrolló para designar, en determinada comunidad política, a aquel que tiene 'la última palabra' en

moral que trajo la modernidad en la organización y en el actuar del poder, no pudo desaparecer ni eliminar por completo a la razón de Estado. Como ejemplos tenemos a los estados de excepción y el secreto de Estado; ambos instrumentos que buscan la protección y seguridad del Estado, ambos instrumentos que justifican su actuar, en última instancia, en la *conservación, seguridad y supervivencia del Estado*. Para Nora Rabotnikof "La razón de Estado[...] (es) una suerte de moralidad de los casos de excepción, y los casos de excepción son aquéllos en los que está en juego el logro de ciertos fines que como tales solo pueden ser anticipados por quienes pueden tener la visión del tiempo y del conjunto, es decir por los hombres de Estado. Por ello no es una moralidad con pretensiones universales sino una moralidad para la política, para ese terreno donde el secreto y la ponderación cuidadosa de bienes y males se redimensiona. Por ello no pregona el engaño o la manipulación para todos, ni la justifica en todas las ocasiones. Por ello tampoco puede ser una moral para todos".<sup>705</sup>

El Estado de Derecho, por tanto, se caracteriza por el sometimiento de gobernantes y gobernados a la legalidad. Ello supone la imposibilidad de que alguna persona quede al margen del ordenamiento jurídico. Esto quiere decir que no habrá privilegios "legales" que beneficien a algunos, sino que las conductas de las personas que se encuentren dentro de cierto territorio estarán reguladas por cierto Derecho, incluidos gobernantes.<sup>706</sup> El Estado de

---

cualquier cuestión que desee decidir por sí mismo". FRIEDRICH, Carl Joachim. La filosofía del..., *op. cit.*, p. 318

<sup>705</sup> RABOTNIKOF Maskivker, Nora. El espacio público..., *op. cit.*, p. 250

<sup>706</sup> Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. "El secreto de Estado ilegal: Aspectos Básicos", en Cuadernos de política criminal, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, núm. 62, 1997, p. 415

Derecho contemporáneo cumple la función de limitar al poder, sobre todo limitar el abuso del poder del antiguo régimen, que se caracterizaba por fundarse en la razón de Estado y por el uso desmedido de su instrumento: el secreto. El Estado de Derecho y la Democracia, posteriormente, como organización socio-político-jurídica, se impusieron como límites al ejercicio arbitrario del poder.<sup>707</sup> Una vez consolidado el monopolio del uso de la fuerza<sup>708</sup> en el Estado de Derecho, éste se establece como la forma viable de organización política; pero con una finalidad diversa: garantizar la seguridad y los Derechos Fundamentales de los ciudadanos.<sup>709</sup> El Estado de Derecho,

---

<sup>707</sup> Ver: DE LUCAS Martín, Javier. "Democracia y Transparencia[...], p. 133-4

<sup>708</sup> Para John Locke este monopolio del uso de la fuerza se da debido al contrato social en el que los hombres (y ahora todos los hombres y mujeres) ceden parte de su igualdad, de su libertad y de su 'poder ejecutivo' en favor de la sociedad y esta como contraprestación, que a través de las leyes crea al Estado y al gobierno, se obliga a ejercer sus funciones respetando dichas leyes. La finalidad que persigue esta organización social son la paz, la seguridad y el bien del pueblo. Esta claro que para Locke la principal finalidad que persigue el contrato social es la preservación de la vida, la libertad y la propiedad de los ciudadanos. LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil), Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Ed. Alianza, Madrid 1990, p. 136-7

<sup>709</sup> Siguiendo al profesor Eusebio Fernández, "Las teorías contractualistas vendrán a dar solución a la búsqueda de un nuevo principio de legitimidad en los siglos XVII y XVIII, que explique el origen y fundamento de la sociedad civil y política. Este tipo de legitimidad democrática, ya que explica el origen de la sociedad en un pacto entre individuos libres e iguales y fundamenta la legitimidad de los gobiernos en el consentimiento de los gobernados". (p. 147) Mas adelante nos dice que "El poder político nacido del pacto social va a obtener la legitimidad de su origen y ejercicio en el reconocimiento, defensa y protección de unos derechos naturales cuya procedencia se encuentra en una situación presocial o estado natural, y cuya justificación filosófica se halla en la existencia de un Derecho deducido de la naturaleza racional del hombre, anterior en el tiempo a todo Derecho elaborado por las sociedades políticas realmente existentes y superior cualitativamente a las leyes positivas (tan superior que les otorga su validez moral y jurídica)". (p. 169) FERNÁNDEZ, Eusebio. Teoría de la justicia y Derechos Humanos, Ed. Debate, Serie Derecho, 2a reimpresión, Madrid 1991. En una visión histórica Eduardo García de Enterría nos dice lo siguiente al referirse a la aparición de una lengua nueva a partir de la Revolución Francesa, la cual "Alude a una nueva realidad, la que ofrece el <Derecho Natural>, en nombre del cual toda esa espectacular basculación del anterior sistema ha tenido lugar, el Derecho natural derivado de la naturaleza humana tal como lo entendió la Ilustración, y especialmente Locke y Rousseau. En este concreto <Derecho Natural> el que ha legitimado la oposición a la vieja titularidad regia de la soberanía, el que ha forjado la doctrina del pacto social en virtud de la cual la Asamblea se ha declarado representante de la nación y titular del poder constituyente, la que ha nutrido de todo su contenido la formidable Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la consagración de la igualdad con la eliminación del sistema esencial de privilegios en que el Antiguo Régimen consistía". GARCÍA de Enterría, Eduardo. La lengua

además de garantizar el respeto de ciertos Derechos, también busca garantizar la seguridad de los ciudadanos, la paz (tanto en las relaciones dentro del Estado como entre los Estados) a través del sometimiento de los sujetos de derecho a la solución pacífica de controversias como aquella que llevan a cabo los tribunales. Los nuevos regímenes nacen limitados, por imponerse a sí mismos, por definición, el deber de respeto de dichos Derechos.<sup>710</sup> El Estado de Derecho a partir de la Segunda Guerra Mundial se caracteriza por incluir en sus constituciones Derechos Fundamentales, el principio de legalidad para las funciones gubernamentales y el control judicial de las mismas.<sup>711</sup>

## **B. ¿Existe un deber del Estado de garantizar la publicidad de sus actos e informaciones?**

*"Analysis, far more than secrecy, is the key to security".<sup>712</sup>*

El Estado de Derecho y la Democracia, por tanto, también hacen referencia a controles al poder; controles que se expresan en varios sentidos. Uno de ellos se efectúa a través del principio de publicidad del actuar político, que además sirve de instrumento proveedor de información para la decisión colectiva. Esta publicidad, es fundamental para el desarrollo de la

---

de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Ed. Alianza Universidad, 1a. reimpresión, Madrid 1995, p. 32

<sup>710</sup> La finalidad del Estado varia dependiendo del autor de que se trate. Los autores liberales coinciden en defender la idea de que el Estado debe respetar y garantizar el ejercicio del valor libertad en sus diferentes acepciones: de expresión, de opinión, de conciencia, religiosa, de circulación de imprenta, etc. con el objeto de limitar al poder del Estado. Lo que se busca con el Estado liberal de Derecho es 'liberar a la sociedad civil' de la injerencia pública en los espacios personal, familiar y económica de las personas. Ver: HELD, David. Modelos de Democracia[...], *op. cit.*, p. 58-9

<sup>711</sup> Ver: IBAÑEZ, Perfecto Andrés. "Introducción" a la obra editada por el mismo autor Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción), Editorial Trotta, Madrid 1996, p. 10

democracia; incluso, la "democracia no sería otra cosa sino el gobierno del 'poder visible', el gobierno del poder público en público".<sup>713</sup> Así pues, el poder de un Estado (Democrático) de Derecho, debe someterse a los límites, que la publicidad de su actuación importa.<sup>714</sup> Esto es que la política y su ejercicio están sometidas a la publicidad como valor contrario al secreto que caracterizaba al absolutismo, ya que a través de éste es fácil que el Estado mienta o engañe al pueblo.<sup>715</sup> D. Rowat apoya la opinión que sostiene que la

---

<sup>712</sup> MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 222

<sup>713</sup> Remitimos por tanto a la nota al pie de página número 730 en donde aparece la fuente de esta expresión. De Lucas en este sentido toma a Madison quien en una carta que le envía a V.I. Barry el 4 de agosto de 1822 le dice lo siguiente: "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". DE LUCAS, Javier. "De secretos, mentiras y razones de Estado", en Claves de Razón Práctica, núm. 52, mayo 1995, p. 22. En otro trabajo de De Lucas nos dice que la "[...]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 [...] 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 el secreto, mientras el secreto sería la regla en el orden de lo privado [...] no hay representación real, ni representación 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 la democracia". DE LUCAS Martín, Javier. "Democracia y Transparencia[...]", p. 134-5

<sup>714</sup> Para Bobbio "Mientras el principado -en el sentido clásico de la palabra-, la monarquía de derecho divino, las diversas formas de despotismo, exigen la invisibilidad del poder y de diversas maneras la justifican, la república democrática -res pública no sólo en el sentido propio de la palabra, sino también en el sentido de expuesta al público- exige que el poder sea visible. El lugar donde se ejerce el poder en toda forma de república es la asamblea de ciudadanos (democracia directa) donde el proceso de decisiones es in re ipso (de por sí), público[...]. Las reuniones de la asamblea deben ser abiertas al público de manera que cualquier ciudadano pueda tener acceso a ellas[...]. Carl Schmitt, para quien 'la representación solamente puede tener lugar en la esfera de la publicidad' y 'no hay alguna representación que se desarrolle en secreto y a escondidas' por lo que 'un parlamento tiene carácter representativo sólo en cuanto se considera que su actividad sea pública[...]. bajo este aspecto es esencial para la democracia el ejercicio de los diversos derechos de la libertad, que permiten la formación de la opinión pública, y de esta manera aseguran que las acciones de los gobiernos se sustraigan del secreto de la cámara del consejo, se retiren de las sedes secretas en que se tratan de ocultar de los ojos del público para evitar que sean examinadas, juzgadas y criticadas". BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno[...], *op. cit.*, p. 36-7

<sup>715</sup> Ver: DE LUCAS Martín, Javier. "Democracia y Transparencia[...]", p. 131. Para N. Rabotnikof "Así, la legislación jurídica republicana parece aunar lo público en el sentido de lo general (ni voluntad particular del soberano, ni referencia a cuestiones particulares), lo visible

secrecía administrativa, como la entendemos actualmente, es herencia de la monarquía absoluta; a pesar de que "[e]n el pasado las funciones estatales eran muy restrictivas y esencialmente limitadas al gobierno, la guerra y la paz y los impuestos[...]"<sup>716</sup> Considera que "[l]os gobiernos heredaron el principio de la secrecía administrativa del periodo de la monarquía absoluta en Europa, cuando el rey obtuvo el control de toda la información divulgada sobre el gobierno. A pesar de que más tarde los gobiernos ejecutivos se volvieron responsables ante los parlamentos, preservaron la tradición de la secrecía discrecional a su conveniencia. Ni el parlamento ni el público habían cuestionado el principio, sino hasta hace poco, ya que había sido una fuerte tradición heredada".<sup>717</sup> Como respuesta a Maquiavelo Federico II de Prusia decía "No se juzga a los hombres por sus palabras, pues ése es el camino para equivocarse siempre, sino que se pondera el conjunto de sus acciones, cotejándose más tarde sus acciones y sus discursos, siendo esto algo contra lo que la falsedad y el disimulo no pueden nunca nada".<sup>718</sup> ¿Pero como ponderar si las acciones se ocultan bajo el velo del secreto?

No olvidemos la importancia que representa la libertad en la formación de los Estados modernos, sobre todo la libertad de opinión y prensa. No se podría hablar de libertad en general si las libertades particulares no se ven

---

y manifiesto (ni designio secreto ni misterio fundacional), y lo abierto o potencialmente abierto a todos (a través del ejercicio, gradual o potencialmente ampliable, de la ciudadanía)". RABOTNIKOF Maskivker, Nora. El espacio público[...], *op. cit.*, p. 66

<sup>716</sup> (Traducción nuestra). ROWAT, Donald C. "Introduction", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. x

<sup>717</sup> (Traducción nuestra). ROWAT, Donald C. "Comparative Survey", en ROWAT[...], *op. cit.*, p. 20

<sup>718</sup> FEDERICO II DE PRUSIA. Antimaquiavelo o Refutación del Príncipe de Maquiavelo (Editado en 1740 por VOLTAIRE), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Estudio introductorio, versión castellana y notas por Roberto R. Aramayo, Madrid 1995, p. 121



garantizadas. Es decir, la articulación de la libertad se verá realizada cuando las demás libertades sean una realidad.<sup>719</sup> Contra la arbitrariedad y la ilegalidad, se propone el imperio de la ley como fundamento de la libertad, ya que en palabras del profesor Fernández, aquél "Precisamente es el prioritario porque es la seguridad la que favorece la autonomía individual y no al revés".<sup>720</sup> La seguridad jurídica da a los ciudadanos la oportunidad de conocer que pueden y que no pueden hacer, lo cual es el prerrequisito de la libertad. En resumen, el respeto de la legalidad por los gobernantes supone la garantía de la seguridad jurídica, base de la libertad.<sup>721</sup>

En este sentido, una de las preocupaciones iniciales de los constructores del Estado liberal de Derecho era controlar al poder, para lo cual desde el siglo XVIII, autores como Montesquieu<sup>722</sup> establecieron sistemas de frenos, pesos, contrapesos y controles entre los poderes. Un poder limitado permite que se fomente la libertad de los individuos; ya que para él "La libertad política de un

---

<sup>719</sup> Ver: BOBBIO, Norberto. Derecha e izquierda (Razones y significaciones de una distinción política), Ed. Taurus, Traducción de Alessandra Picone, 8ava ed., Madrid 1996, p. 159

<sup>720</sup> FERNÁNDEZ García Eusebio. Entre la razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 113

<sup>721</sup> Ver: FERNÁNDEZ García Eusebio. Entre la razón de Estado[...], *op. cit.*, p. 113

<sup>722</sup> En palabras de Montesquieu "Para que no se pueda abusar del poder es preciso que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder. Una constitución puede ser tal que nadie esté obligado a hacer las cosas no preceptuadas por la ley, y a no hacer las permitidas". MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu). Del Espíritu de las Leyes, Ed. Tecnos, Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Colección Clásicos del Pensamiento, 3a ed., Madrid 1995, p. 106 y ss. D.D. Raphael, al respecto nos dice que "En el siglo XVIII, cuando la libertad que se disfrutaba en Inglaterra era admirada y envidiada en el continente europeo, el teórico francés Montesquieu presentó la doctrina de la <separación de poderes>, es decir, de los tres <podere> o autoridades, legislativo, ejecutivo y judicial. La tesis de Montesquieu era que dicha separación constituía la mejor garantía de libertad para el súbdito, y alegaba que el grado relativamente alto de libertad en Inglaterra se debía al hecho de que los tres poderes estaban separados entre sí. La constitución inglesa era un sistema de frenos y contrapesos, en el que cada uno de los tres poderes tenía asignado su lugar y podía impedir que cualquiera de los otros dos se extralimitase en su función. Montesquieu concluía que la separación de poderes debía practicarse en todo Estado que tratase de conseguir un máximo de libertad". RAPHAEL, D.D.

ciudadano depende de la tranquilidad de espíritu que nace de la opinión que tiene cada uno de su seguridad. Y para que exista la libertad es necesario que el Gobierno sea tal que ningún ciudadano pueda temer nada de otro".<sup>723</sup>

La seguridad de un ciudadano supone el no temer nada de otro, lo cual a su vez implica no temer nada del Estado.

La clásica división tripartita del poder (los poderes legislativo, ejecutivo y judicial) en principio, impediría la extralimitación de cualquiera de ellos, sobre todo por razón de la observancia recíproca de su actuar. La manera en la que podrían observar sus actos a efectos de controlarse unos y otros es a través de la garantía de un elemento que deviene en esencial para el Estado de Derecho: la publicidad. Todo ejercicio de los poderes debe efectuarse abiertamente: el Estado debe de actuar de manera transparente o de cara al público.<sup>724</sup> Resulta de tal relevancia el principio de publicidad, que se considera como principio característico del Estado de Derecho. Así, Ma. del Pilar Otero nos recuerda que "Si la publicidad de las actuaciones judiciales está vinculada al liberalismo político, el principio de publicidad de la acción del Estado, es consustancial, del mismo modo, con una forma típica de organización, la del Estado de Derecho, expresión de los valores esenciales

---

Problemas de filosofía política, Ed. Alianza Universidad Textos, versión española de Ma. Dolores González Soler, 1a. reimpresión, Madrid 1989, p. 166

<sup>723</sup> MONTESQUIEU (Charles-Louis de Secondat, Barón de la Brede y de Montesquieu). Del Espíritu de las Leyes, Ed. Tecnos, Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, Colección Clásicos del Pensamiento, 3a ed., Madrid 1995, p. 107

<sup>724</sup> James Michael considera que "[l]os argumentos a favor del gobierno transparente (open government) son, como aquéllos en favor de las elecciones democráticas, una mezcla de idealismo y eficiencia. El idealismo está basado en la idea de que el pueblo gobernado debería tener el derecho a conocer sobre el gobierno; el aspecto que se refiere a la eficiencia involucra la sospecha de que aquéllos que gobiernan lo harían mejor si estuvieran sujetos al escrutinio público". (Traducción nuestra). MICHAEL, James. "Freedom of Official[...], *op. cit.*, p. 20

de la democracia burguesa, nacida de la Revolución Francesa".<sup>725</sup> En ese mismo sentido, Miguel Revenga considera que "Frente a los *arcana imperii* del Antiguo Régimen, la publicidad se elevó a la condición de principio estructural del Estado burgués. En este tipo de Estado, la división del poder y la idea del imperio de la ley como ley consentida concentraron, sin embargo, la exigencia de la publicidad en la discusión parlamentaria".<sup>726</sup>

El principio de publicidad ofrece como resultado limitar la actuación del gobierno.<sup>727</sup> La publicidad como principio autónomo no podría ser considerada como un límite al poder, sino como prerequisite para la existencia del control entre los poderes. El principio de publicidad se considera como una "condición" para que las instituciones que controlan efectivamente al poder puedan funcionar. Estas instituciones son el parlamento, el poder judicial y la prensa (la opinión pública).<sup>728</sup> No se podría pensar, entonces, en un parlamento que no tenga acceso a la información del poder ejecutivo, ni una prensa sin tener las garantías suficientes para acceder a los archivos públicos, ni un poder judicial al que se le priven de los medios

---

<sup>725</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 39

<sup>726</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 20

<sup>727</sup> Javier de Lucas nos dice que: "Parlamento, Proceso Judicial y Prensa, aparentemente la primordial es el Parlamento, donde se advertirá la conexión entre participación y control como núcleo de la democracia representativa[...]la crisis de las instituciones en las que se asienta la democracia representativa hace que hoy se vuelva la mirada hacia esos otros ámbitos del principio de publicidad, singularmente a la opinión pública, la libertad de expresión y prensa (mejor, al derecho a libre y veraz información), como última garantía de control del poder". DE LUCAS Martín, Javier. "Democracia y Transparencia[...]", p. 133-4. Ver: MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado entre el control y el privilegio", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, marzo 1996, p. 11. Asimismo Ver: REVENGA, Miguel. "El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de derecho comparado", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, marzo 1996, p. 20

<sup>728</sup> Ver: DE LUCAS, Javier. "De secretos, mentiras y[...]", *op. cit.*, p. 23



necesarios para poder garantizar la tutela judicial efectiva de los individuos que sufrieron los atropellos del poder.<sup>729</sup>

El poder público supone, como lo vimos con anterioridad, lo que su nombre indica: lo "manifiesto", lo "abierto al público", lo contrario a lo privado. Lo público representa un tratamiento diferente en el Estado de Derecho que en el antiguo régimen, ya que todo lo referente al ejercicio del poder en el primero implica la posibilidad de control por el poder democrático.<sup>730</sup> La transparencia es considerada como elemento esencial de la democracia y sobre todo como garantía contra el uso arbitrario del poder y de los secretos.<sup>731</sup> La valoración del ejercicio del poder conforme a los principios que caracterizan al Estado de Derecho no puede hacerse si no se cuenta con la absoluta transparencia de su ejercicio, carentes de la cual es imposible fincar responsabilidades tanto políticas como civiles y penales.<sup>732</sup> Miguel

---

<sup>729</sup> Así Ma. del Pilar Otero nos dice que "En cualquier caso, es preciso tener presente que el principio de publicidad en el funcionamiento de los poderes públicos es una garantía institucional del Estado de Derecho. Su colisión con determinados bienes jurídicos, por ejemplo, la seguridad exterior del Estado protegida mediante la existencia de materias declaradas secretas, hace que ésta pueda prevalecer sobre el derecho a la información que ostentan todos los ciudadanos. En cambio, cuando el conflicto se produce en virtud del deber de discreción del funcionario sin que medie calificación de ninguna materia como secreta o reservada, es la libertad de expresión individual del propio funcionario la que queda afectada en virtud de su deber deontológico". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 135

<sup>730</sup> Ver: BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno[...], *op. cit.*, p. 33-4

<sup>731</sup> Ver: GOR, Francisco. "La prensa frente al secreto", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, marzo 1996, p. 28

<sup>732</sup> Ver: MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado[...]", *op. cit.*, p. 11. Para Miguel Revenga "La publicidad es un elemento esencial de la democracia", (p. 19) así como la transparencia de los actos de gobierno, "Puede decirse incluso que la publicidad política es indisoluble de la aparición del constitucionalismo, si por tal entendemos un movimiento de carácter político e ideológico que se impone aquí y allá mediante las revoluciones burguesas y al que sólo de forma paulatina, y en un proceso inacabado, se incorporan las exigencias de la democracia". (p. 19) En un brevísimos recuento histórico nos dice el autor que "Frente a los arcana imperii del Antiguo Régimen, la publicidad se elevó a la condición de principio estructural del Estado burgués. En este tipo de Estado, la división del poder y la idea del imperio de la ley como ley consentida concentraron, sin embargo, la exigencia de publicidad

Revenga considera que "La publicidad es un elemento esencial de la democracia. Sea lo sea lo que se entienda por ésta, ninguna teoría democrática merece tal nombre si no incluye entre sus elementos claves la transparencia de la acción del gobierno".<sup>733</sup> Recordemos que, el principio de publicidad en el Estado de Derecho es aplicable a todos los poderes del mismo por igual.<sup>734</sup> Manuel Santaella López señala que "La posibilidad de ventilar públicamente las cuestiones que afectan a los intereses públicos, con la transparencia y publicidad que ello proporciona, aleja el peligro de las calumnias desprovistas de fundamento que son para la comunidad política tan perjudiciales como beneficiosas resultan las acusaciones formuladas al buen juicio de la opinión."<sup>735</sup>

Por último, el secreto de Estado "Se configura, por un lado, como un límite tanto al principio de publicidad de los actos del Estado como al derecho a la información y a sus garantías y, de otro, como garantía institucional".<sup>736</sup> En ese sentido, De Lucas señala que "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

---

en la discusión parlamentaria". (p. 20) Continúa más adelante diciendo que "Junto a la publicidad, el secreto está firmemente instalado en los entresijos de la democracia. La renacentista razón de Estado se ha revelado mucho más robusta de lo que pudiera sospecharse". (p. 21). REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*.

<sup>733</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 19

<sup>734</sup> J. J. Díez señala que "Cuando se habla de transparencia de los asuntos públicos, se habla de transparencia exigible a los poderes públicos -a todos- y por lo tanto no sólo a la Administración pública sino también a aquéllos otros poderes -y órganos- que encarnan a quienes los representan". DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 21

<sup>735</sup> SANTAELLA López, Manuel. Opinión pública e imagen política en Maquiavelo, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1990, p. 166

<sup>736</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 39

Estado de Derecho, pero eso no significa que como precondition baste alegarla para que ese valor prevalezca sobre cualquier otro bien constitucional[...]"<sup>737</sup> A la pregunta que se hace Cesar Du Marsais sobre si es peligroso ilustrar -informar- al pueblo, se responde que de la ignorancia de los pueblos derivan males.<sup>738</sup>

### **C. El secreto de Estado: ¿es una excepción al principio de publicidad del Estado?**

*"[T]hree can keep a secret if two of them are dead".*<sup>739</sup>

El antiguo régimen y el Estado de Derecho tienen un denominador común: la búsqueda por cualquier medio de su propia conservación. Para tal objetivo, el Estado, desde sus orígenes hasta la fecha, ha utilizado el secreto de Estado. La existencia del secreto de Estado "[...]se basa en que su publicidad puede crear una situación de peligro para la defensa y salvaguarda del Estado, que es el bien jurídico protegido".<sup>740</sup> Aunque conceptualmente en el Estado de Derecho se garantiza la pacífica convivencia social y se controlan los abusos de poder, en la realidad, el Estado sigue contando con instrumentos que le sirven para aplastar cualquier tipo de movimiento que atente, amenace o efectivamente violente su organización. Estos instrumentos, la mayor parte de las veces, vulneran los mismos principios y fines del Estado de Derecho.

---

<sup>737</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 43

<sup>738</sup> MARS AIS, Cesar Du. "¿Es susceptible de instrucción el pueblo? ¿Es peligroso ilustrarlo? Sobre los males que derivan de la ignorancia de los pueblos", en Condorcet; Castellón; Becker. ¿Es conveniente engañar al pueblo?..., *op. cit.*, p. 9

<sup>739</sup> Parfrase de Benjamin Franklin, tomado de CHEH, Mary. "Spies, Leakers, Whistleblowers, and Bunglers: Real and Imagined Threats to National Security", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance and Accountability in a Democratic Society, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué.) 1989, p. 161

No obstante la razón de Estado tiene un sentido histórico determinado; o mejor dicho, *limitado* (en palabras de Meinecke); el cambio cualitativo en el ejercicio del poder se dio hasta que se le atribuyeron al Estado nuevos ideales políticos<sup>741</sup> y cometidos (incluido el respeto por ciertos "valores culturales no estatales"<sup>742</sup>). El mantenimiento del orden y de la seguridad son también las funciones del Estado Moderno,<sup>743</sup> lo cual es coincidente con las organizaciones políticas previas al Estado de Derecho.

Como vimos, si la idea de razón de Estado logró permearse en los modernos Estados de Derecho, sus instrumentos, también. Para J. A. Estévez Araujo "El reconocimiento de que el Estado de Derecho no escapaba al problema de la razón de Estado llevó a la constitucionalización de la posibilidad de suspender derechos y garantías, contando para ello con la aprobación del Parlamento. Aparecieron así, los estados de excepción, de sitio y sus variantes[...] reconocimiento de la razón de Estado con la "normalización" de la excepción[...] instauración de mecanismos excepcionales paralelos (policiales, judiciales, carcelarios) de carácter permanente destinados a combatir el fenómeno terrorista[...] instrumentos de represión de la disidencia

---

<sup>740</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 39

<sup>741</sup> J.A. Estevez Araujo señala que "Con el Estado de Derecho liberal los límites que el poder político no debía transgredir se identificaron con los derechos del hombre y del ciudadano y se pusieron en marcha una serie de ingenioso mecanismos (división de poderes, imperio de la ley, atribución del poder legislativo a un órgano representativo, exigencia de que las leyes fueran generales y abstractas[...]" ESTEVEZ Araujo, José A. "Razón de Estado y lucha por los derechos a propósito de los GAL)", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 22, Febrero 1994, p. 14

<sup>742</sup> MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón[...], *op. cit.*, p. 423

<sup>743</sup> Ver: RAPHAEL, D.D. Problemas de filosofía política, Ed. Alianza Universidad Textos, versión española de Ma. Dolores González Soler, 1a. reimpresión, Madrid 1989, p. 57

política".<sup>744</sup> Dicho involucramiento fue de tal dimensión, que los Estados de excepción y los secretos de Estado son considerados como un denominador común de las democracias actuales.<sup>745</sup> Ello para Blanca Lozano no es otra cosa sino un residuo del antiguo régimen, pero que se conserva por haber demostrado su utilidad para el *ejercicio del poder, incluso el democrático*.<sup>746</sup> Como con la razón de Estado se usaba el secreto para fines concretos (conservación y expansión del Estado), ahora el Estado de Derecho, a su vez, se permite extralimitarse en su actuar, también con secretos, para perseguir el mismo fin: su seguridad, su defensa, su existencia. Mismos fines, mismos medios. ¿Dónde está el progreso moral?<sup>747</sup>

Este paso de la idea de razón de Estado renacentista al Estado de Derecho, para autores como Nicolás López Calera, fue algo natural y, por consiguiente, legítimo. Para justificar ello, utiliza el derecho a la vida, analogando al Estado con el individuo.<sup>748</sup> Se nos presenta como una postura que defiende una

---

<sup>744</sup> ESTEVEZ Araujo, José A. "Razón de Estado y [...], *op. cit.*, p. 14

<sup>745</sup> Ver: GARRIDO Falla, Fernando. "Ética y razón de Estado: Los documentos del CESID y el caso GAL", en *Anales de la Real Academia de Ciencia Morales y Políticas*, Año XLVIII, núm. 73, Curso Académico 1995-6, Madrid 1996, p. 179. Enrique Álvarez Conde señala que "Parece comúnmente aceptado que el Estado democrático se dote de instrumentos adecuados para garantizar su supervivencia y estabilidad, razón por la cual ningún recelo debería suscitar la existencia de un instrumento como el secreto de Estado". ÁLVAREZ Conde, Enrique. "El temor del Príncipe o el temor al Príncipe (secretos de Estado y Constitución)", en *Revista del Poder Judicial*, núm. 45, 3a época, Primer Trimestre de 1997, p. 11

<sup>746</sup> LOZANO, Blanca. *La desclasificación de [...]*, *op. cit.*, p. 26

<sup>747</sup> Claudio Movilla Álvarez los llama, por su no-verificabilidad ni control: "modernos arcana imperii". Ver: MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado [...], *op. cit.*, p. 11. Para Garrido Falla Secreto de Estado y Fondos Reservados son "las nuevas manifestaciones de la <razón de Estado> y tan incompatibles con los principios del Estado de Derecho". GARRIDO Falla, Fernando. "Ética y razón [...], *op. cit.*, p. 191

<sup>748</sup> Para Karl Doehring el Estado no puede ser titular de Derechos Fundamentales, tesis contraria a lo que pretende justificar el profesor López Calera, en palabras de aquel: "[...]el Estado no puede ser titular de derechos fundamentales. Un derecho fundamental solamente es derecho del ciudadano contra el poder del Estado; si fuera por el contrario -cosa que hoy



moderna razón de Estado en donde "la vida" del Estado está por encima de los derechos de las personas, siendo que aquél se constituyó para la protección de éstos.<sup>749</sup> La defensa y la seguridad, la posibilidad de limitar derechos individuales, el tener secretos (o derecho a su *privacy*),<sup>750</sup> y el poder castigar a quien atente en su contra son "Derechos del Estado" para López Calera.<sup>751</sup> El peligro del reconocimiento y tolerancia a esto es aun mayor

---

se discute- el Estado o un público establecido por él, titular de los mismos derechos fundamentales que posee el ciudadano, esta libertad quedaría destruida en caso de conflicto". DOEHRING, Karl. "Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático". en Wolfgang Abendroth, Ernst Forsthoff y Karl Doehring. El Estado Social, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Colección *Estudios Constitucionales*, Traducción de José Puente Egido, Madrid 1986, p. 138

<sup>749</sup> Nicolás López Calera incluso llega a decir que los Derechos del Estado son "de la sociedad" siempre que se trate de una sociedad democrática; más adelante matiza afirmando que "[...]es frecuente que los derechos del Estado se enfrenten a los derechos de la sociedad y de los individuos". (p. 66) En un texto posterior dice lo siguiente "No es posible seguir admitiendo un Estado de Derecho con tanto ocultismo y de discrecionalidad en el ejercicio del poder, motivados por la burocratización y tecnificación de las <políticas> (policies). Diafanidad quiere decir que, en general y salvo excepciones, todo ejercicio del poder debe ser público, a la vista del público. Ya lo dijo Kant hace muchos años: <Las acciones referidas al derecho de otros hombres, cuyas máximas no admiten publicidad, son injustas>. La sociedad tiene que saber, con luz y taquígrafos, cómo, por qué y para qué se adoptan decisiones políticas. Las decisiones legislativas -es claro- están constitucionalmente dotadas de publicidad porque se producen en un Parlamento". LÓPEZ Calera, Nicolás. "Corrupción, Ética y Democracia. Nueve Tesis sobre la Corrupción Política", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (Eds.). La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid 1997, p. 133. Asimismo, Ver: LÓPEZ Calera, Nicolás María. Yo, el Estado (Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado, Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid 1992, págs. 64-80. Estevez Araujo considera que la razón de Estado, en los Estados modernos, sale a la luz "[...]en los casos en que el poder político viola alguno de los fundamentos de su propia legitimidad, justificando esa actuación en aras de la conservación y mantenimiento del propio poder, que se considera excepcionalmente amenazado". ESTEVEZ Araujo, José A. "Razón de Estado y [...]", *op. cit.*, p. 14

<sup>750</sup> Para López Calera el Estado, como las personas, tienen un espacio de intimidad, como "cosas que no quiere contar a nadie o que quiere preservar del conocimiento de los demás, es decir, unas esferas muy <personales> donde nadie debe entrar. Mas concretamente, y sin tantas metáforas, el Estado tiene el derecho a declarar <reservadas> o <secretas> determinadas materias, hechos o documentos". LÓPEZ Calera, Nicolás María. Yo, el Estado[...], *op. cit.*, p. 76-77

<sup>751</sup> El secreto de Estado como derecho, "aparece claramente definido en el ámbito constitucional y en la legislación ordinaria. Es un derecho fundamentalísimo que se apoya principalmente en toda una ideología e incluso una legislación que tiende a identificar la seguridad del Estado con seguridad nacional. Su importancia se revela particularmente en la especial atención que recibe en los Presupuestos Generales del Estado y en la proliferación de las políticas armamentistas y de alianzas militares". (p. 67) Además, señala que "Los <secretos de Estado> sirven de manera muy expresiva para señalar que el Estado es <algo> que no es la sociedad, o que tiene <algo> que no comparte con la sociedad, a pesar de que la representa y por ella se legitima. El secreto va unido frecuentemente a una lógica de

cuando se trata de un Estado Democrático de Derecho “[...]teniendo en cuenta que la Democracia y el Estado de Derecho se defienden precisamente con el respeto a sus reglas”.<sup>752</sup> Para Blanca Lozano, “El secreto pugna en cambio, de modo radical, con los postulados del moderno Estado de derecho, cuya cualidad esencial es, por definición, la existencia de un Gobierno controlado por la ley. Y, sin embargo, es una realidad que el secreto de Estado ha pervivido en todas las democracias constitucionales como técnica asociada a la protección de la seguridad nacional, arbitrándose en todas ellas mecanismos para garantizar su preservación, pero planteándose también el espinoso problema de sus límites y de su control parlamentario y judicial”.<sup>753</sup>

El Estado de Derecho tiene jurificado el secreto como una excepción al principio de publicidad o derecho a la información, con el propósito de

---

poder[...]. En mi opinión, el secretismo del Estado no se armoniza bien con la libertad y la igualdad como bases de una sociedad justa y democrática. El secreto permite un poder incontrolado, es decir un poder injusto”. (p. 77) Nuevamente contra-argumenta el autor: “Ahora bien, nadie, con un poco de sentido común, negaría que los Estados, en alguna medida y con muy estrictos requisitos, deben tener un <derecho a la intimidad>, un <derecho a sus secretos>. Se trata sin duda de una excepción a una regla fundamental de todo Estado democrático de Derecho, como es la publicidad de sus actuaciones. No puede haber democracia sin participación y no puede haber participación sin información, lo cual engendra indudables conflictos entre los derechos individuales y este derecho del Estado”. (p. 77) LÓPEZ Calera, Nicolás María. Yo, el Estado[...], *op. cit.*

<sup>752</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón[...], *op. cit.*, p. 830-1. En defensa de la imposibilidad conceptual de concederle derechos al Estado también Claudio Movilla nos dice lo siguiente “[...]cuando el secreto se fundamenta en razones de interés público, lo que se pretende preservar con el mantenimiento de aquel, es el buen funcionamiento de la Administración, la obligación de servir con objetividad los intereses generales, actuar con arreglo a principios de eficacia; también el evitar que la transmisión del secreto pueda causar daño a las tareas públicas o el abuso de información privilegiada. La Administración no tiene derechos sino potestades, -en todo caso la titularidad de aquéllos tiene solamente un carácter medial para el ejercicio de las segundas-, y su funcionalización sólo se justifica en el servicio de los ciudadanos. Por ello los secretos de que sea depositaria la Administración no pueden convertirse en un plus de potestad, ni utilizarse para otros fines que la gestión con objetividad de los intereses generales, cuyo control en todo caso compete a los Tribunales[...](Los tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican.) El saber-poder que se detenta en virtud del secreto no es instrumento de privilegio o de preeminencia en relación a los particulares o a otros poderes del Estado, sino que tiene un carácter medial[...].” MOVILLA Álvarez, Claudio. “El secreto de Estado[...], *op. cit.*, p. 12

garantizar otros intereses recocidos constitucionalmente.<sup>754</sup> Por consecuencia, el secreto en el Estado de Derecho se puede entender desde varios enfoques.

Para hacer un acercamiento a los diferentes secretos que se regulan en el Estado de Derecho, recordemos que la autonomía personal, la libertad individual en sentido amplio, que los "antiguos" gozaban, difiere mucho de la libertad garantizada por los modernos Estados de Derecho. La libertad para los "modernos" siguiendo a Benjamin Constant hace una distinción que es importante para desarrollar la autonomía personal; ya que, lo que se busca es lograr que el poder público, la autoridad, respete ciertos cotos o espacios vitales del ser humano. Lo anterior, aunado a la participación política es la libertad que se reconoce a las personas en los (*modernos*) Estados de Derecho. La libertad de los antiguos, por el contrario, se refería a la participación política sin límites, sin garantizarle ningún tipo de espacio privado, ninguna intimidad por lo que se refiere a la persona.<sup>755</sup> El secreto

---

<sup>753</sup> LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 166

<sup>754</sup> Para Bobbio "La supremacía de lo público se basa en la contraposición del interés colectivo al interés individual, y en la necesaria subordinación, hasta la eventual supresión, del segundo al primero; además, en la irreductibilidad del bien común en la suma de los bienes individuales, y por tanto en la crítica de una de las tesis más comunes del utilitarismo elemental. La primacía de lo público adopta diversas formas de acuerdo con las diversas maneras en que se entiende el ente colectivo -la nación, la clase, la comunidad del pueblo- en favor del cual el individuo debe renunciar a su autonomía". BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno[...], *op. cit.*, p. 28. Para Luis María Díez-Picazo "[...]en un Estado democrático de derecho toda actuación de los poderes públicos ha de quedar absolutamente sometida a publicidad; publicidad a la que, en cambio, debe estar sustraída la esfera privada[...]" DIEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales, Ed. Civitas, Col. Cuadernos, Madrid 1998, p. 77

<sup>755</sup> B. Constant se preguntaba por lo que entenderían por la palabra libertad tres personas de diferentes países (Inglaterra, Francia y los EE.UU.), a lo que responde "Ella no es para cada uno de éstos otra cosa que el derecho de no estar sometido sino a las leyes, no poder ser detenido, ni preso, ni muerto, ni maltratado de manera alguna por el efecto de la voluntad arbitraria de uno o de muchos individuos: es el derecho de decir su opinión, de escoger su industria, de ejercerla, y de disponer de su propiedad, y aun de abusar si se quiere, de ir y venir a cualquier parte sin necesidad de obtener permiso, ni de dar cuenta a nadie de sus

pues, en el Estado moderno se juridifica, para efectos de la persona como de rango superior o, en términos comunes, como algo sagrado o inviolable; mientras que, para lo referente al Estado, su organización, sus funciones y su actuar, impera el principio de publicidad.<sup>756</sup>

Por lo anterior, es importante diferenciar los diversos tipos de secreto que se juridifican en los Estados de Derecho. La protección del secreto en los Estados de Derecho se da por medio del derecho y por él se establece la obligación de conservarlo como tal o protegerlo de la publicidad. Para J. J. Díez el secreto se justifica por dos razones. En primer lugar, porque el secreto sirve para la protección de los derechos de particulares y, en segundo, la protección de los "derechos" –en los términos de López Calera– o intereses de los Estados.<sup>757</sup> Así, por consiguiente, en algunos casos ese derecho-deber, se fundamenta por motivos de *interés público* y en otras

---

motivos o sus pasos: es el derecho de reunirse con otros individuos, sea para deliberar sobre sus intereses, sea para llenar los días o las horas de la manera más conforme a sus inclinaciones y caprichos: es, en fin, para todos el derecho de influir o en la administración del gobierno, o en el nombramiento de algunos o de todos los funcionarios, sea por representaciones, por peticiones o por consultas, que la autoridad está más o menos obligada a tomar en consideración. Comparad entre tanto esta libertad con la de los antiguos". CONSTANT, Benjamín. "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos (Discurso pronunciado en el Ateneo de París)", en la obra del mismo autor Del espíritu de conquista, Ed. Tecnos, Estudio Preliminar de María Lisa Sánchez Mejía, Traducción de M. Magdalena Truyol Wintrich y Marcial Antonio López, Madrid 1988, p. 67-8

<sup>756</sup> Para L.M. Díez Picazo la publicidad se traduce en el derecho a la *publicidad de las normas*, la *libertad de información*, la *prohibición de asociaciones secretas*, el *derecho a un juicio público*, la *investigación de la paternidad*, la *información a los consumidores*, las *comisiones parlamentarias de investigación*, la *publicidad de las sesiones plenarias del Congreso y el Senado*, la *publicación de las leyes*, la *información a las Cortes sobre tratados cuya conclusión no requiere su autorización*, *publicación de los tratados*, el *acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos*, las *facultades parlamentarias de información*, la *publicidad de las actuaciones judiciales*, la *publicación de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Por otro lado, el secreto se justifica cuando se trata del *derecho a no declarar sobre las propias creencias*, el *derecho a la intimidad*, la *inviolabilidad del domicilio*, el *secreto de las comunicaciones* y la *limitación del uso de la informática*, el *secreto profesional de los informadores*, la *exclusión del deber de declarar sobre hechos delictivos por razón de secreto profesional*, el *voto secreto en las elecciones al Congreso*, el *voto secreto en las elecciones del Senado*, y el *voto secreto en las elecciones municipales*. DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], op. cit., p. 77-80

ocasiones por razones de *interés particular* o privado.<sup>758</sup> La distinción de intereses antes mencionada es relevante ya que la protección de los intereses del individuo son valores superiores de los ordenamientos jurídicos constitucionales; como por ejemplo la intimidad y el honor de las personas. Es por ello que, se obliga a los funcionarios de la administración pública a guardar (cuando está bajo su custodia, claro) como secreta la información relativa a los individuos.<sup>759</sup>

En el plano privado y con el objeto de salvaguardar la independencia y confianza de ciertas profesiones, se obliga a ciertos profesionales (abogados, médicos, notarios, religiosos) a guardar secreto acerca de la información de sus clientes o confidentes.<sup>760</sup> La clara diferencia entre unos y otros consiste

<sup>757</sup> Ver: DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 23

<sup>758</sup> Los entrecomillados se refieren a que las expresiones fueron tomadas de MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado[...]", *op. cit.*

<sup>759</sup> Luis María Díez Picazo considera que "[...]la información sobre hechos cubiertos por el secreto sumarial de los que se ha adquirido conocimiento por vías extraprocerales es constitucionalmente legítima[...] el deber de reserva vincula sólo a quienes por su posición institucional, tienen oficialmente acceso al secreto". (p. 90) Señala que "[...]como excepción al deber de declarar sobre hechos delictivos, con respecto a cualesquiera profesiones (abogados, médicos, sacerdotes, etc.)[...] [se busca con esto] no crear un conflicto de lealtades en el ejercicio de las profesiones". (p. 94) Para él, "[e]l otro ámbito de actuación de los particulares constitucionalmente cubierto por el secreto viene dado por los derechos proclamados en el artículo 18 de la Constitución: intimidad, inviolabilidad del domicilio, secreto de las comunicaciones y limitación del uso de la informática[...] el derecho a no declarar sobre las propias creencias". (p. 95) Citas tomadas de DIEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales, Ed. Civitas, Col. Cuadernos, Madrid 1998.

<sup>760</sup> Ver: MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado[...]", *op. cit.*, p. 12. Sissela Bok al respecto incluye, la información que el cliente le proporciona a sus médicos y abogados, así como la que el creyente le confía a su sacerdote". Para ella, "Doctors, lawyers and priests have traditionally recognized the duty of professional secrecy regarding what individuals confide to them: personal matters such as alcoholism or depression, marital difficulties, corporate or political problems, and indeed most concerns that patients or clients want to share with someone, yet keep from all others. Accountants, bankers, social workers, and growing numbers of professionals now invoke a similar duty to guard confidences. As codes of ethics take form in old and new professions, the duty to confidentiality serves in part to reinforce their claim to professional status, and in part to strengthen their capacity to offer help to clients". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 116. Asimismo, "Confidentiality refers to the boundaries surrounding shared secrets and to the process of guarding these boundaries. While confidentiality protects much that is not in fact secret, personal secrets lie

en la obligatoriedad *erga omnes* de conservar y respetar de los secretos privados, mientras que los secretos oficiales solamente generan la obligación de ser conservados y no divulgados a quienes tuvieron alguna relación institucional con ellos.<sup>761</sup>

El Estado para proteger los secretos, cuando se refieren a los intereses de los particulares, utiliza una los siguientes mecanismos: (i) penales por ejemplo con la tipificación "Del descubrimiento y revelación de secretos"<sup>762</sup>; (ii) civiles por ejemplo con las "intromisiones ilegítimas" en el honor, intimidad e imagen personales y la posibilidad de fincar responsabilidades por ello y obtener indemnizaciones; (iii) administrativos, que se dan por la vía del derecho de las personas a no informar a las autoridades acerca de lo que es su interés proteger como confidencial; y por la vía de la prohibición que se impone a los funcionarios de la administración de revelar la información relativa a la vida privada de las personas, su profesión o sus actividades económicas; (iv) procesales, por medio del derecho del acusado de no declarar o guardar silencio, extensible a sus parientes; o bien la obligación de los funcionarios públicos de no-declarar ante los órganos jurisdiccionales cuando la revelación de los secretos bajo su custodia supongan la vulneración de intereses particulares.<sup>763</sup>

---

at its core. The innermost, the vulnerable, often the shameful: these aspects of self-disclosure help explain why one name for professional confidentiality has been the 'professional secret'. Such secrecy is sometimes mistakenly confused with privacy; yet it can concern many matters in no way private, but that someone wishes to keep from the knowledge of third parties". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 119

<sup>761</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 99

<sup>762</sup> Ya sea que el delito lo cometa un particular o un funcionario público que tengan la custodia del secreto.

<sup>763</sup> Ver: MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado[...]", *op. cit.*, p. 12-3

Por el otro lado tenemos las protecciones de los secretos que se justifican por razones de interés público. El Estado en estos casos también lo hace a través de los siguientes mecanismos: (i) penales, a través de la tipificación de los delitos de traición, descubrimiento y revelación de secretos oficiales relacionados o no a la defensa nacional;<sup>764</sup> (ii) administrativos, que se refieren a los deberes de los funcionarios públicos al sigilo y al secreto; (iii) procesales, que son similares a los del orden procesal de los intereses particulares vistos en el párrafo anterior.<sup>765</sup>

En general, tenemos que los Estados protegen los siguientes secretos: el secreto de las comunicaciones (inviolabilidad de las correspondencias), el secreto profesional (de abogados y médicos, por ejemplo), el administrativo (de proceso, investigación, y funcionarios) y el de Estado (relacionado con la seguridad, defensa y relaciones exteriores).<sup>766</sup> Para efectos del presente, y

---

<sup>764</sup> Por ejemplo, Ma. del Pilar Otero nos recuerda como la protección penal del secreto de Estado no está "[...]regulad[a] en la Ley de Secretos Oficiales y tipificada penalmente su revelación a través, fundamentalmente, de los artículos 584, 598 y 599 del CP, como aquéllos otros secretos específicamente calificados como tales por una Ley (por ejemplo, el art. 87 de la Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre Energía Nuclear; o los artículos 301 y 302 de la LECr que se refieren al secreto sumarial)". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 37

<sup>765</sup> MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado[...]", *op. cit.*, p. 13

<sup>766</sup> Se reconoce en la mayor parte de los ordenamientos la obligación de guardar el secreto profesional de los funcionarios públicos como excepción al principio de publicidad de los actos administrativos en el Estado de Derecho. En este sentido los funcionarios públicos (tanto civiles como militares) no están obligados (en el ordenamiento español por ejemplo) a declarar ante la autoridad judicial sobre aquello que deben guardar como secreto por razón de su profesión, salvo cuando se trate de la investigación de un delito y con su silencio se pueda encubrir. SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto de Estado (artículo 135 bis a) al 135 bis d) del Código Penal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1994, p. 3-4. E. Álvarez Conde señala que en España "Es cierto que el secreto de Estado no está prohibido por la Constitución (art. 105), lo cual no quiere decir, por otro lado, que exista un derecho al secreto de Estado, pues nuestra Norma Fundamental únicamente se refiere al secreto de las comunicaciones en el artículo 18.3 y al secreto profesional constitucionalizado en los artículo 20.1.d) y 24.2, ni que estemos en presencia de un precepto habilitante para excepcionar el acceso de los ciudadanos a los archivos y registro públicos". ÁLVAREZ Conde, Enrique. "El temor del Príncipe[...]", *op. cit.*, p. 13

sin pretender hacer un análisis exhaustivo del tema, trataremos de explicar el contenido y alcance, del secreto de Estado.<sup>767</sup>

Como punto de partida diferenciaremos el secreto Oficial del secreto de Estado, siendo el primero de ellos el género y el segundo, la especie.<sup>768</sup> Siguiendo a María del Pilar Otero, el secreto Oficial se divide en (i) los secretos de función pública en el que encajan los secretos relacionados con el secreto procesal, sumarial (de investigación penal) y de funcionarios; y, (ii) los secretos de Estado que se relacionan exclusivamente con la información y documentos relativos a las relaciones exteriores del Estado, así como la seguridad y defensa nacionales.<sup>769</sup> El secreto Oficial es el secreto administrativo en general o en sentido amplio,<sup>770</sup> el cual es una excepción al principio de publicidad de los actos administrativos del Estado de Derecho. Para protegerlo, como vimos anteriormente, la legislación (en el ordenamiento español, por lo pronto, y en gran parte de las democracias occidentales), por lo general, impide a los funcionarios públicos (civiles y militares) a declarar ante la autoridad judicial sobre aquello que deben guardar como secreto por razón de su profesión, salvo que se trate de la

---

<sup>767</sup> Para una diferenciación entre secreto de Estado, secreto profesional, secreto administrativo y secreto de oficio, Ver: GÓMEZ Orfanel, Germán. "Secretos de Estado: Algo más de lo mismo", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 27, noviembre 1996, p. 7-8

<sup>768</sup> Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto[...], *op. cit.*, p. 36

<sup>769</sup> Para ella es importante distinguir que "Dentro de los secretos oficiales, es preciso distinguir dos categorías: A secretos de Estado y B secretos de la función pública". OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 36

<sup>770</sup> Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto[...], *op. cit.*, p. 36



investigación de un delito.<sup>771</sup> Por otra parte, el secreto de Estado es aquél clasificado por ley o acto administrativo que se vincula con la defensa, seguridad y relaciones exteriores del Estado.<sup>772</sup> El secreto de Estado se define como la limitación del conocimiento de cierta información por parte del Estado con el objeto de no dañar dichos intereses, que en ocasiones se conceptualiza, en su conjunto, como seguridad nacional.<sup>773</sup> De esta definición se distinguen los siguientes elementos: (1) el objeto del secreto que "puede ser un hecho, objeto, producto, procedimiento, etc.:" (2) el conocimiento del objeto, que (2.1) debe estar oculto, (2.2) se pretenda conservar así (voluntad), y (2.3) sea por la seguridad y defensa del Estado (interés)".<sup>774</sup>

Por consiguiente, para lograr identificar un secreto de Estado se debe de evidenciar la intencionalidad del Estado<sup>775</sup> de sustraer del público en general, el conocimiento de cierta información con el pretexto de salvaguardar su seguridad, su defensa y sus relaciones exteriores, así como la sanción por la revelación de aquéllos. Esta seguridad y defensa del Estado pretende lograr su supervivencia, y abarca una diversa gama de aspectos que van desde lo político, diplomático y militar hasta lo económico, científico e industrial.<sup>776</sup> En

---

<sup>771</sup> Ver: CARRILLO, Marc. "Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 23, Marzo 1994, p. 3-4

<sup>772</sup> Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto[...], *op. cit.*, p. 39

<sup>773</sup> Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. "El secreto de Estado ilegal[...]", *op. cit.*, p. 419

<sup>774</sup> Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. "El secreto de Estado ilegal[...]", *op. cit.*, p. 418-9

<sup>775</sup> Íñigo Segrelles distingue dos corrientes básicas que definen el secreto, una la subjetiva o voluntarista que se basan en el criterio de la voluntad, y la otra, la objetiva que se fundamenta en el criterio del interés. Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto[...], *op. cit.*, p. 7

<sup>776</sup> Tomado de SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto[...], *op. cit.*, p. 25. Este autor describe los distintos tipos de secreto de Estado por razón del objeto que se protegen: "a) Militares.- Si se refieren a los planes estratégicos y operacionales de las

las democracias contemporáneas, por lo general, los poderes ejecutivos son los encargados o facultados para clasificar los documentos como secretos. Dicha clasificación puede hacerse, siguiendo a E. Álvarez Conde, por razón de que la legislación señala que determinadas informaciones o documentos sean sustraídos del conocimiento público, o bien porque el ejecutivo hizo la interpretación de una determinada norma.<sup>777</sup> El secreto de Estado y sus justificaciones (seguridad nacional, defensa nacional y relaciones exteriores) se caracterizan por la imprecisión de su regulación legislativa o por encontrarse inundados de términos jurídicos indeterminados y, al parecer, indeterminables.<sup>778</sup>

En suma, y siguiendo nuevamente al profesor J. De Lucas, la noción de secreto está compuesta por los siguientes elementos: (i) la presencia de cierta información conocida por la administración, (ii) la toma de decisión mediante la cual se determine que la separación de dicha información del

---

fuerzas armadas: armamento y equipos, sistemas de comunicaciones, manuales tácticos, planes de apoyo logístico, instalaciones y elementos de combate, etc. b) Políticos.- Pueden afectar a la política internacional, como sería la que contenga la línea a seguir con determinadas potencias, o se refieren a la seguridad interior. c) Económicos.- Los planes a cierto plazo, medidas a adoptar respecto a determinadas fuentes de riqueza, conciertos económicos con países extranjeros, etc[...].cuando su divulgación pueda dañar gravemente la economía del país. d) Industriales.- Es cada vez más frecuente la aplicación de conocimientos científicos e industriales a la defensa nacional y a la fabricación de material de guerra; por ello los gobiernos se reservan el derecho de clasificar como de interés para la defensa determinada invención, impidiendo que se lleva a cabo la explotación por la industria privada. Especial importancia tiene hoy día la tecnología de doble uso que, como su nombre indica, sirve tanto para fines militares como civiles. (p. 27)

<sup>777</sup> Para E. Álvarez Conde hay tres maneras de clasificar la información como secreta dependiendo de que (i) atienda a lo que la ley señala, (ii) atienda a lo que el Ejecutivo interpreta, (iii) atienda a una mezcla de los dos anteriores. Al respecto sugerimos, Ver: ÁLVAREZ Conde, Enrique. "El temor del Príncipe[...], *op. cit.*, p. 14

<sup>778</sup> Sobre la indefinición de los secretos de Estado, Ver: SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. "El secreto de Estado ilegal[...], *op. cit.*, p. 416. Blanca Lozano se refiere a la seguridad nacional, el principio que justifica la existencia de los secretos de Estado como un concepto jurídico indeterminado; en sus palabras "[...]la seguridad nacional difícilmente puede considerarse un <concepto jurídicamente asequible>". LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 209

conocimiento del público es necesario, ya que de lo contrario puede afectar los intereses que se pretende proteger, siendo en el caso del secreto de Estado la seguridad nacional, la defensa nacional y las relaciones exteriores del Estado, y (iii) un "[...]acto mediante el que se separa o priva tal conocimiento (Que suele consistir en la omisión, ocultación o simulación, pero también en la mentira[...])".<sup>779</sup>

Por otro lado, existe discusión sobre si el secreto de Estado es considerado como tal por su mera declaración formal, o bien si los secretos deben de satisfacer ciertos requisitos materiales para reconocerles bajo tal nombre. Nuevamente, Javier De Lucas considera que "[...]para que nos encontremos realmente ante un secreto de Estado no basta con afirmar su existencia[...]. 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 ésta, realmente, es la cuestión".<sup>780</sup>

Pero lo que resulta difícil identificar es al mismo secreto de Estado; es decir ¿cuándo estamos frente a un verdadero secreto?<sup>781</sup>

---

<sup>779</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 38-9. Para J. de Lucas, como vimos, la mentira, el engaño, la omisión o la simulación pueden ser considerados como actos o instrumentos *básicos* del secreto, sin embargo en términos de estricta lógica jurídica, en un Estado de Derecho el único acto que deber ser tomado en cuenta para sustraer ciertas informaciones del conocimiento público es el que determina su clasificación como secreto de Estado. Los demás actos en sí podrían configurarse como ilícitos, susceptibles de acarrear responsabilidades administrativas, civiles o incluso penales.

<sup>780</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 41-2

<sup>781</sup> Por consiguiente y en aras de determinar si efectivamente se cumplió con el interés material del secreto, que es proteger ciertas informaciones que puedan afectar algunos de los bienes tutelados, se requiere de algún medio de control. En ese sentido Javier de Lucas

De Lucas identifica, por lo menos dos posiciones que justifican y detallan las características del secreto. La primera que consiste en los defensores de una idea clásica del secreto, que consiste en que los Estados necesitan "[...]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 ésa la tesis de los *arcana imperii* que perviven en el Estado absoluto. En ese sentido, la fórmula que recuerda P.A. Ibañez es absolutamente pertinente: <el poder que confiere el secreto de estado es poder absoluto, poder extrajurídico, poder en hobbessiano estado de naturaleza>".<sup>782</sup>

Por otro lado, J. De Lucas se refiere a las tesis democráticas, cuyos defensores apoyan la idea del control democrático del secreto. Es decir, para ellos, el secreto debe de estar regulado por la ley y debe de ser controlable por los otros dos poderes, el judicial y el legislativo. De contar con dichos

---

señala que "Además, hay que examinar otra dificultad: si el secreto resulta difícilmente compatible con el control y lo característico del secreto de 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 él 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[...] 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". DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 43

<sup>782</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 44

controles, que puedan verificar si efectivamente la información oculta bajo el secreto es necesaria para la seguridad nacional y son simples ilícitos, se puede entender como legítima la práctica del secreto, o bien, en sus palabras es posible "[...]admitir[lo] como secreto de Estado en democracia".<sup>783</sup>

Como se vio, la publicidad de las acciones de los gobiernos permite la crítica a los mismos y, sobre todo, permite observar si estos cumplen con el principio de legalidad; no obstante, contraviniendo los dictados que caracterizan al Estado Democrático de Derecho, el secreto de Estado es una excepción.<sup>784</sup>

Como se ve en este trabajo,<sup>785</sup> la 'cosa' materia o material de clasificación como secreta puede ser cualquier información, acto, documento, noticia, actividad(es) o cualquier otro elemento cuya difusión dañe o pueda dañar los valores superiores antes referidos.<sup>786</sup> Por su lado, Luis María Díez-Picazo considera que "En el constitucionalismo, la publicidad es la norma; el secreto, lo excepcional[...] Donde hay secreto falta el control, y sin controles no hay garantías para la efectividad de los límites. Un principio tan simple conserva, creo, toda su vigencia, y permite afirmar que en un gobierno constitucional

---

<sup>783</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 44

<sup>784</sup> Nos recuerda S. Bok que las justificaciones del secreto de Estado basadas en la razón de Estado y aquella que ella define como *esotérica del secreto gubernamental* "[...]han sido empleadas/invocadas para defender el ejercicio del poder del Estado, y en momentos para evitar críticas sobre abusos tan graves que no puede decirse otra cosa en su favor". (Traducción nuestra) BOK, Sissela. *Secrets. On the[...]*, *op. cit.*, p. 173

<sup>785</sup> Ver: inciso 1 apartado B Capítulo II.

<sup>786</sup> Para los asuntos que pueden ser clasificados como secretos de Estado en la legislación italiana Ver: FERNÁNDEZ Delgado, Carlos. "El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano", en *Revista de Estudios Políticos*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 99, Nueva Época, Enero-Marzo 1998, p. 124

toda práctica secreta plantea un intrincado problema de controles, donde quien justifica el secreto ha de probar su necesidad".<sup>787</sup>

El secreto en términos generales es la anulación "excepcional" del principio general de publicidad. Esta anulación del principio afecta a los titulares del derecho a conocer los asuntos de la vida pública del Estado (lo cual no supone reconocerle una vida privada). El establecimiento de secretos implica la elección de las personas que pueden conocerlos y, sobre todo, las materias que serán objeto de la "clasificación". Para Sissela Bok la *secrecia* "[...]al mismo tiempo protege y obstruye (thwarts) la percepción moral, el razonamiento y la toma de decisiones. El secreto protege la libertad de algunos, mientras que deteriora la de otros. Protege la intimidad y realza las nociones de hermandad, lealtad e igualdad entre los miembros de un grupo, mientras que por el otro lado enciende la discriminación en contra de aquéllos que no pertenecen al grupo".<sup>788</sup> Esta selección de personas, que pueden conocer o no, y de materias, que son motivo de ocultamiento o no, le dan el carácter negativo o peyorativo al secreto; ya que, de conocerse la información por todos, ésta perdería valor por ser información *asequible al vulgus*. Para Javier De Lucas, el secreto de Estado en el Estado de Derecho contemporáneo genera la reaparición de "[...]un dato que a veces no se tiene suficientemente en cuenta, y es que la raíz *secerno* 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

---

<sup>787</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 34-5

<sup>788</sup> (Traducción nuestra). BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. xvi

miembro de la casta que existe (con sus privilegios) precisamente en función de la labor de mediación entre lo secreto/sagrado y el pueblo".<sup>789</sup>

Se da entonces una complicidad entre los conocedores del secreto, entre ellos se genera un vínculo de confianza –complicidad– y gracias al cual los otros (los que no conocen del secreto) son potencialmente hostiles por querer conocer acerca de ello. El secreto vendría entonces a negar la misma idea de igualdad de las personas en los Estados democráticos en donde todos, en teoría, gozan del reconocimiento de un derecho de participación igual e informado en la conformación de las decisiones públicas.<sup>790</sup> Para D. P. Moynihan esa complicidad se extiende a las mismas organizaciones estatales. Para él, la esencia del gobierno basado en el secreto se traduce en la siguiente lógica de mercado: "Los secretos se vuelven activos de las organizaciones que nunca deben ser compartidos salvo cuando se intercambian por otros activos. En ocasiones el intercambio es en especie: intercambio de un secreto por otro secreto. En ocasiones el intercambio se asemeja al trueque: intercambio mi voluntad de compartir algunos secretos

---

<sup>789</sup> DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 41. Al respecto M. Revenga considera que "[...]La etimología del término (del latín *se cernere*, separarse, alejarse, escindirse) le aporta mejor que nada su justificación y su razón de ser. Junto a la publicidad, el secreto está firmemente instalado en los entresijos de la democracia. La renacentista razón de Estado se ha revelado mucho más robusta de lo que pudiera sospecharse". REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 21. Para Sissela Bok "Accordingly I shall take concealment, or hiding, to be the defining trait of secrecy. It presupposes separation, a setting apart of the secret from the non-secret, and of keepers of a secret from those excluded. The Latin *secretum* carries this meaning of something hidden, set apart as with a sieve. It bespeaks discernment, the ability to make distinctions but all thinking, all intention and choice. The separation between insider and outsider is inherent in secrecy; and to think something secret is already to envisage potential conflict between what insiders conceal and outsiders want to inspect or lay bare". BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 6

<sup>790</sup> Ver: DE LUCAS, Javier. "De secretos, mentiras y[...], *op. cit.*, p. 24. Nuevamente el profesor J. De Lucas nos recuerda lo que Simmel señala cuando "[...]reconoce las dos líneas de evolución del secreto como regla y como excepción: <a medida en que progresa la

por tu ayuda en alcanzar mis objetivos. Sea cual fuere la moneda, los costos del sistema pueden ser enormes. Las decisiones tomadas en el vacío creado por la ausencia o retención de información o son pobres o no se tomaron del todo".<sup>791</sup> Para Jon Wiener "Típicamente los oficiales gubernamentales en todos lados 'mantienen su conocimiento e intenciones en secreto' y por lo tanto evitan el criticismo, ocultan la oposición y mantienen el poder sobre los ciudadanos y los representantes electos. Los archivos clasificados y los secretos oficiales descansan en el corazón de la burocracia gubernamental moderna, y permite el uso del poder no-democrático para esconderse y no ser cuestionado por los ciudadanos".<sup>792</sup> Al respecto, para el profesor Castells, la legislación que regule el acceso a los documentos oficiales en España (cuando sea reformada la existente), debe de eliminar la figura del secreto "[...]no por razones objetivas, sino en base a abusivas prácticas demostrativas denotadoras de un fuerte grado de 'patrimonialismo' en los archivos administrativos".<sup>793</sup>

Sin embargo, para algunos, la razón de ser del secreto de Estado, además, encuentra legitimidad en el hecho de que dicha información no es del interés de los particulares, o mejor dicho, no es estrictamente necesaria para las personas, ya que consideran que existe una vasta cantidad de información en el espacio público con la cual se puede evaluar la conducta del gobierno en las políticas y los asuntos relacionados con la seguridad y defensa

---

adaptación cultural, van haciéndose más públicos los asuntos de la generalidad y más secretos los de los individuos". DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado[...], *op. cit.*, p. 38

<sup>791</sup> MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 73

<sup>792</sup> (Traducción nuestra) WIENER, Jon. "*National Security and[...]*", *op. cit.*, p. 83

<sup>793</sup> CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso[...]", *op. cit.*, p. 152



nacionales, además de que aquélla es suficiente como para que el votante se pueda hacer un criterio que le permita tener una idea clara del sentido de su voto;<sup>794</sup> además, consideran que, algunos asuntos en materia de relaciones exteriores del Estado por ejemplo, de conocerse por el público antes de tiempo, se pueden ver entorpecidos o llegar a resultados infructuosos en las negociaciones.<sup>795</sup> Al respecto, Rudolf Zacharias Becker señala que "Bajo un buen gobierno, al ciudadano le importa conocer exactamente el estado de la nación, en tanto que depende de los cuidados del gobierno para inflamarse con un amor por la patria tanto más vivo cuanto que puede compararse muy fácilmente con los ciudadanos de los países vecinos. Es justo que el ciudadano conozca sus derechos y privilegios, para que pueda amar al gobierno que le mantiene en ellos, que sea instruido en sus deberes para cumplirlos, que sepa lo que le falta a la prosperidad de la nación para que trabaje en ello y para poder dar consejos saludables al gobierno y a sus conciudadanos. Cuanto menos se instruya al súbdito en las necesidades del Estado, menos dispuesta estará a contribuir de buen grado a los gastos públicos, y más injusto le parecerá la subida de los impuestos que a veces es

---

<sup>794</sup> Al respecto, B. Fein señala que "These questions raised by executive branch classification and withholding of national security information are answerable. First, the public has no real need for particular items of classified information in order to evaluate government performance. Vast quantities of nonclassified information concerning a President's foreign or defense policies are available to the electorate. Because of the availability of this data, even without access to classified information, a voter can make an intelligent assessment of the President's national security programs. Furthermore, voters are concerned primarily with whether a President's national security policies have been successful; the particular items of classified information employed in achieving success or in suffering defeats are, at best, of secondary interest. The electorate generally knows, without access to classified information, whether the nation is at war, or has strengthened its alliances, or has improved its international posture". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 813

<sup>795</sup> Nuevamente, para B. Fein "Government decisionmaking might, in limited circumstances, be improved by public disclosure of classified information. Such a benefit, however, seems outweighed by the harm publicity would cause to many well-conceived government negotiations or national security endeavours. The Manhattan Project and Ultrasecret, for

necesaria incluso bajo el mejor gobierno del mundo, de forma que tratará de sustraerse a ellos mediante el fraude[...] Con todo, estoy muy lejos de querer que, en circunstancias parecidas, no haya secretos de Estado ni que el gobierno comunique a la nación todas las medidas que adopta para mantener su autoridad hacia el exterior: el pueblo estará tanto menos en peligro de ver traicionados sus intereses por ese lado cuanto más estrechamente ligados estén a los del gobierno. Sin duda, el secreto será necesario para el manejo al detalle de esos asuntos, en la medida en que se puede suponer que la prosperidad de la nación excite los celos de las vecinas. Los gobiernos se parecen, desde este punto de vista, a los padres de familia que están obligados a dar cuenta a quienes les emplean de modo en que gestionan sus encargos, pero no son responsables ante ellos de lo que pasa en el interior de su propia casa".<sup>796</sup>

Sissela Bok explica que el secreto tiene tres fuentes de legitimidad. Por un lado la razón esotérica que tiene sus orígenes en las *arcana imperii* o *misterios de Estado* que, para ella, "se trata de una transferencia de la sacralidad de los *arcana ecclesiae* de iglesia o ritual, de los oficiales religiosos a los líderes seculares, y que nunca fue mas invocada que en la defensa de las monarquías absolutistas del siglo XVII. Mediante la doctrina de los derechos divinos de los monarcas, se le dio al secreto del gobierno una santidad propia".<sup>797</sup> La segunda justificación del secreto es la que se basa en

---

example, provided substantial national security benefits that depended on secrecy". FEIN, Bruce E. "Access to Classified[...], *op. cit.*, pág. 814

<sup>796</sup> BECKER, Rudolf Zacharias. "Respuesta a la pregunta: ¿Puede ser útil para el pueblo algún tipo de engaño, ya sea que consista en inducir a nuevos errores o bien en mantenerlos en los antiguos", en Condorcet; Castellón; Becker. ¿Es conveniente engañar al pueblo?..., *op. cit.*, p. 155

<sup>797</sup> (Traducción nuestra). BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 172

la teoría de la *razón de Estado*, que parte de la premisa que se funda en la idea de que el Estado puede hacer ciertas cosas que los individuos tienen prohibido o mejor dicho, están incapacitados para hacerlo; sostiene que "[l]os individuos no podrían sobrevivir si tuvieran que efectuar una deliberación moral de esa naturaleza, por lo que los gobernantes están legitimados para mentir, engañar, romper promesas, o torturar inclusive, para contribuir para el bienestar del Estado".<sup>798</sup> Finalmente, para ella, toda organización que represente los intereses de un grupo para llegar a resultados concretos requiere de un cierto grado de secreto, e incluso considera que "Pocos se confrontarían con la idea de que por lo menos un mínimo de secreto administrativo es necesario[...] para la protección de la deliberación, la sorpresa y la confidencialidad".<sup>799</sup> Por su lado, James Dempsey considera que los Estados requieren de los servicios de inteligencia para proteger sus intereses y, por consiguiente, considera que para el funcionamiento de los órganos encargados de llevar a cabo dichas funciones es necesaria la existencia de cierto grado de secreto. Sin embargo, reconoce que "[...]una lección central de la época de la Guerra Fría es que el secreto puede poner en peligro un sistema democrático por negar al pueblo información sobre el funcionamiento de su propio gobierno. El secreto tiene un efecto corrosivo en la confianza popular necesaria para el funcionamiento de la democracia. Paradójicamente, mientras que por un lado el secreto es necesario para los servicios de inteligencia, a su vez puede lastimar la efectiva conducta de dichos servicios por permitir errores, torpezas y conductas criminales que se

---

<sup>798</sup> (Traducción nuestra). BOK, Sissela. Secrets. On the..., *op. cit.*, p. 173

<sup>799</sup> (Traducción nuestra). BOK, Sissela. Secrets. On the..., *op. cit.*, p. 176

desarrollan y permanecen incorregidas".<sup>800</sup> A partir de la Segunda Guerra Mundial, en los EE.UU. y en Europa, se desarrollaron complejos mecanismos legales para producir y conservar secretos de Estado, en aras de la protección de intereses nacionales de las partes en dicha conflagración, tales como la seguridad y defensa nacionales por motivo de la Guerra Fría. Sin embargo, al finalizar la misma, se esperaba que hubiera cambios al respecto, lo cual no sucedió. D. P. Moynihan señala que "la secrecía como forma de gobierno continuó como si nada hubiera cambiado"<sup>801</sup> Por su lado, Athan Theoharis considera que "[l]as restricciones a la clasificación y la destrucción de archivos constituye la herencia de la cultura de la secrecía que surgió durante, y se legitimó con, la crisis que produjo la Guerra Fría. A pesar del fin de la misma, la subyacente antipatía a la divulgación de información al público y la rendición de cuentas continúa determinando las prácticas de los archivos federales".<sup>802</sup> Con la terminación de la Guerra Fría en los EE.UU. se redujo considerablemente el número de personas autorizadas para clasificar documentos, sin embargo el número de documentos clasificados incrementó considerablemente.<sup>803</sup>

#### **D. El secreto de Estado: ¿es un privilegio incontrolable?**

El Estado de Derecho, a diferencia de los Estados totalitarios, se caracteriza por contar con mecanismos de control de su poder y por regirse por los

---

<sup>800</sup> (Traducción nuestra). DEMPSEY, James X. "The CIA and[...], *op. cit.*, p. 37-8

<sup>801</sup> (Traducción nuestra) MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 202

<sup>802</sup> (Traducción nuestra). THEOHARIS, Athan G. "Introduction[...], *op. cit.* p. 13

<sup>803</sup> MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 75

principios como el de publicidad para prevenir abusos. De no contar con dichos mecanismos, se puede llegar fácilmente a impregnar toda la administración pública del secreto, ya que "[l]a inclinación natural de las instituciones del gobierno de un Estado totalitario es el dibujar el velo del secreto sobre sus actividades, sus archivos y, sobre todo, sus planes políticos y legislativos, en el proceso de elevar el secreto estructural a nivel de principio a todas las áreas del gobierno".<sup>804</sup>

El secreto de Estado supone, siguiendo a M. Revenga, una problemática doble, por un lado se puede observar desde la óptica de la división de poderes y la necesidad de los parlamentos de contar con información para controlar al Ejecutivo; mientras que del otro, se detecta desde la necesidad de los ciudadanos de contar con información que está en manos del Estado que le servirá para formarse un criterio que le permita participar plenamente en la política.<sup>805</sup>

Al respecto, y por carecer de controles, en los EE.UU. los "[...]presidentes y sus directores de la CIA no se conformaron con los métodos clandestinos para recabar información, sino que además quisieron controlar los cambios políticos en el extranjero. Lo que sucedió en Irán (1953), Guatemala (1954), Cuba (1961), Chile (1973), y Nicaragua (1981-86) son algunas de tantas operaciones encubiertas de la CIA que pudieron ser entendidas (por los

---

<sup>804</sup> (Traducción nuestra). CURTIN, Deirdre; MEIJERS, Herman. "The Principle of open Government in Schengen and the European Union: Democratic Retrogression?", en Common Market Law Review, No. 32: 391-442, 1995, Kluwer Academic Publishers, p. 391

<sup>805</sup> Al respecto Ver: REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 26-8

norteamericanos) solamente cuando los archivos de la CIA se abrieron".<sup>806</sup> Ello ha llevado a la doctrina a reconocer que "Los Presidentes y sus colaboradores pueden invocar el privilegio ejecutivo para encubrir actividades gubernamentales ilegales[...]"<sup>807</sup> El secreto, como dice Sissela Bok, "[...]disminuye la sensación de la responsabilidad individual en decisiones conjuntas y facilita todas las formas de juicio descuidado o erróneo, incluido el que se exhibe al tomar riesgos innecesarios. Ofrece a los participantes un escudo frente a las críticas externas, y puede obscurecer las posibilidades de error, especialmente cuando los que toman las decisiones llegan a pensar que la situación se asemeja a un juego".<sup>808</sup> Sin embargo, eso no siempre es así. Por ejemplo, en España, Enrique Gimbernat señala que la Ley de Secretos Oficiales no puede "[...]amparar cualquier clase de secreto de Estado (de Derecho) no pueden serlo ni el terrorismo de Estado ni tampoco[...] la 'desviación de fondos públicos para organizar una asociación terrorista'".<sup>809</sup>

---

<sup>806</sup> DEMPSEY, James X. "The CIA and[...], *op. cit.*, p. 37

<sup>807</sup> ROZELL, Mark J. Executive Privilege. The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability, Ed. The John Hopkins University Press, Baltimore-Londres 1994, p. 18

<sup>808</sup> BOK, Sissela. Secrets. On the[...], *op. cit.*, p. 109

<sup>809</sup> Continúa dicho autor señalando que "Porque sí, como sostiene la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, el Derecho vigente en España permitiera que --<abusivamente>- esas actividades delictivas fueran declaradas <materia clasificada>, entonces la Ley de Secretos Oficiales, al garantizar la impunidad de hecho de tales conductas, sería incompatible con los propósitos constitucionales de <establecer la justicia>, <garantizar la convivencia democrática>, <consolidar un Estado de Derecho>, <proteger a todos los españoles en el ejercicio de los Derechos Humanos> y <establecer una sociedad democrática y avanzada>; y sería, igualmente, incompatible con el artículo 1.º de la Constitución -que propugna <como valores superiores del ordenamiento jurídico la libertad, la justicia y la igualdad>-, con el artículo 9.º -que garantiza [...] la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos>-, con el artículo 15 -<todos tendrían derecho a la vida>[...] menos las víctimas del terrorismo de Estado- y con, por citar un último precepto constitucional, el artículo 24 -<todos tendrían derecho a la tutela judicial efectiva de jueces y tribunales>[...] menos los perjudicados por hechos delictivos cometidos con fondos

Si las actuaciones del poder ejecutivo, en lo que se refiere a las relaciones internacionales, la seguridad y defensa nacionales, se desempeñan en secreto, las mismas son susceptibles de sustraerse del escrutinio público. Sin embargo, hay quienes, para defender la importancia del secreto en dichas áreas, consideran que la secrecía atiende más a la naturaleza (deliberativa) de la toma de decisiones del Ejecutivo, que a las decisiones mismas. Por ejemplo, Ruth Gavison, profesora de la Universidad Hebrea de Jerusalem, considera que ella "[a]cepta que se justifica el secreto en algunas áreas de la actividad del Ejecutivo, ya sea por un periodo de tiempo limitado o ilimitadamente. Las negociaciones sensibles requieren del secreto ya que la publicidad en tempranas fases de aquélla podría ponerla en riesgo cuando es deseable, o por lo menos aceptable o permisible. El principio general es que los reclamos por secreto son justificables cuando el secreto es instrumentalmente necesario para la promoción de un fin que es considerado permisible (si no deseable) y cuando no hay miedo de que el secreto se usará para encubrir medios ilegales o cuestionables".<sup>810</sup> L. M. Díez-Picazo señala que "[a] diferencia de lo que sucede con los poderes legislativo y judicial, la Constitución no exige que las actividades ejecutivas se desarrollen normalmente en público. Probablemente, ello tiene que ver con el hecho de que la misión esencial del Gobierno y las administraciones públicas consisten en deliberar y decidir, más que en debatir: mientras que todo debate, para ser auténtico y fructífero, ha de ser abierto, la toma de decisiones suele necesitar

---

públicos". GIMBERNAT Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid 1990, 3a ed., p. 37

<sup>810</sup> GAVISON, Ruth. "Atomic Secrets and Free Speech", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991, p. 59

discreción y recogimiento, los debates se celebran en el foro y las decisiones se adoptan en los gabinetes".<sup>811</sup> Ello, a nuestro parecer simplemente atiende a una necesidad de confidencialidad de la información mientras duren las negociaciones por parte de los órganos del Ejecutivo, encargados, por ejemplo, de las relaciones exteriores. Sin embargo, no significa que una vez concluidas las mismas, la información deba ser ocultada en el secreto indefinidamente o por un periodo de tiempo prolongado.

Por ello, casi siempre que los Estados contemplan mecanismos de control sobre las materias clasificadas, por lo general, son activados de manera excepcional. Es por ello que se recomienda la restricción al máximo de los objetos materias de clasificación, a través del establecimiento de un número limitado de asuntos que puedan ser "reservados". Ma. del Pilar Otero al respecto considera que "[...]la Administración está obligada a mantener el secreto de ciertas materias cuya difusión pudiera ocasionar un perjuicio no sólo a la seguridad, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, sino también a otros ámbitos como el profesional o el económico".<sup>812</sup> El profesor Díez-Picazo explica lo anterior de la siguiente manera: "Creo que los documentos que reflejan informaciones delicadas y esenciales para la seguridad y la defensa del Estado deben permanecer secretos, incluso si pueden ser relevantes en un proceso judicial[...]"<sup>813</sup>

---

<sup>811</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 86

<sup>812</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 32

<sup>813</sup> DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 41



Para controlar la legalidad de las actuaciones del Ejecutivo, se cuenta con los mecanismos del control parlamentario y control judicial. En una sociedad democrática el parlamento goza de plena libertad para acceder a los archivos, registros e informaciones en manos del Ejecutivo.<sup>814</sup> Para James Michael "[...]las leyes de transparencia o apertura gubernamental no son sólo para satisfacer la curiosidad de los ciudadanos[...] Dicho derecho de acceso puede ser importante para divulgar la ineficiencia e incluso la corrupción. Las leyes de apertura gubernamental pueden ser vistas como medios para promover la eficiencia, a pesar de que las divulgaciones que resulten pueden superficialmente dar una impresión exactamente opuesta".<sup>815</sup> En algunos países, el privilegio del Ejecutivo para recurrir al secreto fue interpretado de tal manera que se impedía el acceso al parlamento a dichos documentos e informaciones. Sin embargo, ese conflicto entre poderes se ha resuelto de diversas maneras. Por ejemplo, en los EE.UU. se hizo por medio de comisiones parlamentarias,<sup>816</sup> y del control parlamentario del presupuesto. Sobre lo último, Halperin & Hoffman nos recuerdan que "[l]os constituyentes observaron el rol político del pueblo en términos de dos funciones: el ejercicio del voto para elegir a sus representantes y el pago de los impuestos. Para

---

<sup>814</sup> L.M. Díez Picazo nos recuerda que "[...]a través de las facultades parlamentarias de informarse e investigar (arts. 76 y 109 a 111 de la Constitución), las actividades ejecutivas adquieren publicidad y pueden ser políticamente controladas". DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 87

<sup>815</sup> (Traducción nuestra). MICHAEL, James. "Freedom of Official[...], *op. cit.*, p.15

<sup>816</sup> Miguel Revenga Sánchez nos recuerda que "Consecuente con lo aprobado unos meses antes por el Congreso, la Orden Ejecutiva firmada por Reagan incluía el compromiso de informar a las Comisiones parlamentarias de Inteligencia acerca de las actividades emprendidas al amparo de ella (<*All procedures promulgated pursuant to this Order shall be made available to the congressional Intelligence Committees*>), además de repetir la prohibición de asesinar que ya aparecía en la Orden Ford (<*No person employed by or acting on behalf of the United States Government shall engage in, or conspire to engage in, assassination*>". REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del Llanero[...], *op. cit.* p. 191

ello, era esencial, que se informara al pueblo de cómo votaron sus representantes y cómo se gastaron sus impuestos".<sup>817</sup> Así, la legalidad de las funciones presidenciales también se determina en el Congreso por medio de la supervisión de la manera en la que se gastan los impuestos de los contribuyentes.

Por otro lado, y por lo general, el control de la legalidad de la administración se da a través del poder judicial. Algunos países establecen tribunales de lo contencioso administrativo para corregir errores, abusos o extralimitaciones de la administración en perjuicio de los derechos de terceros. Sin embargo, para efectos de la materia que nos ocupa, existe un debate sobre si el acto clasificatorio de la información o documento como secreto es o no un acto político, y de ser así escaparía del control judicial. J. J. Díez Sánchez al respecto señala que "Tal vez la justicia administrativa esté ya a un paso de alcanzar la complitud, esto es, asumir sin excepciones el pleno control de la actuación gubernativa, una vez superada la noción de actos políticos, de Gobierno, o de dirección política, como actos *per se* excluidos de la fiscalización jurisdiccional. De esta forma se cerraría una larga etapa histórica que gradualmente ha ido reduciendo inmunidades, permitiendo de paso rescatar el pleno sometimiento de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, quintaesencia o 'verdadera cláusula regia' del Estado de Derecho".<sup>818</sup> En los EE.UU., los únicos dos actos que gozan de indiscutible inmunidad

---

<sup>817</sup> HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 88

<sup>818</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 87

jurisdiccional son "[...]el otorgamiento del perdón presidencial y el poder de despedir empleados de confianza (*presidential appointees*)".<sup>819</sup>

### **E. El secreto de Estado: ¿vulnera Derechos Humanos?**

Es tan difícil obtener la desclasificación de la información que la investigación histórica ha tenido que descubrir otras vías que evidencian lo absurdo de los mecanismos de clasificación y apertura de documentos e informaciones. Son innumerables los daños en materia de Derechos Humanos que se han producido alrededor del mundo mediante el uso/abuso del secreto. Por ejemplo, Richard Gid Power considera que el McCarthismo en los EE.UU. no hubiera sido posible sin la garantía del secreto.<sup>820</sup> Asimismo, en dicho país "[...]irónicamente un historiador puede aprender más de las relaciones entre el Partido Comunista (norteamericano por supuesto) y la Unión Soviética y sobre algunas de las actividades comunistas clandestinas en los archivos soviéticos recientemente abiertos[...]" (Al respecto nos recuerda Theoharis que) Klehr comentaba que 'encontró irónico que pudiera obtener más información sobre CPUSA de Moscú que de su gobierno[...]' Por la última década, el FBI ha venido produciendo un expediente para mí sobre las actividades del comunismo internacional en los EE.UU.[...] es inútil con mas

---

<sup>819</sup> HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 92

<sup>820</sup> En sus palabras "McCarthy would have been nothing without government secrecy. He was able to gain hearing for his fantastic charges only because he could claim that the evidence to support them was kept hidden by the executive branch. Every time he requested classified documents from the government and they turned out to discredit his charges, he simply moved on to new and even more fantastic allegations -the supply of secrets for him to exploit was inexhaustible. Senator Moynihan has even suggested that McCarthyism might not have appeared had the security agencies revealed to the president, and the president to the country, the full and somewhat disappointing facts about the spy menace: that it existed, that it was small, that if had been thoroughly investigated by the FBI. A poignant thought". POWERS, Richard Gid. "Introduction", en MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 27

del 90 % del materia ilegible (*blacked out*). He detenido las solicitudes de información mediante la FOIA porque era una pérdida de tiempo, energía y dinero, que puede ser mejor utilizado en Rusia. Es una pena porque creo firmemente que los archivos del FBI podrían dar verdadera luz sobre el asunto que estudio, pero prevalece la creencia de que archivos de 50 a 70 años de edad pueden afectar de alguna manera la seguridad nacional".<sup>821</sup>

Como vimos, la investigación histórica se ve afectada con el secreto de Estado. Por ejemplo, en los EE.UU. la "[...]cultura del secreto no sólo limitó el interés contemporáneo en torno a las decisiones presidenciales más importante y a los programas de las agencias de inteligencia en la era de la Guerra Fría. Las restricciones a la clasificación, en efecto, aseguraron un entendimiento distorsionado de las decisiones y prioridades presidenciales. La divulgación selectiva de documentos previamente clasificados y la apertura de oraciones o párrafos aislados de otros documentos suponen otro dilema en la investigación: ¿cómo interpretar un archivo que deliberadamente se entregó incompleto? A los investigadores se les niega el entendimiento del contexto y por lo tanto el propósito general del programa o decisión divulgado".<sup>822</sup>

Asimismo, las políticas de seguridad nacional de los EE.UU. en diversos momentos de la historia del Siglo XX han sido empleadas de manera

---

<sup>821</sup> (Traducción nuestra). THEOHARIS, Athan G. "The Freedom of Information[...], *op. cit.* p. 21-2. El texto citado es un fragmento de una correspondencia que se cita en dicha obra cuando le explica al autor sobre la metodología empleada para recabar información para la obra Harvey Klehr, John Haynes and Fridirich Igorevich, *The Secret World of American Communism*, New Haven, Conn.: Yale University Press, 1995.

<sup>822</sup> THEOHARIS, Athan G. "Introduction[...], *op. cit.* p. 4

discriminatoria.<sup>823</sup> La discriminación se hacía y hace por vínculos a una nación enemiga, por adoptar una cierta ideología o afiliación política, así como por tener apariencia de pertenecer a una determinada etnia. En diferentes momentos, la discriminación se puede observar siguiendo al autor aludido, en la persecución de germano-americanos durante la Primera Guerra Mundial; de italo-americanos, japo-americanos y germano-americanos durante la Segunda Guerra Mundial;<sup>824</sup> de comunistas durante la Guerra Fría y recientemente arabe-americanos.<sup>825</sup>

---

<sup>823</sup> En un estudio histórico sobre el uso del secreto de Estado para clasificar la información relativa a las investigaciones de 'sospechosos' o posibles 'espías' y el uso discriminatorio por razones de raza o pertenencia étnica del secreto de Estado en políticas de seguridad en tres momentos históricos distintos en los Estados Unidos de Norteamérica, se nos muestra que durante la Primera Guerra Mundial eran sospechosos los germano-americanos, durante la Segunda Guerra Mundial eran sospechosos nuevamente los germano-americanos, los italo-americanos y los de ascendencia japonesa; durante la Guerra Fría los sospechosos eran los americanos de ascendencia este-europeos. Actualmente, los sospechosos son los americanos de orígenes árabes. Ver: MOYNIHAN, Daniel Patrick. "The culture of[...], *op. cit.*, p. 68-71. Dicho estudio se vio ampliado en MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American[...], *op. cit.*, p. 86

<sup>824</sup> El Magistrado Brennan nos dice como "During the Second World War this problem manifested itself in the cases concerning the military treatment of American citizens of Japanese descent, 120,000 of whom were interned. Without reaching the broader issue of whether the interments were valid, the Supreme Court upheld curfews and evacuation orders that applied only to those of Japanese ancestry. The Court, uncertain about its ability to discern that it would be satisfied 'if those charged with the responsibility of our national defense have reasonable ground for believing that the threat is no 'reject as unfounded the judgement of the military authorities' that the disloyal ones posed a significant threat of sabotage and espionage, and that it was difficult to distinguish the disloyal from the loyal. That such racial distinctions were irrelevant, and thus impermissible, during times of peace, the Court asserted, did not mean that they were irrelevant or impermissible 'in dealing with the perils of war'". BRENNAN, William J. Jr. "The American Experience: Free Speech and National Security", en SHETREET, Shimon. Free Speech and[...], *op. cit.*, p. 15

<sup>825</sup> Al respecto, J. Dempsey & J. Cole señalan que "One of the most dramatic responses to the attack of September 11 was a swift reversal in public attitudes about racial and ethnic profiling as a law enforcement tool. Before September 11, about 80 percent of the American public considered racial profiling wrong[...] After September 11, however, polls reported that 60 percent of the American public favored ethnic profiling, at least as long as it was directed at Arabs and Muslims. The fact that the perpetrator of the September 11 attack were Arab men, and that the attack appears to have been orchestrated by al-Qaeda, led many to believe that it is only common sense to pay closer attention to Arab-looking men boarding airplanes and elsewhere". DEMPSEY, James X.; COLE, David. Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security, Ed. The First Amendment Foundation, 2ª ed., Washington, D.C. 2002, p. 168. No nos sorprende esta clase de apoyo popular a medidas restrictivas de derechos fundamentales en los EE.UU. ya que por ejemplo desde la Guerra Civil suceden hechos similares. Al respecto, William Brennan, Jr. nos

Asimismo, se ha podido observar como políticas de persecución de ciertos grupos sociales se oculta bajo el secreto. Por ejemplo, "En los años cincuenta, se crea un index separado en el que se enlistaban los nombres de los homosexuales señalados. El Congreso de los EE.UU. llegó a considerar a los gays como una amenaza a la seguridad porque los percibían como susceptibles de ser chantajeados. Como respuesta, en 1951, el director del FBI inició un programa formal de 'desviados sexuales' para identificar, documentar y remover a los homosexuales de los puestos del Gobierno Federal".<sup>826</sup>

Por ello, y por otras razones, Ma. del Pilar Otero considera que "[e]l secreto de Estado afecta, pues, a la libertad de expresión e información, pero no sólo a ellas, sino también a las relaciones Parlamento-Gobierno, a la independencia judicial o al derecho de defensa del individuo. En consecuencia, la aceptación de este secreto hay que efectuarla con cautela. Hay que vigilar, por tanto, que la limitación de estos derechos fundamentales sea la indispensable".<sup>827</sup> Al respecto, Marc Carrillo sugiere que "[...]el establecimiento del secreto sobre determinadas materias afecta no solamente

---

recuerda como "[...]President Lincoln took various measures that infringed upon civil liberties in the name of national security -the most egregious of which was suspending the writ of habeas corpus. With habeas corpus suspended, Lincoln caused 20-30,000 persons to be arrested and detained in military custody without charges, simply because those persons were suspected of being disloyal, dangerous, or disaffected. These persons remained in custody as long as the federal government saw fit, some receiving no trial at all, others receiving a military trial which lacked of procedural safeguards that would have been guaranteed by a civilian criminal court". BRENNAN, William J. Jr. "The American Experience[...], *op. cit.*, p. 12

<sup>826</sup> (Traducción nuestra). CHARNS, Alexander; GREEN, Paul M. "Playing the Information Game: How It Took Thirteen Years and Two Lawsuits to Get J. Edgar Hoover's Secret Supreme Court Sex Files", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) *A culture of [...]*, *op. cit.*, p. 104. Sobre los abusos del privilegio ejecutivo del secreto por Richard Nixon, Ver: Capítulo 3 de ROZELL, Mark J. *Executive Privilege [...]*, *op. cit.*, p. 62 y ss.

<sup>827</sup> OTERO González, Ma del Pilar. *La revelación del secreto [...]*, *op. cit.*, p. 40

la libertad de expresión limitando la capacidad informativa de la prensa sino que 'también repercute sobre temas constitucionales que afectan las relaciones Parlamento-Gobierno, suspenden en sus términos la independencia judicial y recortan el derecho de defensa del individuo"<sup>828</sup>. Además de que el secreto de Estado es una excepción al principio de publicidad se trata de "[...]una limitación al derecho fundamental a obtener tutela judicial efectiva, ya que limita el (ficticio) derecho a acceder a la verdad"<sup>829</sup> Blanca Lozano considera que "Cuando, en aras de una pretendida defensa de la seguridad del Estado, se imponen medidas restrictivas que afectan, más allá de lo razonable y de lo constitucionalmente admisible, a derechos fundamentales como la garantía judicial efectiva o la libertad de expresión (imponiendo sanciones desorbitadas o estableciendo algún tipo de censura previa en contra de la terminante prohibición del artículo 20.2 de la Constitución), se está socavando precisamente uno de los pilares fundamentales de ese Estado que se pretende defender, en cuanto tales derechos constituyen, como establece nuestra norma suprema, el 'fundamento del orden político y de la paz social"<sup>830</sup>.

Al parecer, no es cuestionable la razón de ser de los secretos de Estado ya que se vinculan con la existencia del Estado de Derecho y aparentemente es legítimo limitar derechos y libertades fundamentales en pro de la seguridad y defensa de la democracia y sus instituciones. La facultad de limitar ciertos

---

<sup>828</sup> CARRILLO, Marc. Los límites a la libertad[...], *op. cit.*, p. 106

<sup>829</sup> GÓMEZ Benítez, José Manuel. "Prólogo", en OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 11

<sup>830</sup> LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 169

derechos para hacer frente a un peligro o amenaza al Estado Democrático está incluso reconocida en los pactos internacionales de Derechos Humanos.

Es importante hacer énfasis en que los límites o restricciones a los derechos reconocidos en los tratados internacionales, pueden ser impuestos siempre y cuando sean necesarios para salvaguardar ciertos intereses como los derechos de terceros, el orden público y la seguridad nacional en una sociedad democrática.<sup>831</sup> Sin embargo, las restricciones a los Derechos Humanos, para ser legítimas de conformidad con el Derecho Internacional – Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención Europea sobre Derechos Humanos– deben satisfacer los requisitos siguientes: (i) las restricciones deben estar previstas en una ley, (ii) la medida restrictiva debe ser necesaria

---

<sup>831</sup> Ver: VEITES Pérez, Carlos. "Los secretos de Estado y el Estado de Derecho", en Actualidad Administrativa, Núm. 103, Marzo 1997, p. 157. Incluso tratados internacionales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el artículo 19.3.b. reconoce que los Estados pueden limitar el derecho a la libertad de expresión (incluido la libertad de buscar, recibir e impartir información e ideas de todo tipo) por razones de seguridad nacional; en el artículo 21 permite la limitación del derecho de reunión pacífica por las mismas razones; en el artículo 22 autoriza la restricción por razones de seguridad nacional del derecho de asociación. El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales también incluye disposiciones similares en los artículos 10.2 (limitaciones a la obtención de información por razones de seguridad nacional); 11.2 (limitación a los derechos de reunión pacífica y asociación por razones de seguridad nacional). La Convención Americana de Derechos Humanos en los artículos 13.2.b. incluye limitaciones a los derechos de expresión y obtención de información por motivos de seguridad nacional; el artículo 15 se refiere al derecho de reunión y la posibilidad de limitarlo por seguridad nacional y el artículo 16.2 se refiere a la posibilidad de limitar el derecho de asociación por motivos de seguridad nacional. Finalmente la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos permite la limitación del derecho de asociación por motivos de seguridad nacional en el artículo 11. Se requiere de un estudio aparte del tratamiento que se da a los secretos de Estado como instrumento de la Seguridad Nacional en las 'sociedades democráticas' como límites a los Derechos y Libertades consagrados en los Tratados y Convenios Internacionales en los organismos internacionales judiciales y extrajudiciales vinculados a Derechos Humanos.



para proteger la seguridad nacional, y (iii) la restricción debe ser tomada de manera limitada para tal propósito.<sup>832</sup>

La ley, para ser adaptada conforme a los criterios generales que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos impone, debe de ser clara de tal manera que le permita a las personas bajo la jurisdicción de un determinado Estado entender sus obligaciones y puedan prever que determinadas conductas son ilegales. De tal manera que "Si una ley es demasiado vaga y general, la restricción tal vez no satisfaga el elemento 'previsto en ley' y ser, por consiguiente, incompatible con las disposiciones del Pacto".<sup>833</sup> Para Mahoney & Early la ley debe satisfacer los requisitos de "[...]accesibilidad, predictibilidad (p. e. seguridad jurídica) y contar con salvaguardas contra el

---

<sup>832</sup> Sobre los límites reconocidos en el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos, Ver: EVATT, Elizabeth. "The International Covenant on Civil and Political Rights: Freedom of Expression and State Security", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty*[...], *op. cit.*, p. 86. Sobre el régimen europeo de protección y promoción de la libertad de expresión y la seguridad nacional como uno de sus límites, Ver: MAHONEY, Paul; EARLY, Lawrence. "Freedom of Expression and National Security: Judicial and Policy Approaches under the European Convention on Human Rights and other Council of Europe Instruments", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty*[...], *op. cit.*, p. 109 y ss. Sobre los límites a la libertad de expresión en el Sistema Interamericano, Ver: KRSTICEVIC, Viviana; VIVANCO, José Miguel; MÉNDEZ, Juan; PORTER, Drew. "The Inter-American System of Human Rights Protection: Freedom of Expression, *National Security Doctrines* and the Transition to Elected Governments", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty*[...], *op. cit.*, p. 161-185. En este trabajo no revisaremos las decisiones y recomendaciones de los órganos de la Unión Europea sobre acceso a la información. Para una acercamiento a las decisiones y recomendaciones relacionadas con dicho derecho sugerimos Ver: NICOL, Andrew, Q.C. "The European Union: National Security Restrictions, Human Rights and Information in the Public Interest", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty*[...], *op. cit.*, p. 129-143; CURTIN, Deirdre; MEIJERS, Herman. "The Principle of open[...]", *op. cit.*; REKOSH, Edwin (Ed.). *In the Public Eye*[...], *op. cit.*, p. 255-267. Sobre el sistema africano sugerimos Ver: WELCH, Claude E. Jr. "The African Charter and Freedom of Expression in Africa", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. *Secrecy and Liberty*[...], *op. cit.*, p. 145-159

<sup>833</sup> EVATT, Elizabeth. "The International Covenant[...], *op. cit.*, p. 87. Para Mahoney & Early, siguiendo la jurisprudencia europea en Derechos Humanos "[...]the national law, whether it be written or unwritten, must indicate the scope and manner of exercise of any discretion conferred on the public authorities with sufficient clarity to give the individual adequate

abuso que sean adecuadas y legalmente obligatorias".<sup>834</sup> Las leyes según la jurisprudencia del Sistema Interamericano se debe de entender de la siguiente manera: "La expresión leyes, en el marco de la protección a los Derechos Humanos, carecería de sentido si con ella no se aludiera a la idea de que la sola determinación del poder público no basta para restringir tales derechos. Lo contrario equivaldría a reconocer una virtualidad absoluta a los poderes de los gobernantes frente a la de los gobernados. En cambio, el vocablo leyes cobra todo su sentido lógico e histórico si se le considera como una exigencia de la necesaria limitación a la interferencia del poder público en la esfera de los derechos y libertades de la persona humana. La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado".<sup>835</sup> Además los órganos creadores de las leyes deben de satisfacer un requisito de legitimidad democrática para ser adecuadas conforme al Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La Corte Interamericana ha dicho que "La ley en el Estado democrático no es simplemente un mandato de la autoridad revestido de ciertos necesarios elementos formales. Implica un contenido y está dirigida a una finalidad. El concepto de leyes a que se refiere el artículo 30, interpretado en el contexto de la Convención y teniendo en

---

protection against arbitrary interference". MAHONEY, Paul; EARLY, Lawrence. "Freedom of Expression[...], *op. cit.*, p. 114

<sup>834</sup> MAHONEY, Paul; EARLY, Lawrence. "Freedom of Expression[...], *op. cit.*, p. 123

<sup>835</sup> Corte I.D.H., *La expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva O.C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6, párrafo 27

cuenta su objeto y fin, no puede considerarse solamente de acuerdo con el principio de legalidad[...] Este principio, dentro del espíritu de la Convención, debe entenderse como aquél en el cual la creación de las normas jurídicas de carácter general ha de hacerse de acuerdo con los procedimientos y por los órganos establecidos en la Constitución de cada Estado Parte, y a él deben ajustar su conducta de manera estricta todas las autoridades públicas. En una sociedad democrática el principio de legalidad está vinculado inseparablemente al de legitimidad, en virtud del sistema internacional que se encuentra en la base de la propia Convención, relativo al 'ejercicio efectivo de la democracia representativa', que se traduce, *inter alia*, en la elección popular de los órganos de creación jurídica, el respeto a la participación de las minorías y la ordenación del bien común[...]”<sup>836</sup> Por consiguiente, señala que "Sólo la ley formal, entendida como lo ha hecho la Corte, tiene aptitud para restringir el goce o ejercicio de los derechos reconocidos por la Convención".<sup>837</sup> Finalmente, considera la Corte que "Lo anterior no se contradice forzosamente con la posibilidad de delegaciones legislativas en esta materia, siempre que tales delegaciones estén autorizadas por la propia Constitución, que se ejerzan dentro de los límites impuestos por ella y por la ley delegante, y que el ejercicio de la potestad delegada esté sujeto a controles eficaces, de manera que no desvirtúe, ni pueda utilizarse para desvirtuar, el carácter fundamental de los derechos y libertades protegidos por la Convención".<sup>838</sup>

---

<sup>836</sup> Corte I.D.H., *La expresión "Leyes" [...]*, *op. cit.*, párrafo 32

<sup>837</sup> Corte I.D.H., *La expresión "Leyes" [...]*, *op. cit.*, párrafo 35 *in fine*

<sup>838</sup> Corte I.D.H., *La expresión "Leyes" [...]*, *op. cit.*, párrafo 36

Al respecto, el 1 de octubre de 1995 en Johannesburgo, Sudáfrica, se reunieron un grupo de reconocidos expertos bajo el auspicio de la organización no gubernamental *Artículo XIX* para discutir sobre la libertad de expresión, el derecho a la información y su relación con la seguridad nacional; y adoptaron una serie de principios que intitularon precisamente *The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information*.<sup>839</sup> Dichos principios desarrollan la noción de ley de la siguiente manera: "Cualquier restricción a la expresión o información deben estar prescritas en la ley. La ley debe de ser accesible, inambigua, concreta y precisa de tal manera que le permita a los individuos prever la ilegalidad de cualquier acción particular".<sup>840</sup> Asimismo, "La ley debe de contener cualesquiera salvaguardas adecuadas en contra del abuso, incluida un rápido, completo y efectivo escrutinio judicial a cargo de un tribunal o corte independiente que determine la validez de la restricción".<sup>841</sup>

Dentro de los fines legítimos que permiten la restricción a la libertad de expresión y al derecho a la información está la seguridad nacional.<sup>842</sup> Sandra Coliver al respecto nos dice "Todos los instrumentos de Derechos Humanos reconocen la protección de la seguridad nacional como fundamento

---

<sup>839</sup> Para un comentario sobre los mismos, sugerimos Ver: COLIVER, Sandra. "Commentary to: The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information", en *Human Rights Quarterly*, Volumen 20, número 1, año 1988, p. 12-80

<sup>840</sup> (Traducción nuestra). Principio 1.1: Prescribed by Law, inciso (a). "The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information", en *Human Rights Quarterly*, Volumen 20, número 1, año 1988, p. 3

<sup>841</sup> (Traducción nuestra). Principio 1.1: Prescribed by Law, inciso (b). "The Johannesburg Principles[...], *op. cit.*, p. 3

<sup>842</sup> MAHONEY, Paul; EARLY, Lawrence. "Freedom of Expression[...], *op. cit.*, p. 115

permisible para imponer restricciones a la libertad de expresión".<sup>843</sup> Por su lado, Jordi Bonet ha señalado que "La necesidad de proteger la seguridad nacional ha sido apreciada respecto a situaciones de hecho de muy variada naturaleza fáctica, habiendo sido contemplado este fin legítimo solo o en conjunción con otros de los que se refieren a la defensa del Estado y la organización social; por ejemplo, en relación a actividades políticas contrarias al sistema democrático, el terrorismo o el espionaje".<sup>844</sup>

Por lo que se refiere a la necesidad para alcanzar determinados fines en una sociedad democrática, los Estados deben de cerciorarse de que "(1) existe una amenaza a la nación en su conjunto; (2) la expresión ha causado o contribuye a la amenaza; y (3) las medidas restrictivas son necesarias para prevenir la amenaza y ser proporcional a la misma".<sup>845</sup> Los citados *Principios* señalan que "Para establecer que una restricción a la libertad de expresión o información es necesaria para proteger un interés legítimo de la seguridad nacional, el gobierno debe de demostrar que: (a) la expresión o información involucrada representa ser una grave amenaza a los intereses legítimos de la seguridad nacional; (b) la restricción impuesta es el medio menos restrictivo posible (*possible*) para la protección dicho interés; y (c) la restricción es compatible con los principios democráticos".<sup>846</sup>

---

<sup>843</sup> (Traducción nuestra). COLIVER, Sandra. "Commentary to: The Johannesburg[...], *op. cit.*, p. 27

<sup>844</sup> BONET, Jordi. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona 1994, 1a ed., p. 293

<sup>845</sup> EVATT, Elizabeth. "The International Covenant[...], *op. cit.*, p. 88

<sup>846</sup> (Traducción nuestra). Principio 1.3: Necesario en una sociedad democrática. "The Johannesburg Principles[...], *op. cit.*, p. 4

Con ello lo que se pretende es limitar la actuación del Estado que simplemente se justifique con invocar de manera general la excepción o restricción por motivos de seguridad nacional, en palabras de Mahoney & Early "El puro principio de protección del secreto de Estado no es suficiente para justificar en toda circunstancia la prevención o castigo de la divulgación de información, aún cuando estén relacionados con los servicios secretos del Estado".<sup>847</sup> Los *Principios de Johannesburgo* antes aludidos señalan que "Cualquier restricción a la expresión o información que se justifique por un gobierno con fundamento en la seguridad nacional debe tener el genuino propósito de proteger un interés legítimo de la seguridad nacional y sus efectos deben ser demostrables".<sup>848</sup>

Por consiguiente y en concordancia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, las leyes sobre acceso a la información antes de definir las materias clasificadas parten del reconocimiento del principio general de publicidad para posteriormente enunciar sus excepciones. Así lo dice María del Pilar Otero: "No obstante, para que esta ley fuera compatible con el Estado democrático, tuvo que partir de dos premisas fundamentales:

1° La consideración de la publicidad, como principio general de actuación de los poderes públicos.

2° La limitación de la publicidad como excepción y siempre fundamentada en la tipificación penal de las conductas delictivas que atenten contra el bien

---

<sup>847</sup> (Traducción nuestra). MAHONEY, Paul; EARLY, Lawrence. "Freedom of Expression[...], *op. cit.*, p. 123

<sup>848</sup> (Traducción nuestra). Principio 1.2: Protection of a Legitimate National Security Interest. "The Johannesburg Principles[...], *op. cit.*, p. 3

jurídico 'seguridad del Estado', al margen, por lo tanto, de leyes especiales como remedio para paliar la restricción de las libertades públicas".<sup>849</sup>

### **1. La libertad de expresión y el derecho a la información**

Uno de los grandes beneficios del secreto, para los políticos, es que con el control de la información, al mismo tiempo se controla el debate sobre un asunto determinado. Scott Armstrong señala que "Al restringirse el acceso directo a la información en 'bruto' se asegura que un lado de las partes en el debate político interno domine".<sup>850</sup>

La manera en la que podemos participar políticamente es, en definitiva, a través del ejercicio de la libertad de expresión y por medio de nuestros representantes democráticamente electos. David O'Brien al respecto señala que "El papel crucial que cobra la Primera Enmienda en la política se debe precisamente a que el electorado debe tener la capacidad de informar a sus representantes sobre cuestiones de interés público y de ser informado mediante valoraciones críticas de las actividades oficiales y de las operaciones del gobierno".<sup>851</sup> La Suprema Corte de EE.UU. "Al reconocer que la libre expresión sobre asuntos públicos[...] es la esencia del autogobierno, la Corte aceptó la necesidad de dar información al pueblo sobre los asuntos del gobierno; reconoció el profundo compromiso nacional con el principio de que el debate de los asuntos públicos debe ser libre, sin cortapisas, robusto y amplio. Congruente con la tesis de que la Primera Enmienda 'descansa en el

---

<sup>849</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 57

<sup>850</sup> (Traducción nuestra). ARMSTRONG, Scott. "The War over[...]", *op. cit.*, p. 161

<sup>851</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 64

supuesto de que la difusión más amplia posible de información proveniente de fuentes diversas y antagónicas es esencial al bienestar del pueblo', la Corte interpretó que la libertad de palabra y de prensa debe servir 'al interés público general dentro de un marco de información libre al pueblo"<sup>852</sup>. En ese mismo sentido Owen Fiss nos dice "La Primera Enmienda es una garantía de la autodeterminación colectiva, un método para asegurar que las personas conocen todo lo que deben conocer para ejercitar sus prerrogativas soberanas, y, por esa razón, la atención debe centrarse en la condición del discurso público, y no en el proceso por el cual esa condición fue creada. La esencia del ilícito constitucional no es el tratamiento injusto del orador, sino ocultar ideas e información al público, y desde esta perspectiva, un interés en los fundamentos de un acto que oculta ideas al público tiene poco sentido teórico"<sup>853</sup>.

A pesar de que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información no son derechos absolutos, ya que se pueden ver limitados para garantizar otros bienes jurídicos,<sup>854</sup> el secreto de Estado, en principio vulnera

---

<sup>852</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 71

<sup>853</sup> FISS, Owen. "Activismo estatal y censura estatal", en FISS, Owen. Libertad de Expresión[...], *op. cit.*, p. 80

<sup>854</sup> Francisco J. Laporta nos recuerda que "[...]lo único que queda excluido del ámbito máximo de lo que puede ser dicho y debatido públicamente en libertad es el insulto puro y simple (insulto infamante), el libelo mentiroso, la invasión de la intimidad de personas privadas y, en versiones más conservadoras, la simple obscenidad". LAPORTA, Francisco J. "El derecho a informar y sus enemigos", en Claves de Razón Práctica, número 72, mayo 1997, p. 14. Para Shimon Shetreet "Free speech is none of the vital and indispensable foundations of a democratic government. However, it is not an absolute right, and there are other vital social interests qualifying it. For example, the interest of protecting the basic framework of society and the existence of the State and its institutions against its enemies from within and from without, and the maintenance of public peace and public order". Tomado de dicho autor: "Preface", en SHETREET, Shimon. Free Speech and[...], *op. cit.*, p. xi. Raphael Cohen-Almagor por su parte considera que "Citizens have a right to freedom of expression, but the state can limit that right in order to prevent a threat to public order, the security of the state, or third parties in need of protections (such as children)". COHEN-



la libertad de expresión ya que, como dice J. J. Mestre Delgado, mediante el secreto se limita el acceso a los registros o documentos en poder del Estado y ello se entiende como *derecho instrumental* "[...]que coadyuva a la formación de una opinión pública libre, al mantenimiento del principio de transparencia administrativa y, en fin, a posibilitar el efectivo control de la actuación administrativa, es difícil convenir en que la negativa al ejercicio del mismo pueda determinar una correlativa vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ya que es distinto, según hemos indicado, al estricto derecho de audiencia".<sup>855</sup> Así también lo reconoce Marc Carrillo quien señala que "El secreto oficial o también secreto de Estado en la medida en que por razones de seguridad nacional sustrae de la comunicación ciertas materias, se plantea jurídicamente como un límite a la libertad de expresión y, por ende, a la libertad de prensa, habida cuenta que ésta forma parte de la primera. También se constituye como límite del derecho a la información dado que la libre emisión de pensamientos y opiniones implica la previa existencia de opiniones propias y ello sólo es factible a partir de una información plural y suficiente".<sup>856</sup>

El derecho a la información se puede ver reflejado, siguiendo a J. M. Castells Arteché, en dos clases de instituciones jurídicas. La primera de ellas, se refiere al derecho de toda persona de ejercer el *habeas data*, mientras que la otra versa sobre el derecho de cualquier persona de acceder a los

---

ALMAGOR, Raphael. Speech, Media and Ethics. The Limits of Free Expression. Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know, Ed. Palgrave, Nueva York 2002, p. xiii

<sup>855</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 107

<sup>856</sup> CARRILLO, Marc. Los límites a la libertad[...], *op. cit.*, p. 97

documentos o información en poder del Estado.<sup>857</sup> Del Estado no garantizar el ejercicio del *habeas data* o derecho a obtener la información que de la persona tiene el Estado, se vulneraría el derecho a la intimidad,<sup>858</sup> preocupación resuelta mediante legislación particular. En palabras de dicho autor "Se comprende así la especial preocupación por la salvaguardia de ese último reducto de la personalidad humana frente a intromisiones públicas; en ese sentido, la ley orgánica de 5 de mayo de 1982, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, ha establecido medidas de defensa de dicha intimidad de las personas, considerando como intromisiones ilegítimas 'la revelación de la actividad profesional u oficial de quien la revela'. Aunque se encuentre todavía sin regular específicamente la defensa de la publicidad frente a las instituciones públicas".<sup>859</sup> En segundo lugar, y por lo que se refiere a la vulneración del derecho a conocer los documentos o informaciones en manos del Estado, ello se justifica por lo que la Constitución determina; es decir, para él "El problema se centra en el adecuado equilibrio entre el margen de libertad a disposición de la Administración para defender determinados valores por un

---

<sup>857</sup> Al respecto, sugerimos Ver: CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 138

<sup>858</sup> El catedrático de derecho administrativo de la universidad del País Vasco señala que "el contenido mínimo que se halla presente en los textos legales que se refieren a esta materia en cuanto alusión a la siguiente problemática: 1) Reconocimiento de un derecho de acceso a los datos personales registrados o almacenados. 2) Reconocimiento paralelo de un derecho ciudadano de rectificación de aquéllos datos inexactos. 3) Establecimiento de una instancia de control y supervisión de estos derechos, normalmente en forma de un delegado o comisario parlamentario o mediante una Comisión especializada, dejando la última palabra al poder judicial". CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 140

<sup>859</sup> CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 147

lado, y la garantía de derecho a la información reconocida también constitucionalmente".<sup>860</sup>

El derecho a la información, siguiendo a Francisco J. Laporta, garantiza el suministro necesario para las personas "[...]de los datos relevantes para desempeñar su papel en las decisiones políticas básicas. Ese derecho es el canal por el que la sociedad hace fluir todo el contingente de conocimientos y noticias sobre la realidad social, su estructura, sus problemas, sus carencias y sus rasgos más relevantes. Provisto de este conocimiento, el ciudadano puede contrastar su percepción de la sociedad y sus problemas con la propuesta de soluciones que se le ofrecen en el periodo electoral y con lo realizado o no realizado por el gobernante".<sup>861</sup>

Así también lo ha dicho el Tribunal Constitucional Español "Los derechos que prevé el artículo 20 de la Constitución garantizan, según tiene declarado el Tribunal Constitucional (desde la Sentencia 16 de marzo de 1981), 'el mantenimiento de una comunicación pública libre, sin la cual quedarían vaciados de contenido real otros derechos que Constitución consagra, reducidas a formas huecas las instituciones representativas y absolutamente falseado el principio de legitimidad democrática que enuncia el artículo 1, apartado 2, de la Constitución, que es la base de toda nuestra ordenación jurídico-política'".<sup>862</sup>

---

<sup>860</sup> CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 147

<sup>861</sup> LAPORTA, Francisco J. "El derecho a informar[...], *op. cit.*, p. 16

<sup>862</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 96

Los elementos "[d]el derecho a la información se refiere[n] en verdad a una mezcla de varios derechos[...]

(1) el derecho a obtener información; (2) el derecho a imprimir sin restricción previa; (3) el derecho a imprimir sin temor a represalias ejercidas sin el debido proceso; (4) el derecho de acceso a instalaciones y material esencial a la comunicación; y (5) el derecho a distribuir información sin interferencia por parte del gobierno obrando conforme a la ley o de ciudadanos obrando en desacato de la ley".<sup>863</sup>

Así también lo ha dicho J. J. Díez Sánchez: "Compartimos esta última consecuencia estimando que, en efecto, el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos se haya vinculado a la satisfacción de otros derechos, y lo entendemos directa y efectivamente instrumental para ejercitar otros derechos fundamentales como el de comunicar o recibir libremente información veraz (art. 20), el de participación en los asuntos públicos (art. 23) –con el añadido del valor constitucional que se otorga en general a este principio en el art. 9.2– y, en su caso, garantizar el derecho a la tutela judicial con todas las garantías (art. 24). No obstante, discrepamos en cuanto a su calificación como derecho fundamental cuasi autónomo manteniendo su instrumentalidad característica que posibilitaría aceptar que no está exclusiva y necesariamente ligado a la realización de derechos fundamentales".<sup>864</sup> En suma, "[...]la democracia no puede sobrevivir sin opinión pública; y opinión pública es tanto opinión del público como opinión sobre asuntos públicos. Ello

---

<sup>863</sup> O'BRIEN, David. El derecho del público[...], *op. cit.*, p. 4

<sup>864</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 191

se traduce en una innegable necesidad de información y crítica, sin las cuales resulta imposible la exigencia de responsabilidad, política y jurídica, a quienes desempeñan funciones públicas".<sup>865</sup>

Y no sólo por esas razones se considera que el secreto de Estado limita la libertad de expresión e información, sino porque, por lo general, los funcionarios que tienen contacto con dicha información celebran o son obligados a celebrar un acuerdo con el gobierno mediante el cual se comprometen a no divulgar ninguna clase de información que hayan conocido en el ejercicio de sus funciones e incluso llegan a celebrar un convenio de "prepublicación" que consiste en obtener autorización de la dependencia oficial previa para publicar algún escrito que tenga alguna clase de relación con el servicio público desempeñado. En los EE.UU. por ejemplo, se cree que 1.9 millones de empleados federales han celebrado esta clase de convenios (*secrecy agreements*).<sup>866</sup>

Pareciera como si estuvieran en constante conflicto la seguridad nacional y la libertad de expresión, sin embargo para S. Coliver no es así, "[a]l contrario, una clara revisión de la historia reciente sugiere que los intereses legítimos de la seguridad nacional están en la práctica mejor protegidos cuando la prensa y el público son capaces de escrutinizar las decisiones del gobierno, que cuando los gobiernos operan en secreto. La libertad de expresión y el

---

<sup>865</sup> DíEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 82

<sup>866</sup> BIRKINSHAW, Patrick. Reforming the Secret[...], *op. cit.*, p. 58. Mary Cheh al respecto señala que "[...]it must be noted that prepublication review is strikingly different from 'ordinary' secrecy agreements that merely prohibit a government employee from disclosing classified information. With ordinary agreements, an employee or former employee need not submit his writings prior to publication, and the contract does not operate as a prior restraint. An employee is liable under his agreement only if he does, in fact, divulge classified information". CHEH, Mary. "Spies, Leakers, Whistle-blowers[...]", *op. cit.*, p. 164

acceso a la información, al posibilitar el escrutinio público de la acción gubernamental sirve de salvaguardas contra el abuso y por consiguiente se transforma en un crucial componente de genuina seguridad nacional. La seguridad nacional de igual manera es una precondition para el pleno disfrute de todos los Derechos Humanos incluida la libertad de expresión".<sup>867</sup> Es importante tener presente que "[...]entre más frágil sea la democracia, lo menos que será capaz de tolerar ya sea, una amenaza a su genuina seguridad o la supresión del debate político legítimo".<sup>868</sup> La libertad de expresión es *una fuerza poderosa para la paz*.<sup>869</sup>

Los que argumentan en favor del secreto, siguiendo a Halperin & Hoffman, consideran que su uso no es problema para la libertad de expresión, ya que consideran que las filtraciones a la prensa se dan comúnmente y con ellas se divulgan informaciones que no debieron estar protegidas por aquél.<sup>870</sup> Sin embargo, para dichos autores, las filtraciones por lo general "[...]se inspiran en motivos burocráticos, de partido o del juego diplomático, y la opinión pública (para los filtradores) es empleada en dicho juego. Más aún, hemos observado como las filtraciones tienden a provocar contramedidas que tienen serias implicaciones en las libertades civiles".<sup>871</sup> Además, "Algunas

---

<sup>867</sup> (Traducción nuestra). COLIVER, Sandra. "Commentary to: The Johannesburg[...], *op. cit.*, p. 12-3

<sup>868</sup> (Traducción nuestra). COLIVER, Sandra. "Commentary to: The Johannesburg[...], *op. cit.*, p. 14-5

<sup>869</sup> BELLE, Douglas A. Van. "Press Freedom and Peace. Theory and Findings", en FINEL, Bernard I.; LORD, Kristin M. Power and Conflict in the Age of Transparency, Ed. Palgrave, New York 2000, p. 115

<sup>870</sup> HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 101

<sup>871</sup> (Traducción nuestra). HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 102. Para un estudio sobre las filtraciones (*Whistle-Blowing*) y su

prohibiciones penales son potencialmente aplicables a los funcionarios del ejecutivo que divulguen secretos sin autorización".<sup>872</sup> Esta clase de responsabilidades ulteriores por el ejercicio de la libertad de expresión se permiten en las convenciones regionales de Derechos Humanos (europea e interamericana).<sup>873</sup> Sin embargo, para el relator de libertad de expresión de la Organización de los Estados Americanos, Eduardo Bertoni, las responsabilidades penales y civiles ulteriores pueden *intimidar para no publicar* a las personas que quieran ejercer su derecho a la libertad de expresión, incluso para él "Este es el efecto que siempre produce la aplicación de responsabilidades posteriores, efecto que en la doctrina norteamericana ha sido llamado *chilling effect*, o efecto de intimidación".<sup>874</sup> Concluye que "[...] la experiencia indica que las responsabilidades ulteriores, sean penales o civiles, pueden producir los mismos efectos que la censura previa".<sup>875</sup>

## 2. La participación en los asuntos públicos del Estado

---

castigo en el Common Law, recomendamos Ver: SWAN, Kenneth P. "Whistle-Blowing and National Security", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance[...], *op. cit.*, p. 171 y ss.

<sup>872</sup> (Traducción nuestra). SOFAER, Abraham D. "National Security and Leaks: the Government's Authority to Discipline Itself", en SHETREET, Shimon. Free Speech and[...], *op. cit.*, p. 69. Asimismo, Ver: GROSSMAN, Lawrence K. "Reflections on Leaks in the United States: The Media Perspectives", en SHETREET, Shimon. Free Speech and[...], *op. cit.*, p. 78 y ss. Asimismo, Ver: ZELICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists and the British Government: Free Speech and Other Casualties", en SHETREET, Shimon. Free Speech and[...], *op. cit.*, p. 93

<sup>873</sup> Ver: artículo 10 de la Convención Europea sobre Derechos Humanos y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

<sup>874</sup> BERTONI, Eduardo A. "La Convención Americana sobre Derechos Humanos y los límites a las responsabilidades ulteriores", en Bertoni, Eduardo Andrés. Libertad de expresión en el Estado de derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2000, p. 54

<sup>875</sup> BERTONI, Eduardo A. "La Convención Americana sobre[...]", *op. cit.*, p.57

Como hemos visto, una sociedad democrática debe de satisfacer ciertos requisitos para ser considerada como tal. Entre dichos requisitos se encuentra la transparencia de la administración pública que permita el ejercicio de los controles del poder, a cargo del parlamento, del poder judicial y por supuesto de la ciudadanía.<sup>876</sup> Para Mark Rozell, "Una sociedad democrática coloca en prioridad los valores de gobierno transparente y libertad de información. Los críticos de los privilegios del Ejecutivo están preocupados por la necesidad de fortalecer, no limitar, dichos valores. En su perspectiva, el privilegio Ejecutivo es contrario al corazón de los valores democráticos. Es, en una palabra, antidemocrático. Más específicamente, estas críticas mantienen que, para que nuestra democracia funcione correctamente, tanto el Congreso como el público deben estar completamente informados de lo que el ramo Ejecutivo hace. El Congreso debe contar con información adecuada para llevar a cabo sus funciones primarias; y una ciudadanía informada no puede ser mantenida en la obscuridad de las acciones gubernamentales".<sup>877</sup> Dicho autor se pregunta

---

<sup>876</sup> Además, los requisitos son: "First, citizens should have effectively equal political power; meaning not merely that there is universal and equal suffrage, but also that we seek to establish effective, and not just formal, public control of social decision-making. This may include regulating powerful interest groups and giving affirmative assistance to the powerless and unorganized. Second, government action should be legally limited: the state is itself subject to law and, while its authority may be both final and supreme, it may not be absolute. A constitutional form of government thus is one subject to requirements which both define and limit its powers through a combination of techniques which may include institutional checks and balances, judicial review, or political convention". GREEN, Leslie. "Loyalty to Nation or Loyalty to Government? Loyalty, Security and Democracy", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance[...], *op. cit.*, p. 114

<sup>877</sup> ROZELL, Mark J. Executive Privilege[...], *op. cit.*, p. 14-5



"¿Cómo hacer responsables de sus acciones a los líderes cuando el público y el Congreso no saben lo que los líderes hacen?"<sup>878</sup>

Como dicen Krsticevic, Vivanco, Méndez & Porter "La seguridad nacional no debe ser empleada para justificar restricciones (*limitations*) a los derechos con el objeto de promover una sola perspectiva política o ideológica".<sup>879</sup> Las relaciones exteriores, la defensa y seguridad nacionales, al ser temas tan delicados e importantes, se piensa que deben ser asunto que los técnicos y especialistas deben resolver. Asimismo, para algunos autores, dichos temas no se deben someter a la discusión pública, bajo el argumento de la ignorancia de la gente y su falta de capacidad para entender políticas exteriores y de defensa.<sup>880</sup> Para mantener la secrecía, el Ejecutivo ha

---

<sup>878</sup> ROZELL, Mark J. Executive Privilege[...], *op. cit.*, p. 17

<sup>879</sup> KRSTICEVIC, Viviana; VIVANCO, José Miguel; MÉNDEZ, Juan; PORTER, Drew. "The Inter-American System[...]", *op. cit.*, p. 161

<sup>880</sup> Para Javier De Lucas "La cuestión fundamental, por consiguiente, es como defenderse, un problema que se presenta hoy como extremadamente complejo, <técnico>, lo que es como decir que su respuesta sólo puede venir de los especialistas (profesionales de la industria del sector, profesionales de la defensa)". (p. 79) Continúa De Lucas, "Desde el preciso instante en que se consideran <vitales> las cuestiones de defensa y siguiendo una lógica más que discutible -la lógica de la guerra-, las medidas referentes a este ámbito pasan a ser <demasiado importantes> para que puedan tener un carácter público, para dejarla sólo en manos de profesionales (técnicos y militares), se procede al contrario, separando esas cuestiones -si son máximamente vitales la separación es también la máxima: el top secret- y poniendo así la primera piedra de su sacralización. Detrás de quienes se identifican como el Estado, mas que de la propia comunidad". (p. 84) DE LUCAS Martín, Javier. La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?, en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomo II, Madrid 1985. Autores como Nicolás López Calera que reconocen la incapacidad de la población en general para entender y opinar sobre política exterior y de defensa. No le reconoce la capacidad al pueblo para participar en la configuración de dichas políticas, ya que hacerlo implicaría ingenuidad, utopía y demagogia; y a su vez la discusión pública de dichas materias haría la seguridad y defensa imposible e ineficaces. Ver: LÓPEZ Calera, Nicolás María. Yo, el Estado[...], *op. cit.*, p. 72. En ese mismo sentido M. Rozell nos recuerda que "Congress and teh public's 'right to know' must be balanced with the requirements of national security. Although the Constitution Framers recognized well enough the importance of secrecy, unity, and dispatch to governing, the need to enhance those values in the modern era, particularly with regard to foreign policy-making, is even more compelling that it was two centuries ago. Many, if not most, of the crises faced by modern governments cannot be dealt with through open, lengthy, national deliberations. The heightened pace of contemporary international events places a premium on rapid and decisive decision-making. The presidency possesses the institutional capacities uniquely

considerado útil hacer participe en el secreto al legislativo mediante la expedición de leyes que reglamenten el uso de aquél, dejando nuevamente al representado sin la posibilidad de participar en los asuntos políticos del país; sin embargo, "[s]i el Congreso puede legislar en materia de secretos, seguramente podría legislar en materia de publicidad también".<sup>881</sup>

Entonces, y con el afán de repetirnos, consideramos que las relaciones exteriores, la defensa y seguridad nacionales son asuntos de todos los ciudadanos, por lo que la participación de todos en la determinación de las políticas por adoptar es necesaria. En caso contrario, en caso de que se sustraigan asuntos del conocimiento público se contravendría la idea de Estado Democrático que supone la inclusión de todos por igual en la toma de decisiones, sobre todo tomar en consideración la opinión de los afectados por las decisiones y, en este caso, la determinación del término no-democrático "enemigo" involucra a todos. Para no perdernos del tema que nos ocupa, que es el secreto y las políticas de seguridad nacional, entendemos que no pueden existir secretos, como los definimos anteriormente, que impidan el acceso de los ciudadanos a toda la información que les permita su plena participación en las tomas de decisiones sobre estos asuntos.

Sissela Bok señala que "[...]el secreto dirigido en contra de los oponentes militares puede a su vez distorsionar las decisiones internas. Aun desde el más estratégico punto de vista, considerando solamente la defensa nacional,

---

suited to responding to crisis situations. The leading Framers recognized that, being one, rather than many, the president is much more capable than Congress of acting with unity, secrecy, dispatch, and resolve". ROZELL, Mark J. Executive Privilege[...], *op. cit.*, p. 49

<sup>881</sup> (Traducción nuestra). HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National[...], *op. cit.*, p. 93



el secreto puede causar distorsiones en el razonamiento y la planeación. Así como en el avance científico el secreto impide el avance del conocimiento, en la estrategia y táctica militar puede prevenir la cuidadosa prevención e implementación de proyectos. En ambos casos se distorsiona (thwarts) el razonamiento, ya que se limita la percepción de los problemas y de las vías alternativas para aproximarse a ellos, previene la adecuada deliberación, e impide la retroalimentación crítica, por lo que restringe la elección y toma de decisiones".<sup>882</sup> En los EE.UU. "[...]un poco más de la mitad de los secretos son creados por los militares, la CIA contribuye con otro 30 por ciento, el Departamento de Justicia con un 10 por ciento, el Departamento de Estado con el 3 por ciento, y las demás agencias con el 1 por ciento[...] Muchos de los secretos militares involucran la documentación contratistas de sistemas de defensa (armamentistas) inteligentes, sensibles y de alta tecnología[...] En el año 1995, el gobierno norteamericano tomo 3.6 millones de decisiones para clasificar algo, desde una palabra hasta un documento completo. Se trata de algo así como 10,000 nuevos secretos al día".<sup>883</sup>

---

<sup>882</sup> BOK, Sissela. Secrets. On the [...], *op. cit.*, p. 196. En un comentario en *Federal Communications Law Journal* en el año de 1990, recién caído el Muro de Berlín se demostraba la siguiente preocupación "[...]current policies risk limiting public access to government documents which are crucial to keeping the public informed about what the government is doing and how well it is performing its tasks. The issue addressed here is not the federal government's need to safeguard national security --arguably its most important function. Rather, the issue is how the government should safeguard national security and how extensive its means should be". KLEIN, Anthony R. "National Security Information: Its Proper Role and Scope in a Representative Democracy", en Federal Communications Law Journal, número 42, julio 1990, p. 434

<sup>883</sup> (Traducción nuestra). ARMSTRONG, Scott. "The War over [...]", *op. cit.*, p. 169. Richard G. Powers afirma que en los EUA se clasifican al año 6 millones de documentos para lo que se requiere de 3 millones de personas a quienes se les confían dichos documentos clasificados. Al respecto, Ver: POWERS, Richard Gid. "Introduction [...]", *op. cit.*, p. 2

Como contraargumento de lo anterior, y nuevamente siguiendo a De Lucas "la pregunta radical de toda reflexión sobre la paz es por qué y de qué debemos defendernos, o, mejor, por qué y de qué es necesario que nos defiendan, por qué y de qué nos defiende la política de defensa".<sup>884</sup> Es por esto que coincidimos con la postura que defiende la idea de que todos los ciudadanos deben interesarse en discutir acerca de la defensa ya que, la guerra y la paz, involucra y afecta a todos, no sólo a los militares y 'especialistas'. Lo anterior lo fundamentamos sobre todo en que los Estados Democráticos de Derecho desde sus orígenes constituyen ejércitos populares, integrados como su nombre lo indica, por los ciudadanos del Estado, lo cual representa la participación de un gran número de ciudadanos (directa o indirectamente, todos) en las contiendas armadas. Asimismo, y dado el desarrollo de la tecnología bélica, las 'bajas' y los más afectados en los conflictos bélicos contemporáneos son civiles. ¿Por qué no pueden todos los potenciales afectados de los conflictos bélicos participar en la toma de decisiones sobre la guerra y la paz?<sup>885</sup>

La defensa, como valor de los Estados de Derecho, persigue la seguridad frente a amenazas exteriores e interiores. La seguridad del Estado supone mantener, como su nombre lo indica a la sociedad segura de agresiones o

---

<sup>884</sup> DE LUCAS Martín, Javier. "La noción de defensa[...], *op. cit.*, p. 79

<sup>885</sup> Un acercamiento al impacto de las armas modernas y las nuevas formas de hacer la guerra (guerras psicológicas por ejemplo) que tienen mayores consecuencias sobre la sociedad civil que sobre los soldados, la podemos encontrar en: BLANCO Ande, Joaquín. Defensa Nacional y[...], *op. cit.*, p. 13. De Lucas al respecto señala: "Entiendo por sacralización de la defensa la formulación de la política de defensa en términos militares como el objetivo prioritario y esencial del Estado, garantía de su propia integridad y supervivencia, pero, sobre todo, auténtica razón de Estado, formulación que lleva aparejada la militarización de la sociedad civil, fenómeno sobre el cada vez (sic) son más numerosas las voces que llaman la atención[...]" DE LUCAS Martín, Javier. "La noción de defensa[...], *op. cit.*, p. 83

conflictos, ya sean provenientes del exterior, como los que se libren en el mismo territorio del Estado.<sup>886</sup> El estado de necesidad justifica violar las reglas democráticas, sobre todo cuando se trata de la guerra (sin importar si es interna o externa), "esto quiere decir que, a la inversa, el abandono de las reglas y de los principios jurídicos no está permitido en tiempos de paz contra los ciudadanos, sino sólo 'contra los enemigos, a los cuales[...] es legal, según los principios básicos de la ley de naturaleza, hacer la guerra[...]'. Naturalmente, en un Estado no absoluto, sino democrático y de Derecho, la guerra no corresponde en modo alguno a un 'principio básico'; en particular, la guerra interna no es nunca justificable por la existencia de cualquier amenaza para la seguridad del gobierno o de las formas de poder establecidas, sino sólo por un peligro para la supervivencia del Estado y de sus leyes fundamentales no afrontables de otro modo. Tanto la democracia como el Estado de Derecho se caracterizan, en efecto, por la rigidez normativa de los medios de represión o de tutela de la desviación y precisamente por esto comportan mayores valores y mayores riesgos".<sup>887</sup> En el Estado Democrático de Derecho, siguiendo a Ferrajoli, no cabe lugar para amigos y enemigos sino sólo para culpables e inocentes.<sup>888</sup>

Si los ciudadanos no podemos monitorear lo que nuestros representantes hacen, entonces "el ejercicio de la opción electoral no tiene significado".<sup>889</sup> En este tenor, la transparencia como concepto recobra un valor importante para

---

<sup>886</sup> Ver: BLANCO Ande, Joaquín. Defensa Nacional y[...], *op. cit.*, p. 14

<sup>887</sup> FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón[...], *op. cit.*, p. 829

<sup>888</sup> Ver: FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón[...], *op. cit.*, p. 830

<sup>889</sup> REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye[...], *op. cit.*, p. 6

la Democracia. E. Rekosh considera que los procedimientos transparentes son relevantes e incluso necesarios para "asegurar la responsabilidad política de aquéllos que aprueban las leyes".<sup>890</sup> Por su lado, Halperin & Hoffman, consideran que "[l]a publicidad fortalece el derecho del voto y a la participación en la vida política, tanto en la esfera de la competencia parlamentaria como judicial".<sup>891</sup>

Si los parlamentos sesionan a puertas cerradas, en definitiva vulneran el derecho de las personas a participar en los asuntos políticos, ya que no podrían, como vimos anteriormente, conocer la posición de sus representantes, la cual puede ser incluso contraria a la que prometió en campaña y por consiguiente sería imposible fincarle responsabilidad política frente al electorado. Así, en España, Ma. Cruz Llamazares nos recuerda que "El artículo 23.1 de la Constitución reconoce el derecho fundamental 'a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal'. Como ha dicho el Tribunal Constitucional (Sentencia 51/1984, de 25 de abril), 'se trata del derecho fundamental en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho, que consagra el artículo 1, y es la forma de ejercitar la soberanía, que el mismo precepto consagra que reside en el pueblo español'.<sup>892</sup> Para lograr lo anterior, "[...]el derecho a acceder a los archivos y

---

<sup>890</sup> REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye [...], *op. cit.*, p. 1

<sup>891</sup> (Traducción nuestra). HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National [...], *op. cit.*, p. 97

<sup>892</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso [...], *op. cit.*, p. 85

registros administrativos constituye un presupuesto necesario para el ejercicio del derecho fundamental a que alude el artículo 23.1 de la Constitución".<sup>893</sup> Dicho artículo 23.1 de la Constitución española señala: "Los ciudadanos tienen el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal". J. J. Díez Sánchez considera que la existencia de secretos "[...]dificulta o impide la participación ciudadana en los asuntos públicos[...]. Sin embargo, esa circunstancia no es argumento para afirmar su incompatibilidad, sí para reconocer que esa libertad –y la participación ciudadana referida o el derecho de información– tiene límites previstos en la propia Constitución y, entre ellos, el de valor constitucional que nos ocupa, el cual está llamado a ser coherente y ponderado con aquéllos".<sup>894</sup>

En España, "En la Sentencia 52/1985, de 11 de abril, el Tribunal Constitucional señaló que este derecho, en cualquiera de sus acepciones, 'encuentra un límite indiscutible en la seguridad exterior e interior del Estado, que puede ponerse en riesgo cuando se produce una destrucción del prestigio de las instituciones democráticas, en las que las fuerzas políticas del país se deben reconocer y que expresan no sólo el interés singular de algunos miembros de la comunidad nacional, sino el interés de la colectividad entera, en la medida en que estas instituciones son expresión de la

---

<sup>893</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 88

<sup>894</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 192

solidaridad de la nación y ofender su prestigio significa incumplir el deber de solidaridad política".<sup>895</sup>

### 3. La tutela judicial efectiva

Como vimos, el Estado de Derecho llega a castigar a las personas, sean funcionarios públicos o no que por motivo de su cargo o no, conozcan de secretos de Estado y los revelen, ya sea para favorecer o no a otro Estado.<sup>896</sup>

Además, para proteger la información se excluyen de la obligación de declarar como testigos ante autoridad judicial a los funcionarios públicos que conozcan de secretos de Estado y que su declaración violara su deber de guardar secreto sobre las materias clasificadas como "reservadas".<sup>897</sup> Esto, en algunos casos, sobre todo cuando se trata de la investigación de delitos en donde ciertas pruebas relevantes para el esclarecimiento de los hechos y la información que algún funcionario conozca, y que por ley no puede revelar, podría atentar contra el principio de la tutela judicial efectiva. No obstante, lo anterior es un tema controvertido en donde la seguridad y la defensa del Estado, como finalidad primordial del Estado, se enfrenta a uno de los pilares del Estado de Derecho.<sup>898</sup>

---

<sup>895</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 152

<sup>896</sup> Para un acercamiento a la tipificación de los delitos de espionaje y de revelación de secretos de Estado en España, Ver: MUÑOZ Conde, Francisco. Derecho Penal - Parte Especial, Ed. Tirant Lo Blanch, undécima ed., Valencia 1996, págs. 669-677. Asimismo, Ver: Capítulo II inciso C de este trabajo.

<sup>897</sup> Al respecto, Ver: Capítulo II inciso C de este trabajo.

<sup>898</sup> Para mayor abundamiento sobre el particular en el caso español, Ver: DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales[...], *op. cit.*, p. 26



Pero el problema adicional a esto se da debido a que no existen normas jurídicas (o si existen son de difícil utilización) para remover la protección del secreto cuando se presupone la existencia de encubrimientos de delitos por razones de seguridad, es decir, el mismo Estado "se permite ser delincuente" para garantizar una de sus finalidades que es la seguridad.<sup>899</sup>

Como hemos visto, desde finales de los cincuenta en los Estados Unidos de Norteamérica se creó la doctrina de la Seguridad Nacional, que impregnó el ejercicio del poder en la mayor parte de los Estados de Latinoamérica. Esta doctrina valora y se enfoca, entre otras cosas, a combatir la "insurgencia interna" por el miedo a la infiltración comunista a través de sectores marginados de la población, que era la mayoría de estos países, lo cual suponía una amenaza a la seguridad de los Estados. Se prefería una política de mano dura frente a la disidencia política a reformar y depurar las instituciones no-democráticas y corruptas que existían.<sup>900</sup>

En los años ochenta, en Centro América (en concreto en Guatemala, Honduras y Nicaragua), se dio una explosión en la aplicación de las Doctrinas de la Seguridad Nacional<sup>901</sup> gracias a las cuales, en palabras de Luis Carlos Nieto, "sumergió a Centro América en una 'guerra de baja intensidad' con una

---

<sup>899</sup> Ver: MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado[...], *op. cit.*, p. 11

<sup>900</sup> Ver: GARCÍA Pino, Gonzalo; MONTES Ibañez, Juan Esteban. Subordinación democrática de los militares (Éxitos y fracasos en Chile), Ed. Centro de Estudios del Desarrollo, Chile 1994, p. 46-7. Alfonso Corona del Rosal en 1952, escribe el manual de enseñanza militar "Moral Militar y Civismo" en el cual señala como primera función básica del ejército mexicano "la obligación que el Estado tiene de atender a la conservación del orden interior". LOZOYA, Jorge Alberto. El ejército mexicano, El Colegio de México, Colección Jornadas 65, 2a ed., México 1976, p. 119

<sup>901</sup> Ver: TAYLER, Wilder. "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas -notas para la reflexión-", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 24, Julio-Diciembre 1996, p. 196

participación limitada de ejércitos regulares que en conflictos previos, en donde el uso del terror selectivo se volvió el arma principal de una confrontación que involucró a todos los sectores, incluyendo a los ideológicos, religiosos, informativos, etc".<sup>902</sup>

Con relación al uso del secreto de Estado por razones de Seguridad Nacional, los gobiernos dictatoriales de América Latina de los años setenta, principalmente, inspirados en esta doctrina, privaron de la información sobre las políticas de "defensa" a los ciudadanos. Una vez que las mismas "se democratizaron" no cedieron ante la insistencia social de conocer su pasado y de juzgar a los responsables. En los últimos años, las comisiones de la verdad como en el caso de Argentina, El Salvador, Chile y Guatemala se crearon, básicamente, para conocer "la verdadera extensión de las atrocidades cometidas"<sup>903</sup> y se encontraron con la dificultad de acceder a los archivos oficiales. Como nos recuerdan Krstisevic y otros, "En algunos casos, los militares clasificaron los archivos sobre violaciones a los Derechos

---

<sup>902</sup> (Traducción nuestra). Tomado del Discurso de NIETO, Luis Carlos "Impunity in Latin América" pronunciado ante el Subcomité de Derechos Humanos del Comité de Políticas de Asuntos Exteriores, Seguridad y Defensa del Parlamento Europeo en Bruselas el 30-31 de octubre de 1996. No sólo en los años ochenta se aplicó esta doctrina, por ejemplo en Guatemala la aplicación de la doctrina de la Seguridad Nacional se viene aplicando desde los años sesenta: "Los conflictos sociales en Guatemala han tenido bases históricas de exclusión política, discriminación étnica e injusticia social, que tiene sus raíces en la propia configuración del Estado guatemalteco. Durante la década de los 60, además de los enfrentamientos entre la guerrilla y el Ejército, la violencia por parte del Estado se dirigió contra la población campesina en el oriente del país. En la década de los 70, tuvo especial virulencia en la ciudad y se dirigió contra líderes de movimientos sociales y sectores de oposición a los sucesivos gobiernos militares, además de contra la infraestructura guerrillera. En los primeros años 80 de la política contrainsurgente se convirtió en terrorismo de Estado, conllevando un proceso de destrucción masiva especialmente de las comunidades indígenas y grupos campesinos organizados, que superó todas las provisiones del horror y frustró todas las esperanzas de cambio". Tomado del documento Guatemala: Nunca Más, Informe del Proyecto Interdiocesano <Recuperación de la Memoria Histórica>, Publicado por la Oficina de Derechos Humanos del Arzobispado de Guatemala, Guatemala Junio 1998, p. 3

<sup>903</sup> TAYLER, Wilder. "La problemática de la impunidad[...], *op. cit.*, p. 196

Humanos como secretos militares, o simplemente argumentaban que no existían registros".<sup>904</sup>

El derecho a la tutela judicial efectiva, en una sociedad democrática, incluye el derecho de emplear todos los medios de prueba posibles para una defensa penal. Por consiguiente, "[l]a denegación puede implicar, en el fondo, la imposibilidad de obtener un fallo judicial congruente con los hechos objeto de la investigación".<sup>905</sup> Además, J. J. Díez Sánchez, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español, señala que "[...]la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva se produce cuando se impida o dificulte irrazonablemente el libre acceso a los Tribunales o el derecho a obtener un fallo de éstos o a que el fallo se cumpla, también cuando existe una privación o minoración sustancial del derecho de defensa (STC 70/1984, de 11 de julio y 48/1986, de 23 de abril), lo que puede tener lugar si no es posible que el juez acceda a los elementos de prueba para establecer los hechos y agotar los medios de investigación procedentes (STC 46/1982, de 12 de julio)".<sup>906</sup>

Como hemos mencionado "[...]el derecho a la utilización de los medios de prueba 'no protege sólo a quienes son objeto de una acción penal en su contra, sino [...] también a quienes mediante querrela intentan la acción penal frente a los que reputan responsables de actos delictivos en su perjuicio' (STC 89/1986 de 1 de julio). Esto es, constituye una garantía que protege a quien es acusado y a quien puede ser acusador en un proceso, en tanto en

---

<sup>904</sup> (Traducción nuestra). KRSTICEVIC, Viviana; VIVANCO, José Miguel; MÉNDEZ, Juan; PORTER, Drew. "The Inter-American System[...], *op. cit.*, p. 183

<sup>905</sup> Díez Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 234

<sup>906</sup> Díez Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 234

ambos supuestos preserva el derecho de defensa".<sup>907</sup> Por su parte, J. F. Mestre señala que "Lo que sucede es que con motivo de la denegación –o del reconocimiento– de la posibilidad de conocer documentos incorporados a expedientes administrativos, es posible apreciar la existencia de vulneraciones al derecho que venimos analizando; la cuestión se plantea en los siguientes términos: si el derecho a la tutela judicial incorpora el derecho a acceder sin trabas injustificadas a la Jurisdicción, y, eventualmente (si se observan los presupuestos y requisitos procesales de admisibilidad), el de obtener una resolución fundada en Derecho, sobre el fondo, es preciso que los jueces –y las partes, a fin de respetar el principio de contradicción– puedan conocer todos los extremos relevantes para la resolución de la cuestión sometida a la Jurisdicción".<sup>908</sup>

Para A. Bovino & J. Maier la tutela judicial efectiva es un "[...]derecho que ofrece la posibilidad de que toda persona afectada por una actuación ilegal del Poder Ejecutivo pueda recurrir al Organismo Judicial para que se garanticen sus derechos de acuerdo con la Constitución y normas internacionales".<sup>909</sup> Así, los secretos de Estado se contraponen al derecho de las personas a que se re-establezca la situación que les produjo una vulneración de algún derecho fundamental o bien que, en su defecto, se les repare el daño, sea por actos de particulares o del Estado. Con los secretos se afecta la opinión pública "[...]como elemento que garantiza la libertad, el

---

<sup>907</sup> DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado[...], *op. cit.*, p. 235

<sup>908</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 107

<sup>909</sup> BOVINO, Alberto; MAIER, Julio P. "Secreto de Estado en Guatemala: La forma secreta de afectación a las garantías ciudadanas", en GARRIDO, Ariel (Comp.). Secreto de Estado, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999, p. 15

acierto en la elección de los cargos públicos, en la distribución de honores y dignidades y la lucha contra la corrupción, se expresa en la concepción maquiaveliana a través de un medio primordial: la posibilidad de formular acusaciones. Por ello, los guardianes de la libertad no pueden tener una autoridad más útil y necesaria que la de poder acusar a los ciudadanos ante el pueblo si atentasen en algo contra la libertad pública."<sup>910</sup>

Los actos del Estado, como se ha visto, siempre son desempeñados en público, por lo que el control por los abusos no es difícil de lograr; sin embargo, cuando se trata de informaciones o hechos ocultos en el secreto, se torna difícil la búsqueda de la responsabilidad por medio del poder judicial.<sup>911</sup> En España, la tutela judicial efectiva se encuentra reconocida en la Constitución, en particular en el artículo 24.1. Dicho derecho para Ma. del Pilar Otero "[...]ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad. Ha sido la influencia de este precepto constitucional, junto con el mandato del art. 9 C.E. (sometimiento de los poderes públicos a la C.E. y al resto del Ordenamiento Jurídico), lo que ha llevado a apreciar la dificultad de negar la tutela judicial,

---

<sup>910</sup> SANTAELLA López, Manuel. *Opinión pública e....*, *op. cit.*, 75

<sup>911</sup> Para David Gibbons "[...]secrecy is incompatible with the right of a person to have legal advice without delay, to be able to make full answer and defence, to have a fair trial, and to be secure from unreasonable search and seizure". GIBBONS, David W. *Criminal Justice, National Security, And The Rights of the Accused*, en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). *National Security: Surveillance[...]*, *op. cit.*, p. 84

cuando alguna persona legitimada la solicite, alegando una actuación ilegal del Poder Ejecutivo".<sup>912</sup>

En ese mismo sentido, Ariel Garrido señala que "[...]en el trámite judicial de las investigaciones de casos relacionados con graves violaciones de Derechos Humanos, nos hemos visto en la necesidad de estudiar y sistematizar algunos de los problemas a los que denominamos 'cuellos de botella de la administración de justicia' o 'eslabones de impunidad'".<sup>913</sup> Para él, el secreto de Estado es uno de esos cuellos de botella ya que "[...]impiden que la administración de justicia llegue a resultados satisfactorios cuando se trata de investigar, sancionar y reparar casos de violaciones a los Derechos Humanos".<sup>914</sup>

Por otro lado, también los funcionarios, por lo general, están impedidos para declarar en caso de que tengan conocimiento de un secreto de Estado, y la información sea necesaria para lograr la verdad jurídica. En España, nuevamente, "[...]la negativa a declarar en el proceso penal por razón del secreto, está reconocida explícitamente en la Constitución, a través del propio art. 24, que admite la limitación de pruebas '*los medios de prueba pertinentes*' añadiendo el citado artículo *in fine* 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*' –el secreto oficial, al conocerse por el funcionario en razón a su oficio o cargo es, en cierto modo, un secreto

---

<sup>912</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 100

<sup>913</sup> GARRIDO, Ariel. *Prólogo*, en GARRIDO, Ariel (Comp.). Secreto de Estado, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999, p. 5

profesional cualificado, aunque la exención del deber de declarar prevista en la LECr para los funcionarios no puede equipararse a la de los profesionales *strictu sensu*, como intentaremos demostrar *infra*–; e, implícitamente, en el artículo 105 b) –secretos relativos a la seguridad y defensa del Estado– y en los artículos 18 y 20.4– secretos de la intimidad familiar y personal–”.<sup>915</sup>

María del Pilar Otero nos explica que "El secreto se constituye así, en límite subjetivo del deber de testificar, y al propio tiempo en un apoyo a la veracidad de la prueba, pues quien se halla legalmente vinculado a una obligación de secreto, no podrá emitir una declaración ajustada a la verdad si con ello se significase la revelación de hechos o datos a cuya reserva atiende el compromiso de sigilo".<sup>916</sup>

Sin embargo, dicho deber de no declarar del funcionario por motivo del secreto profesional es altamente cuestionado por algunos. Por ejemplo, Enrique Gimbernat Ordeig señala que "Desde le punto de vista material, si los funcionarios llamados por el juez lo hacen en calidad de presuntos responsables, entonces es obvio que, como cualquier otro ciudadano, tienen el derecho constitucional a guardar silencio y a no declarar contra sí mismos[...] la dispensa de la obligación de declarar de los funcionarios pertenece a un bloque sistemático en el que también figuran los abogados (art. 416.2 LEC), los eclesiásticos (Art. 417.1 LEC) y los periodistas (art. 20.1 d Constitución Española), y esa dispensa, como se deduce inequívocamente

---

<sup>914</sup> GARRIDO, Ariel. *Prólogo*, en GARRIDO, Ariel (Comp.). Secreto de Estado, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999, p. 5

<sup>915</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 22

<sup>916</sup> OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto[...], *op. cit.*, p. 19

del art. 263 LEC, no sólo es absoluta, sino que abarca *sólo* aquéllos hechos delictivos cometidos por *terceros* de los que el abogado ha tenido conocimiento porque se los ha confiado su cliente, el periodista porque se los ha revelado un informante y el clérigo porque se los ha confesado un creyente".<sup>917</sup>

Al analizar la Constitución guatemalteca, A. Bovino & J. Maier, concuerdan en que "[...]cualquiera de los entes que conforman el Estado guatemalteco sólo podrían negar la entrega de esa información si ella fuera solicitada directamente por un particular, y en la medida en que se trate de información que afecte la seguridad nacional".<sup>918</sup> Sin embargo, no encuentran fundamento para que el gobierno le niegue información al poder judicial en la investigación de los delitos.<sup>919</sup>

Nuevamente, Bovino & Maier al respecto nos dicen "En el marco del procedimiento penal, especialmente cuando se trata de la investigación y persecución de hechos ilícitos atribuidos a las fuerzas de seguridad del Estado, surge esta eventual colisión entre la necesidad de proteger el secreto de Estado, por un lado, y la obligación estatal de proteger a las personas de los actos ilícitos cometidos por los agentes públicos, por el otro. En este sentido, parece obvio que el Estado no puede alegar eventuales peligros para su seguridad con el objeto de dejar desprotegidas a las personas sometidas a

---

<sup>917</sup> Ver: *Estado de Derecho y Estado de Desecho*, en GIMBERNAT Ordeig, Enrique. Estudios de Derecho[...], *op. cit.*, p. 33

<sup>918</sup> BOVINO, Alberto; MAIER, Julio P. "Secreto de Estado en Guatemala[...], *op. cit.*, p. 12

<sup>919</sup> BOVINO, Alberto; MAIER, Julio P. "Secreto de Estado en Guatemala[...], *op. cit.*, p. 12



su jurisdicción".<sup>920</sup> Enfatizan en que "Los poderes públicos no pueden escudarse tras el manto protector del secreto de Estado para evitar o dificultar la investigación de actos ilícitos penales atribuidos a los miembros de sus propios órganos. Esta imposibilidad no sólo surge de la única finalidad legítima atribuible a la protección del secreto de Estado (que jamás podría consistir en el encubrimiento ilegítimo de los miembros de los órganos públicos que cometan delitos en el ejercicio de su cargo), sino también de la exigencia internacional que obliga al Estado en casos de violaciones a los Derechos Humanos cometidos por sus agentes".<sup>921</sup>

Por su lado, Blanca Lozano afirma que "El juez debe actuar con absoluta independencia y no puede verse desapoderado de ningún medio de investigación que considere procedente cuando se trata de enjuiciar conductas criminales tan graves como las que son objeto de estos procesos, porque, como decía al principio de este comentario citando palabras del Tribunal Constitucional, constituye un hecho innegable el que 'la pena puede erigirse en medio de tutela de los derechos fundamentales, cuando la vulneración frente a la que se solicita dicha tutela sea constitutiva de infracción criminal' (Sentencia 41/1997, de 10 de marzo). Esta protección indirecta de los derechos fundamentales que se desarrolla a través del proceso penal 'se presta en la misma medida cuando se condena y cuando

---

<sup>920</sup> BOVINO, Alberto; MAIER, Julio P. "Secreto de Estado en Guatemala[...], *op. cit.*, p. 18

<sup>921</sup> BOVINO, Alberto; MAIER, Julio P. "Secreto de Estado en Guatemala[...], *op. cit.*, p. 18

se absuelve, *siempre que no exista sombra alguna de arbitrariedad*' (STC 272/1994)".<sup>922</sup>

Pero dicho derecho no es absoluto cuando se trata, por ejemplo, de garantizar otros derechos de particulares, tales como el derecho a la intimidad o el secreto de los profesionistas. J. F. Mestre Delgado considera que "es posible que existan limitaciones a esta cláusula general de enjuiciamiento, derivadas del mantenimiento rígido del régimen establecido de secreto en relación a determinados documentos, con lo que se produce una peculiar limitación del ámbito efectivo del derecho a la tutela judicial efectiva, justificado en el mantenimiento de otras finalidades dignas de protección. Es posible apreciar este tipo de circunstancias en supuestos como el del secreto comercial o industrial. Este tipo de excepciones, tanto al régimen general de publicidad y acceso a archivos y registros administrativos, como desde esta perspectiva al derecho a la tutela judicial efectiva, son suficientemente conocidos en el ámbito del Derecho Comunitario europeo: al mas alto nivel, el artículo 47 del Tratado CECA garantiza el respeto al mismo con carácter general: la regla general es que 'la alta autoridad podrá recabar las informaciones necesarias para el cumplimiento de su misión', cuyos datos, que puedan ser útiles a los Gobiernos o a cualesquiera otros interesados, deberá publicar; ello no obstante, 'estará obligada a no divulgar las informaciones que, por su naturaleza, estén amparadas por el secreto profesional y, en especial, los datos relativos a las empresas y que se refieran a sus relaciones comerciales o a los elementos de sus costes'. Y si incumple

---

<sup>922</sup> LOZANO, Blanca. La desclasificación de[...], *op. cit.*, p. 224

esta obligación, surge el derecho a ejercer una acción de indemnización (art. 47, *in fine*)".<sup>923</sup>

Para resolver ese problema, en los EE.UU. se promulgó una Ley sobre Información Clasificada. Miguel Revenga Sánchez, al respecto nos relata que "La *Classified Information Act* (CIPA) fue concebida para resolver los problemas que puede plantear el uso de información clasificada en el transcurso de procedimientos penales. Con alguna frecuencia, se venían dando casos de inculpados cuya estrategia de defensa incluía la amenaza de utilizar información clasificada, con la esperanza de situar al fiscal ante el dilema <destapa información o retira los cargos> (*disclose or dismiss*). CIPA busca un punto de equilibrio, cuyos rasgos generales son los siguientes: el procesado que pretenda utilizar información clasificada en el juicio, ha de comunicarlo de antemano al juez, concretando qué tipo de información estima necesaria para su defensa. El juez convoca entonces una audiencia para escuchar a puerta cerrada los argumentos de las partes, y decide al cabo sobre la relevancia y el uso total o parcial (o la posible sustitución) de los medios de prueba propuestos. Si la decisión es favorable al empleo de información clasificada, se abre un trámite para que el fiscal modifique, si lo desea, sus acusaciones o proponga vías alternativas de acusación. El Gobierno dispone en cualquier caso de la posibilidad de vetar el uso de la información clasificada como medio probatorio. Si lo hace así, el juez puede decidir que el proceso continúe tan sólo para dilucidar determinadas

---

<sup>923</sup> MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso[...], *op. cit.*, p. 108

acusaciones, acordar abrir una investigación sobre la conducta del Gobierno o, en último extremo, sobreseer la causa".<sup>924</sup>

Bary Stulberg nos muestra como la necesidad de información probatoria de un acusado o de su abogado choca con la necesidad del gobierno de mantener secretos. Para él, "[...]los privilegios desempeñan una función anómala en el derecho probatorio (*law of evidence*)[...] los privilegios hacen difícil o en ocasiones imposible el proceso de búsqueda de los hechos (*fact-finding process*), al facilitar el encubrimiento de pruebas que puede ser material relevante para el proceso (*litigio*). Mientras que los privilegios plantean un obstáculo a la administración de justicia; también sirven para promover[...] la protección de intereses[...] que son observados como de importancia social suficiente como para justificar el sacrificio de la accesibilidad de evidencia[...]"<sup>925</sup>

---

<sup>924</sup> REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política[...], *op. cit.*, p. 190-1

<sup>925</sup> STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege[...]", *op. cit.*, p.445

## CONCLUSIONES

### REFLEXIONES EN TORNO A IDEAS PARA UNA POSIBLE TEORÍA DEL SECRETO DE ESTADO EN EL ESTADO DE DERECHO

1. La aparición de la *razón de Estado* coincide con el nacimiento del Estado mismo, como una “[...]técnica de conservación y ampliación del poder político”. La necesidad por conservar o garantizar la seguridad del Estado se convirtió en una necesidad permanente y con ello en uno de los fines del propio Estado. La *razón de Estado* vino a ser la justificación –o racionalización– de dicha exigencia. Para lograr esa seguridad, por consiguiente, se requería de la creación de ejércitos permanentes y recursos para la manutención de los mismos, el envío y manutención de delegaciones diplomáticas permanentes, el fortalecimiento de la administración, mecanismos para lograr un amplio conocimiento de los recursos económicos del Estado y el bienestar de su población, entre otros.

2. Para diversos autores –como G. Peces-Barba, B. Clavero y R. del Águila– la *razón de Estado* consiste en el *criterio último de justificación de la acción política* que tiene por objetivo la conservación y crecimiento del mismo Estado. La *razón de Estado* como justificación se empleaba cuando no había otro argumento que usar. Se invocaba cuando no se podía o no había otra razón que permitiera transgredir las normas morales y jurídicas, con lo cual se lograría conservar el orden y seguridad o bien la adquisición, conservación o expansión del Estado. Desde sus orígenes, la *razón de Estado* le da agilidad a las decisiones y actuaciones políticas en aras de la consolidación del poder soberano. La *razón de Estado* era una *necesidad* que buscaba

finés concretos: *potenciar un Estado y alcanzar una paz y un orden*, en una época de disturbios provocados por conflictos de diversa naturaleza.

3. El uso de la expresión de la *razón de Estado* por los gobernantes significaría legitimar cualquier tipo de acción, lo cual sería en términos generales, reconocerle al Estado un "poder sin trabas", además de que con ello se podría justificar cualquier "derogación de la ley", creando un "privilegio exorbitante". La *razón de Estado* se entiende, bajo esta óptica, como sinónimo de arbitrariedad que, durante la tiranía o en momentos de crisis, servía a los Estados para garantizar su seguridad o potenciación.

4. Friedrich Meinecke nos dice que, la *razón de Estado* es, en su cita más conocida: "[...]la máxima del obrar político, la ley motora del Estado. La *razón de Estado* dice al político lo que tiene que hacer para mantener al Estado sano y robusto[...] la *razón de Estado* indica también los caminos y las metas de este crecimiento[...]".

5. A fines del siglo XVI y mediados del siglo XVII, en España e Italia principalmente, se dio un amplio desarrollo de la *razón de Estado* en "tratados" y "opúsculos" que por lo general se identifican con el movimiento contrareformista establecían reglas prácticas de gobierno, o bien, en palabras de Javier Peña, se trataba de "un código de reglas prudenciales acerca de cómo puede el gobernante conservar (y en su caso aumentar) el poder (cuya legitimidad no se discute): qué estrategias ha de desplegar, cuáles son los riesgos, y cuáles los límites que no es posible transgredir; cómo comportarse en relación con el pueblo, con los consejeros, con los aliados, con los enemigos; cómo adquirir autocontrol y la reputación necesarios, distribuir

premios y castigos, etc.". La *razón de Estado* marcaba objetivos y fines concretos, así como medios para alcanzarlos.

6. La *razón de Estado*, por tanto, no marca los pasos que el Príncipe debe seguir para conservar sus dominios, sino que señala los medios a través de los cuales puede lograr el robustecimiento del Estado. Por consiguiente, la *razón de Estado*, al buscar el beneficio de aquel, a su vez busca el beneficio del Príncipe. Los intereses pueden llegar a confundirse de tal forma que se beneficien poder (entendido aquí como Príncipe, rey, gobernante, entre otros) y súbditos recíprocamente. En este sentido, se trata de una situación distinta, y compleja, ya que los intereses personales y los del Estado se fusionan porque el legitimado para determinar cuál es el interés del último es el propio gobernante; y por tanto, con frecuencia se apela al interés público y detrás de él se esconde el interés particular del que gobierna. La *razón de Estado* podría ser el bien público del rey y del reino; a pesar de que no busca expresamente el beneficio del primero sino del segundo. La *razón de Estado*, siguiendo a Lazzeri y Reynié, se encuentra en la frontera de la autoridad legítima y el poder tiránico, pero se entiende más como un modelo de actuar político que se desprende o desvincula del maquiavelismo como R. del Águila concluye.

7. Como hemos mencionado, la *razón de Estado* como justificación está ligada estrechamente a la idea de soberanía, a la de *seguridad del Estado* y a la de *autodefensa de la comunidad*. Esta autodefensa y búsqueda de la seguridad se puede dar frente a un enemigo interior o exterior.

8. Con el paso del tiempo, sin embargo, el nombre de la razón de Estado cambió. Es difícil encontrar literatura en la que se haga referencia a la razón de Estado como tal en la actualidad, más bien nos encontramos menciones o referencias en textos jurídicos o políticos, sentencias y legislaciones que hacen referencia a la seguridad nacional o interés nacional, las cuales a nuestro parecer son variantes de un mismo tema.

9. Además del cambio de nomenclatura, por el paso del antiguo régimen al Estado de Derecho supuso la eliminación del uso arbitrario de la fuerza. Ya estaba entonces monopolizada por el soberano (gobernante), además de que ya estaba reconocida la sumisión de este (y todos) a las leyes. Con la razón de Estado, se buscaba someter al gobernado al poder del gobernante (el Príncipe, entonces), y ahora con el Estado de Derecho, además, se intenta someter al gobernante a la leyes.

10. En el paso del antiguo al nuevo régimen al Estado de Derecho, la excepción al principio de legalidad se incluyó en los nuevos órdenes jurídicos. Éste es el paso de la exorbitante y multiforme razón de Estado a la excepcionalidad *necesaria* y *legal* de los estados de excepción. Esta juridificación de la razón de Estado, trae consigo la configuración de órganos encargados de actuar en esos casos de necesidad y excepcionalidad; éstos, en la actualidad son los ejércitos y los servicios secretos o servicios de inteligencia. En ese sentido, la tentación de utilizar medios antijurídicos, como dice F. Meinecke "se renueva hoy en día siempre que el poder político tiene que combatir una revolución". A pesar del progreso moral que supone la aparición del Estado de Derecho, no fue posible eliminar por completo esta



facultad "necesaria" para conservar la estructura del mismo Estado: la razón de Estado, y la misma se ve reflejada, en el mejor de los casos, en las Constituciones como Estados de excepción. El tratamiento a estos estados de excepción ha variado al pasar los años ya que los momentos de crisis se han perpetuado, y por consiguiente las formas ideadas para contrarrestar las amenazas contra la seguridad del Estado se han normalizado también. La lucha contra el terrorismo y contra el narcotráfico son ejemplos claros de como la excepción se normaliza y la legalidad se ve truncada por la imposición de los valores que siempre han acompañado al Estado: la seguridad y defensa. Vemos entonces como la razón de Estado al ser instrumento (como tratados y como justificación) de la seguridad del Estado se refleja en el Estado de Derecho. Los Estados de excepción los vemos tanto en la tratadística como en las constituciones de los Estados de Derecho. En ambos casos velan por la seguridad del Estado frente a amenazas del interior y del exterior. No obstante lo dicho, la seguridad y la defensa del Estado como fines fundamentales del Estado de Derecho se equiparan a la protección y garantía de derechos fundamentales también fines del Estado de Derecho moderno y son valores que se deben ponderar.

11. La razón de Estado, en ese sentido, pasó a formar parte del Derecho Político contemporáneo. Esto se atribuye a que los ideólogos de la razón de Estado lograron incluirla, sin mucha oposición, en el nuevo y prestigioso instrumento: el Derecho; y con esto le dieron una nueva legitimidad ético-política; pero con la diferencia que los valores que ahora se defienden son el mismo Estado de Derecho y las instituciones democráticas.

12. Como mencionamos, los regímenes de excepción se incluyen en las constituciones como situaciones jurídicas derivadas de una necesidad de hacer frente a un problema por ejemplo, de seguridad o de salud preciso, sin deber de satisfacer los procedimientos ordinarios para resolverlos. Sin embargo, estos regímenes deben de cumplir, por lo general, con un procedimiento formal de inicio, con una duración o vigencia limitada, y con facultades exorbitantes también limitadas para satisfacer las necesidades concretas.

13. Desde el "tránsito a la modernidad", el secreto y el engaño han sido instrumentos recomendados para conservar y ampliar el poder. Para los jerarcas, el secreto se justificaba para hacer frente a las constantes amenazas tanto internas como externas, derivadas del interés recíproco que se tenían para conquistarse y dominarse. En aquel entonces, el secreto era legítimo ya que servía para la protección, fortalecimiento y expansión de la organización política en una época de conflictos religiosos y territoriales. Mas adelante, los nacientes Estados conservaron la institución del secreto porque se justificaba su uso para afrentar los peligros que los amenazaban, producto de las tensiones internas y amenazas externas derivadas de su afán recíproco de expansión.

14. En el Estado Absolutista lo público era contrario al poder, y a su vez, se necesitaba que todo lo que se refería a la información sobre los súbditos fuera transparente. Es en esta época cuando el poder se caracteriza por ser ejercido en secreto y en particular por su emblema: las *lettres de cachet*. Asimismo, es cuando nace y se desarrolla la noción de opinión pública, que se convierte en uno de los principales instrumentos en la conformación de la

doctrina liberal. Contra el secreto, contra lo oculto, aparece lo público. Esa desconfianza de los liberales al secreto, a la acumulación del poder y la arbitrariedad en su uso, les impulso a diseñar mecanismos complejos de controles al poder, fundados básicamente en la división de poderes, el principio de legalidad y el respeto de derechos fundamentales, que todos requieren de la publicidad para su funcionamiento. Nuestra visión de Estado de Derecho parte de la afirmación de Elías Díaz que indica que "No todo Estado es Estado de Derecho". Como vimos, todo Estado crea normas jurídicas que regulan la vida social, la relación del gobierno con los gobernados y la forma de resolver conflictos entre ellos. Sin embargo, el término "Estado de Derecho" es un calificativo que no todo Estado tiene derecho a utilizar, ya que para ello las normas jurídicas (nos referiremos a éstas como Derecho, leyes, ordenamiento jurídico, indistintamente), así como el actuar y organización del poder deben satisfacer ciertos requisitos de *ética política* que más adelante detallaremos. Por consiguiente, el Estado de Derecho, para ser considerado como tal, debe satisfacer los siguientes elementos (o requisitos de *ética política* que prometimos detallar): (i) Imperio de la Ley; (ii) Separación de Poderes; (iii) Controles a los Poderes; y (iv) Derechos y Libertades Fundamentales.

15. A pesar de lo anterior, una vez que asumieron la dominación del aparato burocrático, los liberales no eliminaron el secreto, sino que más bien reconocieron su peso específico para el ejercicio del poder y lo necesario del mismo para la conservación, fortalecimiento y expansión del Estado. Desde entonces se defiende la idea que aboga por la obscuridad para resolver los

problemas públicos del Estado, ya que “en ocasiones la luz pública podía llegar a arruinar la res-pública”.

16. La transformación que sufrieron los *arcanae imperiales* del antiguo régimen en los *secretos oficiales* modernos consistió en que se limitó la publicidad de ciertos documentos a casos exclusivamente excepcionales, para alcanzar determinados fines. No es sino hasta cuando el Estado se conforma por una multiplicidad de principios jurídicos (la legalidad, la protección de derechos fundamentales y la división de poderes –incluidos los controles entre los mismos) el momento en que se genera un conflicto entre aquellos con otros intereses (como por ejemplo la defensa del Estado, la seguridad nacional y las relaciones exteriores); ya que, para garantizar alguno, en ocasiones, se debe limitar otro; es decir, se genera una contraposición de los mismos.

17. La clásica división tripartita del poder (legislativo, ejecutivo y judicial) en principio, impediría la extralimitación de cualquiera de ellos, sobre todo por razón de la observancia recíproca de su actuar. La manera en la que podrían observar sus actos a efectos de controlarse unos y otros es a través de la garantía de un elemento que deviene en esencial para el Estado de Derecho: la publicidad. Todo ejercicio de los poderes debe efectuarse abiertamente, de manera transparente o de cara al público. Resulta de tal relevancia el principio de publicidad, que se considera como principio característico del Estado de Derecho.

18. Es importante diferenciar los diversos tipos de secreto que se juridifican en los Estados de Derecho. La protección del secreto en los Estados de Derecho se da por medio del propio sistema jurídico y por él se establece la

obligación de conservarlo como tal o protegerlo de la publicidad. El secreto sirve para la protección de los derechos de particulares y para la protección de los intereses de los Estados. Así, por consiguiente, en algunos casos el mantener el secreto, se fundamenta por motivos de *interés público* y en otras ocasiones por razones de *interés particular* o privado. Así, por lo general, las diferentes democracias contemplan un listado de materias susceptibles de ser protegidas mediante la clasificación de documentos administrativos, por un periodo de tiempo determinado.

19. La distinción de intereses antes mencionada es relevante ya que la protección de los intereses del individuo es un valor superior al de los ordenamientos jurídicos constitucionales contemporáneos; como por ejemplo la intimidad y el honor de las personas. Es por ello que, se obliga a los funcionarios de la administración pública a guardar (cuando está bajo su custodia, claro) como secreta la información relativa a los individuos.

20. En las democracias modernas la mencionada imposibilidad de acceder a la información se regula por las legislaciones de acceso a la misma o a los archivos/documentos públicos. Los *secretos oficiales* son tratados por los diferentes ordenamientos jurídicos, en el mejor de los casos, como excepciones al principio de publicidad, al de transparencia de la administración pública o al derecho de acceso a la información.

21. El *secreto oficial* por la amplitud de materias que protege es el género, y los secretos que veremos a continuación sus especies. Por ejemplo, el *secreto de Estado*, será aquel que oculte del conocimiento público la información que es necesaria para garantizar la seguridad (defensa y militares) y los intereses del Estado (económicos, financieros, cambiarios,

comerciales, entre otros). El *secreto industrial*, por su lado, protege las informaciones y documentos que contienen patentes y diseños industriales, o informaciones relativas a la producción de ciertos bienes o productos que se consideran estratégicos para el Estado o que se le entregaron a este por empresas con carácter de confidencial. El *secreto militar* pretende ocultar toda aquella información que sea necesaria para que se sostenga la potencialidad bélica de los Estados y sus estrategias militares de defensa. El *secreto administrativo* buscará asegurar el buen funcionamiento de la administración mediante el ocultamiento de la información que registra las opiniones ofrecidas para la toma de decisiones o las informaciones para el funcionamiento interno de la misma.

22. Por lo anterior, y para asegurar la eficacia del secreto, las democracias contemporáneas autorizan a los tres poderes del Estado; es decir: al ejecutivo, al legislativo y al judicial para mantener cierta información fuera del conocimiento público. Para garantizar el control de los actos del ejecutivo y en concreto las facultades conferidas para ocultar información bajo el secreto, por lo general, los parlamentos están habilitados para revisar las actuaciones de aquel, con poderes para acceder a todas aquellas informaciones que se protegen bajo el velo del secreto. Sin embargo, también pueden ocultar del público los debates en los que se discutieron dichas informaciones y documentos. Además, el poder judicial, tanto en su función de órgano encargado del control de la administración, como en el desahogo de los procesos penales, puede encontrarse con documentos o informaciones considerados como *secretos oficiales*, y por lo general cuenta con la facultad de revisarlos a puertas cerradas y si lo considera necesario, siempre que ello

se ajuste a la legislación en la materia, podrá decidir hacerla pública en su totalidad o en parte de ella.

23. En ese sentido, las legislaciones de acceso a la información, parten del reconocimiento del derecho que tienen los ciudadanos o personas de acceder a todos los documentos producidos por, o en manos de, el Estado. Por otro lado, y para hacer efectivo ese derecho de acceso a que nos referimos anteriormente, los gobiernos están obligados a archivar la información que producen. Por consiguiente, las entidades de la administración pública deben organizar sus archivos, registros o documentos de tal manera que faciliten su consulta. Para lograr lo anterior, por lo general, se establece que las diferentes áreas de la administración elaboren índices que publicarán o difundirán periódicamente, en los cuáles se incluirán, entre otros elementos, el nombre de la autoridad responsable, los contenidos de los archivos o documentos y la fecha en la que se elaboraron.

24. Para que las personas hagan uso del derecho a la información o a acceder a los documentos de la administración pública, los procedimientos que se regulan por las leyes de acceso a la información, por lo general, no imponen requisitos que lo hagan de difícil realización; las personas, por lo tanto, no tendrán que demostrar ante el Estado interés legítimo alguno, ni tampoco probar la necesidad de la información o del documento para alguna finalidad lícita; es decir, se invierte la carga de la prueba para acceder a la información y es el Estado el que debe demostrar la legitimidad de la restricción al acceso. Las personas, al solicitarla, solamente tienen que cumplir con algunos requisitos mínimos de forma.

25. Para facilitar el acceso y como mencionamos anteriormente, las legislaciones definen y caracterizan las unidades o elementos que serán susceptibles de ser "accesadas" por los titulares del derecho. Las unidades que usualmente se encuentran son las siguientes: documento, documento administrativo, dato y objeto, lugar físico y archivo o expediente. El secreto por lo general no es aplicable a los materiales publicados o que estén a la venta al público, así como materiales que se encuentren en librerías, galerías o museos para efectos de exhibición o de referencia. Además, no se garantiza el derecho de acceso sobre aquella información que sea accesible al solicitante por otros medios razonables o que vaya a ser accesible en un futuro no muy lejano.

26. Por lo general, y dependiendo del país, a la persona se le ofrece la oportunidad de consultar *in situ* el documento o bien obtener copia del mismo. Otras veces la autoridad simplemente permite el acceso a las instalaciones y en ocasiones la administración facilita y proporciona la infraestructura y el equipo técnico necesario para revisar los materiales solicitados, por ejemplo, cuando se trata de cintas o disco de audio o video.

27. Por otro lado, dicha facultad para limitar la publicidad de los documentos e informaciones del Estado, comprende la habilitación de ciertos órganos de la administración pública para clasificar documentos, materiales e informaciones para la protección de ciertos intereses, mediante un sistema de clasificación gradual: "en atención al grado de protección que requieran". Cada categoría establecerá los requisitos que deben satisfacer las personas que eventualmente tendrían acceso a la misma, así como, en algunos lugares, el número de años que la información debe de permanecer oculta.



Así, encontramos categorías como (i) *ultra secreta* o *top secret* que es la clasificación más alta, que protege el tipo de información más importante, y cuya divulgación pone en grave riesgo a los Estados; (ii) *secreto* es el grado de clasificación que se aplica a todas las materias sensibles y cuya divulgación pueda poner en riesgo la seguridad del Estado o comprometer sus intereses en materia de defensa, seguridad y paz exteriores y el orden constitucional; (iii) *confidencial*, *reservada* o *restringida* aplica para la protección de materiales que afecten los intereses mencionados anteriormente.

28. Por lo general, se contempla la posibilidad de que la clasificación de determinada información pueda variar de categoría o grado, por el simple transcurso del tiempo o por motivo de un acto administrativo, además de que por lo general se contemplan oportunidades para eliminar dicha restricción de acceso debido a que la razón que la justificaba ha desaparecido o bien porque el beneficio de divulgar la información bajo secreto es mayor que el costo de mantenerlo.

29. La legislación comparada de acceso a la información protege un amplio catálogo de datos e información tales como aquella vinculada con (i) la intimidad, el honor y la vida privada de los particulares, (ii) la prevención, persecución y castigo de los ilícitos, (iii) el funcionamiento y la toma de decisiones de los órganos de la administración pública, (iv) la conservación de "secretos" derivados de otras leyes, (v) la protección de los recursos naturales y geológicos y (vi) la protección de la seguridad nacional, incluida la defensa del Estado, las relaciones exteriores del Estado y los intereses económicos del Estado.

30. Además, las democracias contemporáneas contemplan la posibilidad de esconder bajo el velo del secreto toda aquella información o documentación que a su parecer pueda poner en riesgo las relaciones exteriores del Estado, su defensa y su seguridad. Si bien es cierto que se trata de tres razones o intereses jurídicos distinguibles en principio, que cada uno legitimaría *per se* la clasificación de la información o documentación, los incluimos en un mismo apartado de la "seguridad nacional", ya que la protección de esos intereses atiende propiamente a la existencia de Estado mismo.

31. La seguridad nacional es un concepto amorfo en el que caben dichos intereses (defensa, seguridad y relaciones exteriores), y la doctrina, por lo general, incluye además de dichas nociones a la información o estrategias relacionadas con los intereses económicos del Estado.

32. Detectamos la existencia de una amplia discusión doctrinaria –pero sobre todo una confusión– sobre el concepto de secreto de Estado, o mejor dicho sobre las informaciones y documentos –o la materia– que busca sustraer del conocimiento público a través del mismo. Para algunos, el secreto de Estado es el secreto que esconde la información o documentación relativa a la defensa del Estado. Para otros, se trata de la información que protege la información relativa a las relaciones exteriores del Estado, o el secreto que oculta la información o cuya divulgación podría poner en grave peligro la seguridad nacional. Sin embargo, el Secreto de Estado es aquél que privilegia cierta información, cuya divulgación puede poner en grave peligro la existencia misma del Estado o su posición negociadora frente a los demás Estados sea política, militar o económicamente. En suma, el secreto de

Estado atiende a la preservación de la información cuya divulgación pueda poner en riesgo la supervivencia y seguridad del Estado.

33. Para lograr identificar un secreto de Estado se debe de evidenciar la intencionalidad del Estado de sustraer del público en general el conocimiento de cierta información con el pretexto de salvaguardar su seguridad, su defensa y sus relaciones exteriores. Esta seguridad y defensa del Estado pretende lograr su supervivencia, y abarca una diversa gama de aspectos que van desde lo político, diplomático y militar hasta lo económico, científico e industrial. Como hemos visto, en las democracias contemporáneas, por lo general, los poderes ejecutivos son los encargados o facultados para clasificar los documentos como secretos.

34. Para evitar una discrecionalidad incontrolable del manejo del secreto de Estado, algunos países dictan legislación que faculta a sus poderes ejecutivos o a sus parlamentos para establecer lineamientos o principios rectores que definan los parámetros de lo que se debe de entender por políticas de seguridad nacional. En los Estados Unidos, por ejemplo, las diferentes administraciones han dictado documentos de estrategia en seguridad nacional que definen los objetivos en la materia, sin embargo, en la mayoría de los casos dicha definición o procedimiento para definirla no existe.

35. La duración del secreto variará dependiendo de la materia que se busca proteger. Encontramos que no hay uniformidad de criterios en la duración del secreto. En ocasiones las democracias modernas dejan abierta la posibilidad para que la administración establezca el plazo de duración del mismo, mientras que en otras ocasiones se contemplan disposiciones con plazos precisos. Es importante hacer notar que los términos de duración del secreto,

por lo general, empiezan a correr a partir del momento en el que el documento fue creado; sin embargo, en el caso en el que no se tenga conocimiento de dicho momento, se tomará en consideración la fecha en la que el mismo se ingresó o registró en el archivo del órgano o agencia de la administración.

36. Para reforzar el deber de no divulgación de información clasificada o secreta en manos del Estado, las democracias tipifican como delito la publicación de dichas informaciones. Los crímenes que se encuentran pueden ir desde la revelación de secretos oficiales, hasta la alta traición, el espionaje y los delitos contra la seguridad del Estado.

37. Es tan difícil obtener la desclasificación de la información que la investigación histórica ha tenido que descubrir otras vías que evidencian lo absurdo de los mecanismos apertura de documentos e informaciones. Son innumerables los daños en materia de Derechos Humanos que se han producido alrededor del mundo mediante el uso/abuso del secreto. Por ejemplo, para Richard Gid Power considera que el McCarthismo en los EE.UU. no hubiera sido posible sin la garantía del secreto. Además, las políticas de seguridad nacional de los EE.UU. en diversos momentos de la historia del Siglo xx han sido empleadas de manera discriminatoria por los vínculos que las personas pudieran tener con una nación enemiga, por adoptar una cierta ideología o afiliación política, así como por tener apariencia de pertenecer a una determinada etnia. En diferentes momentos, la discriminación se puede observar en la persecución de germano-americanos durante la Primera Guerra Mundial; de italo-americanos, japo-americanos y germano-americanos durante la Segunda Guerra Mundial; de comunistas

durante la Guerra Fría y recientemente arabe-americanos. También se han encubierto políticas de persecución de ciertos grupos sociales y se han ocultado bajo el secreto, como por ejemplo, la persecución de homosexuales en puestos políticos por considerarlos "[...]una amenaza a la seguridad porque los percibían como susceptibles de ser chantajeados".

38. A pesar de que el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la información no son derechos absolutos, ya que se pueden ver limitados para garantizar otros bienes jurídicos, el secreto de Estado, en principio vulnera la libertad de expresión ya que, como dice J. J. Mestre Delgado, mediante el secreto se limita el acceso a los registros o documentos en poder del Estado e implica la formación de opinión pública, por consiguiente también se limita la posibilidad de controlar la actuación administrativa.

39. Uno de los grandes beneficios del secreto, para los políticos, es que con el control de la información, al mismo tiempo se controla el debate sobre un asunto determinado. Scott Armstrong señala que "Al restringirse el acceso directo a la información en 'bruto' se asegura que un lado de las partes en el debate político interno domine".

40. Y no sólo por esas razones se considera que el secreto de Estado limita la libertad de expresión e información, sino porque además en algunos países, los funcionarios que tienen contacto con dicha información celebran o son obligados a celebrar un acuerdo con el gobierno mediante el cual se comprometen a no divulgar ninguna clase de información que hayan conocido en el ejercicio de sus funciones e incluso llegan a celebrar un convenio de "prepublicación" que consiste en obtener autorización de la dependencia oficial previa para publicar algún escrito que tenga alguna clase de relación

con el servicio público desempeñado. En los EE.UU. por ejemplo, se cree que 1.9 millones de empleados federales han celebrado esta clase de convenios (*secrecy agreements*).

41. Pareciera que las relaciones exteriores, la defensa y seguridad nacionales, al ser temas tan delicados e importantes, son asuntos que los técnicos y especialistas deben resolver. Asimismo, para algunos autores, dichos temas no se deben someter a la discusión pública, bajo el argumento de la ignorancia de la gente y su falta de capacidad para entender políticas exteriores y de defensa. Para mantener la secrecía, el Ejecutivo ha considerado útil hacer participe en el secreto al legislativo mediante la expedición de leyes que reglamenten el uso de aquél, dejando nuevamente al representado sin la posibilidad de participar en los asuntos políticos del país.

42. Entonces, y con el afán de repetirnos, consideramos que las relaciones exteriores, la defensa y seguridad nacionales son asuntos de todos los ciudadanos, por lo que la participación de todos en la determinación de la políticas por adoptar es necesaria. En caso contrario, al sustraerse asuntos del conocimiento público se contravendría la idea de Estado Democrático que supone la inclusión de todos por igual en la toma de decisiones, sobre todo tomar en consideración la opinión de los afectados por las decisiones y, en este caso, la determinación del término no-democrático "enemigo" involucra a todos. Para no perdernos del tema que nos ocupa, que es el secreto y las políticas de seguridad nacional, entendemos que no pueden existir secretos, como los definimos anteriormente, que impidan el acceso de los ciudadanos a toda la información que les permita su plena participación en la toma de decisiones sobre estos asuntos.

43. Si los ciudadanos no podemos monitorear lo que nuestros representantes hacen, entonces "el ejercicio de la opción electoral no tiene significado". En este tenor, la transparencia como concepto recobra un valor importante para la Democracia. Si los parlamentos sesionan a puertas cerradas, en definitiva vulneran el derecho de las personas a participar en los asuntos políticos, ya que no podrían, como vimos anteriormente, conocer la posición de sus representantes, la cual puede ser incluso contraria a la que prometió en campaña y por consiguiente sería imposible fincarle responsabilidad política frente al electorado.

44. Pero el problema adicional a esto se da debido a que no existen normas jurídicas (o si existen son de difícil utilización) para remover la protección del secreto cuando se presupone la existencia de encubrimientos de delitos por razones de seguridad, es decir, el mismo Estado "se permite ser delincuente" para garantizar una de sus finalidades que es la seguridad.

45. Se entiende que a finales de los años cincuenta, en los Estados Unidos de Norteamérica, se creó la doctrina de la Seguridad Nacional, misma que impregnó el ejercicio del poder en la mayor parte de los Estados de Latinoamérica. Esta doctrina valora y se enfoca, entre otras cosas, a combatir la "insurgencia interna" por el miedo a la infiltración comunista a través de sectores marginados de la población, que era la mayoría de estos países, lo cual suponía una amenaza a la seguridad de los Estados. Se prefería una política de mano dura frente a la disidencia política, en lugar de reformar y depurar las instituciones no-democráticas y corruptas que existían. Con relación al uso del secreto de Estado por razones de Seguridad Nacional, los

gobiernos dictatoriales de América Latina de los años setenta y ochenta, principalmente, inspirados en esta doctrina, privaron de la información sobre las políticas de "defensa" a los ciudadanos. Llegada la democracia y la necesidad por conocer el pasado se crearon comisiones de la verdad en Argentina, Guatemala, Chile, entre otras, con el objeto de conocer "la verdadera extensión de las atrocidades cometidas", se encontraron con la dificultad de acceder a los archivos oficiales. Como nos recuerdan Krstisevic y otros, "En algunos casos, los militares clasificaron los archivos sobre violaciones a los Derechos Humanos como secretos militares, o simplemente argumentaban que no existían registros".

46. Los secretos de Estado se contraponen al derecho de las personas a que se re-establezca la situación que les produjo una vulneración de algún derecho fundamental o bien que, en su defecto, se les repare el daño, sea por actos de particulares o del Estado. Los actos del Estado, como se ha visto, siempre son desempeñados en público, por lo que el control por los abusos no es difícil de lograr; sin embargo, cuando se trata de informaciones o hechos ocultos en el secreto, se torna difícil la búsqueda de la responsabilidad por medio del poder judicial.

47. Los controles del poder en el Estado democrático parten de la necesidad de que cualquier acto de autoridad debe de estar fundamentado en ley. En las democracias modernas el secreto de Estado se regula por la ley. Por consiguiente, el problema del secreto de Estado en una sociedad democrática reside en que, a pesar de su existencia y de su posible uso desmedido, la legislación que lo regula debe garantizar la mínima afectación de los intereses que justifican el secreto oficial, pero sobre todo del derecho a



la información, el derecho al debido proceso legal y la participación de las personas en los asuntos públicos del Estado.

48. Como se analizó, la ley se debe de entender tanto en su ámbito formal como material. En este sentido, no puede simplemente tratarse de una ley que satisfaga los requisitos formales de su creación por medio de los parlamentos democráticamente electos, sino que debe de versar sobre materias que se ajusten a los propios límites constitucionales establecidos, y velar porque no se limiten derechos fundamentales de manera innecesaria.

49. Por consiguiente, las legislaciones en comento establecen un régimen o procedimiento para asegurar o buscar asegurar la menor afectación posible de los derechos de acceso a la información, tutela judicial efectiva y de participación en los asuntos públicos del Estado. Por ello, en el caso en el que la información le sea negada a un particular por tratarse de un secreto de Estado, es hasta entonces, el momento en el que se faculta a las personas para activar los mecanismos de control. Con la negativa se abre el abanico de posibilidades para buscar el conocimiento de los contenidos de la información oculta bajo el privilegio del secreto. Por lo general, dichas leyes cuentan o deben de contar con un medio de control independiente que permita al interesado intentar conseguir la información que fue sustraída del principio general de publicidad.

50. Para ello, algunas democracias han creado organismos públicos independientes para promover y facilitar el acceso a la información a las personas, por un lado y, al mismo tiempo, controlar el uso y abuso por parte

de quienes están capacitados para clasificarla como secreta. Por lo general dichos organismos son independientes del ejecutivo.

51. Dichos organismos responden a nombres distintos, tales como comisionados, consejos, comisiones o comités de la información, cuya composición es variada. Por ejemplo, cuando se trata de comisionados, el cargo se encuentra en manos de una sola persona que por lo general se auxilia de comisionados adjuntos, así como todo el personal que requiera para el desempeño de sus funciones.

52. El nombramiento de los comisionados o de los miembros de las comisiones o comités según sea el caso, también es variado. En algunos casos, participan en el nombramiento los tres poderes. En otras ocasiones, se designan por el Ejecutivo y Legislativo, y en otros solamente por alguno de ellos.

53. El funcionamiento del procedimiento para obtener determinada información que se encuentra en manos de la administración pública se activa precisamente a partir de la negativa de entrega de información o de su entrega limitada. Con dicho acto de autoridad se abre el plazo para poder presentar una queja ante el organismo (comisionado, comité, comisión). Una vez presentada la queja, el organismo contará con un plazo para resolver el asunto y seguirá un determinado procedimiento que se detallará, por lo general, en un reglamento.

54. Además, para el desempeño de su mandato los organismos cuentan, por lo general, con un catálogo amplio de poderes, tales como para: (i) hacer comparecer a cualquier persona ante sí para declarar oralmente o por escrito

bajo juramento, de la misma manera y con el mismo alcance que como lo haría un tribunal; (ii) recibir juramentos; (iii) recibir y aceptar pruebas y demás información que sea relevante o apropiada; (iv) ingresar a cualquier instalación a cargo de cualquier institución gubernamental; (iv) para conversar en privado con cualquier persona en cualquier instalación, así como llevar a cabo todos los interrogatorios que considere apropiados; (v) examinar y obtener copias de los extractos de libros u otros registros encontrados en cualquier instalación a la que haya ingresado. Además, el organismo podrá examinar cualquier documento o archivo que se encuentre bajo el control del gobierno y ninguno podrá serle negado bajo ningún supuesto.

55. El acceso a la documentación o información también puede y debe hacerse por medio de los Ombudsman, defensores del pueblo o comisionados de Derechos Humanos. La figura del Ombudsman como garante del acceso a la información es una forma adecuada para garantizarlo, ya que por lo general cuentan con amplios poderes para acceder a la documentación e instalaciones en manos de la administración pública. Ello, sin embargo, estará sujeto a las regulaciones concretas de cada ordenamiento jurídico nacional, ya que esas amplias facultades dependerán de la naturaleza del propio Ombudsman.

56. Además, el mecanismo de control de los actos del Ejecutivo es el Parlamento. Para ello, y por lo general, los parlamentos cuentan con la facultad para dictar legislación que marcará las pautas de la conducta de la administración. En ese contexto que se aprueban las legislaciones sobre secretos oficiales o de acceso a la información. Además, por lo general, los parlamentos en los Estados democráticos cuentan con la facultad,

prácticamente irrestricta, de acceso a toda la información en manos de la administración pública. Ello con el propósito de que el parlamento se encuentre en posibilidades de desempeñar sus funciones relativas al sistema de pesos y contrapesos propios de los sistemas republicanos.

57. Por otro lado, en la democracias contemporáneas, el poder judicial participa en el control de los actos del ejecutivo. Por consiguiente, a la persona a quien se le negó el acceso a un documento o información se le ofrece, por lo general, un recurso de revisión judicial sobre dicha negativa. El mencionado recurso de revisión puede ser iniciado en un plazo contado a partir de la notificación de los resultados de la solicitud de información o bien, en su caso, de las conclusiones del comisionado o comisión de la información cuando este o estos existan. Los tribunales tienen el poder para obligar a la autoridad gubernamental a entregarle la información solicitada en su totalidad o parte de ella, así como para que le permita a la persona que la solicita su conocimiento, siempre que encuentre que aquélla no tenía bases razonables para negar dicha apertura. Por el lado contrario, en el caso de que existieran bases razonables para la negativa, el poder judicial podrá autorizar a la autoridad para que no divulgue información en todo o en parte.

58. Además, en la práctica, el secreto de Estado es revisable por el procedimiento contencioso administrativo, mediante el cual los tribunales administrativos tendrán la oportunidad para determinar si efectivamente se clasificó correctamente la información; es decir, verificará si efectivamente la información protegida por el secreto oculta información cuya divulgación puede poner en riesgo la seguridad nacional. Ello se hace así, en principio,

para darle a la administración la oportunidad de corregirse a sí misma, cuando haya afectado algún derecho de los particulares. Por lo tanto, una vez que falla el procedimiento contencioso administrativo, el afectado cuenta con el recurso de revisión.

59. Por otro lado, en el caso de un proceso penal los acusados, por lo general, tienen el derecho de acceso a todos los medios de prueba que sean necesarios para su defensa. Además, los jueces penales tienen, o deben tener, la facultad para acceder a la información clasificada para verificar que en ella no se escondan delitos. Por ello, el acceso a la información en los procesos penales atiende a la necesidad de garantizar la tutela judicial efectiva y los derechos de debido proceso de los inculcados. Como vimos, el primero atiende a que los delitos pueden ocultarse en el secreto, mientras que el segundo se configura como el derecho de solicitar al juez todos los medios de prueba para una defensa adecuada, así como conocer y refutar todas las pruebas que se presenten en una acusación criminal.

60. Incluso desde el Derecho Internacional se vive una tensión entre el derecho de acceso a la información que tienen las personas, por un lado, y por el otro, el interés de los Estados de defender sus límites territoriales, garantizar la seguridad nacional y los derechos de las personas bajo su jurisdicción. El *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, reconocen el derecho de toda persona para buscar, recibir e impartir informaciones e ideas de todo tipo. A su vez, reconocen que dicho derecho puede limitarse y suspenderse por razones de seguridad nacional, o para garantizar la integridad territorial, la seguridad

pública, la prevención del delito y los derechos de otros. Sin embargo, el derecho internacional ordena que dichos límites deben de estar establecidos en ley (difundida ampliamente y escrita de manera precisa), misma que debe ser aprobada por los mecanismos formales contemplados en las normas más altas del ordenamiento jurídico; además de que las medidas que limitan el derecho en cuestión deben de ser necesarias en una sociedad democrática.

61. En suma, las democracias para ser calificadas como tal deben de contar con una serie de controles sobre el *secreto oficial* y sobre todo el *secreto de Estado*, con el propósito de vigilar la clase de información oculta en el secreto. En efecto, lo que se busca es verificar que el mismo se ajuste a los parámetros de las legislaciones que los permiten. Con ello no se permitirá el menoscabo de los derechos a la libertad de expresión, al debido proceso y la tutela judicial efectiva, así como a la participación de las personas en los asuntos públicos del Estado. Además, para que dicho ajuste pueda ser constatado "democráticamente" se debe de contar con un mecanismo autónomo como aquellos que, en ocasiones, las legislaciones de acceso a la información establecen. La creación organismos públicos de *acceso a la información* que varían en su naturaleza, composición y poderes, de Estado a Estado, es una exigencia de la sociedad democrática. Por otro lado, los parlamentos deben de contar con la irrestricta facultad para acceder a toda la información del Ejecutivo y por tanto están capacitados para verificar si la clasificación como *secreto oficial* se hizo propiamente. Asimismo, el poder judicial que, por lo general, tiene facultades, entre otras, de control de constitucionalidad de los actos de la administración, de la tutela judicial efectiva de derechos fundamentales y de aplicar las leyes penales, debe

estar capacitado para conocer documentos que se consideren como *secretos oficiales* y revisarlos para determinar si la clasificación se efectuó correctamente, además de que garantice que en el no se oculten delitos, ni mucho menos graves crímenes.

62. Finalmente, y para evitar el abuso en la clasificación, en el Estado (Democrático) de Derecho se debe limitar en la legislación a los órganos que pueden clasificar información, en particular solamente a aquellos que tienen estrecha relación con la información sensible a la defensa nacional. También se debe de limitar estrechamente el tipo de información que se puede y no puede clasificar, dejando fuera de esta posibilidad cualquier información que se necesaria para la investigación de delitos. Además, la duración que puede permanecer secreta la información deberá ser limitado y breve y se deberá establecer un mecanismo independiente que permita la revisión permanente y periódica de aquella, para que, una vez que se considere que la amenaza haya desaparecido que la información sea de público acceso.

## BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- AGUIAR, Asdrúbal. Derechos humanos y responsabilidad internacional del Estado, Monte Ávila Editores Latinoamericana y Universidad Católica Andrés Bello, Colección: Estudios Serie Sociales, 1ª Ed., Venezuela 1977.
- ANSUÁTEGUI Roig, Francisco Javier. Poder, Ordenamiento jurídico, derechos, Ed. Dykinson y Universidad Carlos III de Madrid, Cuadernos Bartolomé de Las Casas núm. 2, Madrid 1997.
- ASIS Roig, Rafael de. Las paradojas de los Derechos Fundamentales como límites al poder, Ed. Debate, Madrid 1992.
- BALDERAS Vega, Gonzalo. La Reforma y la Contrarreforma (Dos Expresiones del Ser Cristiano en la Modernidad), Ed. Universidad Iberoamericana-Departamento de Ciencias Religiosas, 1a ed., México, D.F. 1996.
- BERTONI, Eduardo Andrés. Libertad de expresión en el Estado de Derecho. Doctrina y jurisprudencia nacional, extranjera e internacional, Ed. Del Puerto, Buenos Aires 2000.
- BIRKINSHAW, Patrick. Freedom of Information. The Law, the Practice and the Ideal, Butterworths, 2<sup>nd</sup> ed., London-Dublin-Edinburgh 1996.
- BIRKINSHAW, Patrick. Reforming The Secret State, Open University Press, Studies in Law and Politics, Buckingham, UK-Bristol, PA USA 1990.
- BLANCO Ande, Joaquín. Defensa Nacional y Fuerzas Armadas, Ed. Dykinson, Madrid 1987.
- BOBBIO, Norberto. Derecha e izquierda (Razones y significaciones de una distinción política), Ed. Taurus, Traducción de Alessandra Picone, 8ava ed., Madrid 1996.
- BOBBIO, Norberto. Estado, Gobierno y Sociedad, Ed. FCE, Traducción de José F. Fernández Santillán, México 1992.
- BOBBIO, Norberto. Fundamento y Futuro de la Democracia (La visita de Bobbio a Valparaíso), EDEVAL y Sociedad Chilena de Filosofía Jurídica y Social, Valparaíso.
- BOBBIO, Norberto. Elogio de la templanza y otros escritos morales, Ed. Temas de Hoy, Traducción por Javier Ansuátegui Roig y José Manuel Rodríguez Uribes, Madrid 1997.
- BOK, Sissela. Secrets. On the Ethics of Concealment and Revelation, Ed. Vintage Books, New York 1989.



- BONET, Jordi. El Derecho a la Información en el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, Ed. Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona 1994, 1a ed.
- CARRILLO Salcedo, Juan Antonio. Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos Humanos, cincuenta años después, Ed. Trotta, Colección Mínima, Madrid 1999.
- CARRILLO, Marc. Los límites a la libertad de prensa en la Constitución Española de 1978, Ed. Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona 1987, 1a ed.
- CLAVERO, Bartolomé. Razón de Estado, Razón de Individuo, Razón de Historia, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- COHEN-ALMAGOR, Raphael. Speech, Media and Ethics. The Limits of Free Expression. Critical Studies on Freedom of Expression, Freedom of the Press and the Public's Right to Know, Ed. Palgrave, Nueva York 2002.
- CONDE, Francisco Javier. El saber político en Maquiavelo, Ed. Ministerio de Justicia y Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Serie 8: Estudios de Historia del Pensamiento Político, Madrid 1948.
- CONDORCET; CASTILLÓN; BECKER. ¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y Filosofía en la Ilustración: El concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar por Javier de Lucas, Madrid 1991.
- CONSTANT, Benjamín. Del espíritu de conquista, Ed. Tecnos, Traducción de M. Magdalena Truyol Wintrich y Marcial Antonio López, Madrid 1998.
- CORTINA, Adela. Ciudadanos del mundo (Hacia una teoría de la Ciudadanía), Ed. Alianza, Madrid 1997.
- COUSIDO González, María Pilar. Comentarios a la Ley de Secretos Oficiales y su Reglamento, Ed. Bosch, Barcelona 1995, p. 35 y 58.
- CHOMSKY, Noam. Por razones de Estado, Ed. Ariel, Colección Demos - Biblioteca de Ciencia Política, Traducción de Joaquín Sampere, Barcelona 1975.
- DE ASÍS Roig, Rafael. Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder, Ed. Debate, Madrid 1992.
- DEL AGUILA, Rafael. La senda del mal: Política y Razón de Estado, Ed. Grupo Santillana de Ediciones-Taurus, Buenos Aires-México-Colombia-Madrid 2000.
- DEMPSEY, James X.; COLE, David. Terrorism and the Constitution. Sacrificing Civil Liberties in the Name of National Security, Ed. The First Amendment Foundation, 2ª ed., Washington, D.C. 2002.

- DÍAZ, Elías. Estado de Derecho y Sociedad Democrática, Ed. Taurus, 8ava reimpresión, Madrid 1992.
- DÍEZ Sánchez, Juan José. Razones de Estado y Derecho (Del control judicial de los secretos oficiales), Ed. Tirant Lo Blanch y Universidad de Valencia, Valencia 1999.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. La criminalidad de los gobernantes, Ed. Crítica, Col. Las Letras de Drakontos, Barcelona 1996.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. Sobre secretos oficiales, Ed. Civitas, Col. Cuadernos, Madrid 1998.
- FAYOS Gardó, Antonio. Derecho a la intimidad y medios de comunicación, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Colección Cuadernos y debates, número 91, Madrid 2000.
- FERNÁNDEZ García, Eusebio. Teoría de la justicia y derechos humanos, Ed. Debate, Serie Derecho, 2a reimpresión, Madrid 1991.
- FERNÁNDEZ García, Eusebio. Entre la razón de Estado y el Estado de Derecho: La racionalidad política, Ed. Dykinson, Cuadernos Bartolomé de las Casas No. 4, Madrid 1997.
- FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. El Estado, la guerra y la paz (El pensamiento político español en el Renacimiento 1516-1559), Ed. Akal Universitaria, Traducción de Juan Faci Lacasta, Serie: Historia Moderna, Madrid 1988.
- FERNÁNDEZ-SANTAMARÍA, José A. Razón de Estado y Política en el Pensamiento Español del Barroco (1595-1640), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1986.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón (Teoría del garantismo penal), Ed. Trotta, Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés, 3a ed., Madrid 1998.
- FINKIELKRAUT, Alain. La derrota del pensamiento, traducción por Joaquín Jordá, Ed. Anagrama, Colección Argumentos No. 87, 5ª ed., Barcelona 1994.
- FISS, Owen. Libertad de Expresión y Estructura Social, Ed. Fontamara, Colección Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, número 59, México, D.F. 1997.
- FLORINI, Ann; SIMMONS, P.J. The New Security Thinking: A Review of the North American Literature, Ed. Rockefeller Brothers Fund, Inc (Project on World Security), New York-Washington, D.C. 1998.

- FOUCAULT, Michel. Historia de la sexualidad. 1. La voluntad de saber, Tomo I, Ed. Siglo XXI, Traducción de Ulises Guíñazú, 8ava ed., Madrid 1995.
- FRIEDRICH, C.J. Constitutional Reason of State (The Survival of the Constitutional Order), Brown University Press, Col The Colver Lectures in Brown University, Providence-Rhode Island 1957.
- FRIEDRICH, Carl Joachim. La filosofía del derecho, Ed. Fondo de Cultura Económica, Colección Breviarios 169, 3a. reimpresión, México 1982.
- FROMM; Erich. Marx y su concepto del hombre, Ed. Fondo de Cultura Económica, traducción de Julieta Campos, 15ª impresión, México 1998.
- FROMM; Erich. Psicoanálisis de la sociedad contemporánea (Hacia una sociedad sana), traducción por Florentino M. Torner, Ed. Fondo de Cultura Económica, 20ª reimpresión, México 1997.
- GARCÍA de Enterría, Eduardo. La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución Francesa, Ed. Alianza Universidad, 1a. reimpresión, Madrid 1995.
- GARCÍA Pelayo, Manuel. Obras Completas (Volumen II), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991, p. 120.
- GARCÍA Pino, Gonzalo; MONTES Ibañez, Juan Esteban. Subordinación democrática de los militares (Éxitos y fracasos en Chile), Ed. Centro de Estudios del Desarrollo, Chile 1994.
- HABERMAS, J. Historia y crítica de la opinión pública (La transformación estructural de la vida pública), Ed. G. Gili, Colección Mass Media, Traducción al castellano Antonio Doménech con la colaboración de Rafael Grasa, 7a ed., México-Barcelona 1997.
- HALPERIN, Morton H.; HOFFMAN, Daniel N. Top Secret. National Security and the Right to Know, Ed. New Republic Books, Washington D.C. 1977.
- HANKS, Peter; McCAMUS, John D. National Security: Surveillance and Accountability in a Democratic Society, Les Éditions Yvon Blais, Inc., Quebec 1989.
- HARRINGTON, James. The Commonwealth of Oceana and A System of Politics, Editado por J.G. Pocock, Cambridge University Press, Cambridge-UK 2001 (reimpresión)
- HELD, David. Modelos de Democracia, Ed. Alianza, Versión española de Teresa Alberó, Madrid 1991.
- HEWITT, Patricia. The Abuse of Power. Civil Liberties in the United Kingdom, Martin Robertson & Company, Ltd., Oxford 1982.

- HIXSON, Richard F. Privacy in a Public Society: Human Rights in Conflict, Ed. Oxford University Press, New York-Oxford 1987
- KANT, Immanuel. Sobre la paz perpetua, Ed. Tecnos, Traducción por Antonio Truyol y Serra y Joaquín Abellán, Madrid 1991.
- KANTOROWICZ, Ernst H. The King's Two Bodies (A Study in Mediaeval Political Theology), Ed. Princeton University Press, Princeton, New Jersey 1997.
- KETCHAM, Ralph (Ed.). The Anti-Federalist Papers and the Constitutional Convention Debates, Ed. First Mentor Thinking, EUA 1986.
- LAZZERI, Christian; REYNIÉ, Dominique. (Eds.) La raison d'Etat: Politiques et rationalité, Presses Universitaires de France (PUF), Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- LAZZERI, Christian; REYNIÉ, Dominique. (Eds.) Le pouvoir de la raison d'Etat, Presses Universitaires de France (PUF), Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- LOCKE, John. Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (Un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del Gobierno Civil), Traducción, prólogo y notas de Carlos Mellizo, Ed. Alianza, Madrid 1990.
- LÓPEZ Calera, Nicolás María. Yo, el Estado (Bases para una teoría sustancializadora (no sustancialista) del Estado), Ed. Trotta, Colección Estructuras y Procesos, Serie Derecho, Madrid 1992.
- LOZANO Blanca. La desclasificación de los Secretos de Estado, Ed. Civitas, Colección Cuadernos Civitas, Madrid 1998.
- LOZOYA, Jorge Alberto. El ejército mexicano, El Colegio de México, Colección Jornadas 65, 2a ed., México 1976.
- LLAMAZARES Calzadilla, Ma. Cruz. Las libertades de expresión e información como garantía del pluralismo democrático, Ed. Civitas y Universidad Carlos III de Madrid (Departamento de Derecho Público y Filosofía del Derecho), Col. Monografías, 1a ed.
- MAQUIAVELO, Nicolás. El Príncipe, traducción por Eli Leonetti Jung, Ed. Espasa Calpe, Colección Austral, 26ava ed., Madrid 1996.
- MARTÍNEZ DE PISÓN Cavero, José. El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional, Ed. CIVITAS, Madrid 1993, 1a ed.
- McCLELLAN, Grant S. (Ed.). The Right to Privacy, Ed. The H. W. Wilson Company, Col. The reference shelf, volumen 48, número 1, Nueva York 1976.

- MEINECKE, Friedrich. La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna, Centro de Estudios Constitucionales, Traducción de Felipe González Vicen, 3a ed., Madrid 1997.
- MESEGUER Yebra, Joaquín. El derecho de acceso a los documentos administrativos y su tutela, Ed. Bosch, Serie Administrativa, Barcelona 2000.
- MESTRE Delgado, Juan Francisco. El Derecho de acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105.b) de la Constitución], Ed. Civitas, 2ª ed., Madrid 1998.
- MONTESQUIEU. Del Espíritu de las Leyes, Ed. Tecnos, Traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega, 3a ed., Madrid 1995.
- MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American Experience, Ed. Yale University Press, New Haven-London 1998.
- MUGUERZA, Javier. Desde la perplejidad (Ensayos sobre la ética, la razón y el diálogo), Ed. Fondo de Cultura Económica en colaboración con el Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1990.
- MUÑOZ Conde, Francisco. Derecho Penal-Parte Especial, Ed. Tirant Lo Blanch, 11ava ed., Valencia 1996.
- NIETO, Alejandro. Corrupción en la España democrática, Ed. Ariel, Barcelona 1997.
- O'BRIEN, David M. El Derecho del Público a la Información (La Suprema Corte de los E.U.A. y la Primera Enmienda Constitucional), traducción por Agustín Bárcena, Ed. Publifacics, S.A., México 1983.
- ORAÁ, Jaime; GÓMEZ Isa, Felipe. La Declaración Universal de los Derechos Humanos. Un breve comentario en su 50 aniversario, Ed. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto, Bilbao 1998.
- ORTEGA Carcelén, Martín C. La legítima defensa del territorio del Estado (Requisitos para su ejercicio), Ed. Tecnos, Madrid 1991.
- OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales, Ed. Tirant Lo Blanch, Colección los Delitos, Valencia 2000.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Curso de Derechos Fundamentales (Teoría General), con la colaboración de Rafael de Asís Roig, Carlos R. Fernández Liesa y Angel Llamas Gascón, Ed. Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, Colección Cursos Núm. 3, Madrid 1995.
- PECES-BARBA Martínez, Gregorio. Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales, Ed. Mezquita, Madrid 1982.

- PORTER, Bernard. Plots and Paranoia. A history of political espionage in Britain. 1790-1988, Ed. Unwin Hyman Ltd., 1a. ed., Londres 1989.
- RABOTNIKOF Maskivker, Nora. El espacio público: caracterizaciones y expectativas, Tesis de Doctorado, Universidad Nacional Autónoma de México, México 1996.
- RAPHAEL, D.D. Problemas de filosofía política, Ed. Alianza Universidad Textos, versión española de Ma. Dolores González Soler, 1a. reimpresión, Madrid 1989.
- REKOSH, Edwin (Ed.). In the Public Eye. Parliamentary Transparency in Europe and North America, Ed. International Human Rights Law Group, Washington D.C. 1995.
- REVENGA Sánchez, Miguel. El imperio de la política (Seguridad Nacional y secreto de Estado en el Sistema constitucional norteamericano), Ed. Ariel, 1a ed., Barcelona 1995.
- ROSAMUND M., Thomas. Espionage and Secrecy. The official Secrets Acts 1911-1989 of the United Kingdom, Ed. Routledge, London-New York 1991.
- ROSSITER, Clinton (Ed.). The Federalist Papers, Ed. Mentor, Ed. First Mentor Thinking, EUA 1986.
- ROUSSEAU, Jean Jacques. El Contrato Social, traducción y estudio preliminar y adaptación al castellano, Ed. Altaya, Barcelona 1993
- ROZELL, Mark J. Executive Privilege. The Dilemma of Secrecy and Democratic Accountability, Ed. The John Hopkins University Press, Baltimore-Londres 1994.
- SANTAELLA López, Manuel. Opinión pública e imagen política en Maquiavelo, Ed. Alianza Universidad, Madrid 1990
- SABÁN Godoy, Alfonso. El marco jurídico de la corrupción, Cuadernos Civitas, Ed. Civitas, Madrid 1991.
- SARAZA Jimena, Rafael. Libertad de Expresión e Información frente a Honor, Intimidad y Propia Imagen, Ed. Aranzadi, Pamplona 1995.
- SAUQUILLO, Julián. Michel Foucault: Una filosofía de la acción, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Colección <El derecho y la justicia>, Madrid 1989.
- SAVATER, Fernando. Las razones del antimilitarismo y otras razones, Editorial Anagrama, Col. Compactos No. 170, Barcelona 1998.
- SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. Protección penal del secreto de Estado (artículo 135 bis a) al 135 bis d) del Código Penal, Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1994.

- SETTALA, Ludovico. De la razón de Estado (En Siete Libros), Ed. FCE, Traducción de Carlo Arienti, Madrid 1988.
- SHERER García, Julio; MONSIVÁIS, Carlos. Parte de Guerra (Tlatelolco 1968 - Documentos del general Marcelino García Barragán. Los hechos y la historia), Ed. Aguilar-Nuevo Siglo, México 1999.
- SHETREET, Shimon (Ed). Free Speech and National Security, Martinus Nijhoff Publishers-Kluwe Academic Publishers, Netherlands 1991.
- SUPPERSTONE, Michael. Brownlie's Law of Public Order and National Security, 2<sup>nd</sup> edition, Butterworths, UK 1981.
- TANTER, Richard. Intelligence Agencies and Third World Militarization: A Case Study of Indonesia. 1966-1989, Tesis para obtener el grado de Doctor en Filosofía en el Departamento de Políticas, en la Facultad de Economía y Política, Universidad de Monash, Febrero de 1991.
- TOCQUEVILLE, Alexis de. La democracia en América, Ed. Fondo de Cultura Económica
- TOMÁS y Valiente, Francisco. A orillas del Estado, Ed. Taurus, Madrid 1996.
- TOUCHARD, Jean. Historia de las ideas políticas, Ed. Tecnos, Traducción de J. Pradera, 5a ed., 2a reimpresión, Madrid 1988.
- TRUYOL Y SERRA, Antonio. Razón de Estado y Derecho de Gentes en tiempo de Carlos V, Trabajo reproducido al castellano del original en Alemán incluido en la Festschrift Für Alfred Verdross (Viena, Springer Verlag), Köln, Graz: Böla, 1960.
- URABAYEN, Miguel. Vida privada e información. Un conflicto permanente, Ed. Universidad de Navarra, Zaragoza 1977
- USCATESCU, George. De Maquiavelo a la razón de Estado, Impresión de Jose Luis Cosano, Madrid 1951.
- UVALLE Berrones, Ricardo. La Teoría de la Razón de Estado y la Administración Pública, Ed. Plaza y Valdés Editores, Col. Folios Universitarios, 1a ed., México 1992.
- VILLÁN Durán, Carlos. Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Instituto Internacional de Derechos Humanos René Cassin, Estrasburgo, 1997.
- WEBER, Max. Economía y Sociedad (Esbozo de sociología comprensiva), traducción al español por José Medina Echavarría, Juan Roura Parella, Eugenio Ímaz, Eduardo García Maynes y José Ferrater Mora, Ed. Fondo de Cultura Económica, México 1998.
- ZIEGLER, Jean. ¡Viva el Poder! Crítica de la razón de Estado, Ed. IEPALA y Ed. Fundamentos, Traducción de Daniel Almada Stripoli, Madrid 1987.

## ARTÍCULOS

- ADLER, Allan Robert. "Recent Developments in FOIA Law", en Communications Lawyer, Verano 1993, número 13, American Bar Association.
- ÁLVAREZ Conde, Enrique. "El temor del príncipe o el temor al príncipe (secretos de Estado y Constitución)", en Revista del Poder Judicial, núm. 45, 3a época, Primer Trimestre de 1997.
- AMEZÚA Amezúa, Luis Carlos. "La elasticidad de la <razón de Estado>", en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomo XVI, 1999, Universidad de Valencia y Boletín Oficial del Estado.
- BAILEY, Kevin R. "Did I Miss Anything?: Excising the National Security Council from FOIA Coverage", en Duke Law Journal, número 46, abril 1997.
- BARLETT, K.T. "Keeping secrets: Congress, the Courts, and National Security Information", en Harvard Law Review, vol. 103, núm. 4, Febrero 1990.
- BOVERO, Michelangelo. "Los adjetivos de la democracia", Mimeo de la conferencia dictada en la Universidad Carlos III de Madrid el 17 de enero de 1997 en el marco del Doctorado en Derecho: Programa de Derechos Fundamentales del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas.
- CARRILLO, Marc. "Información y secreto: ¿relaciones conflictivas?", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 23, Marzo 1994.
- CASTELLS Arteché, José Manuel. "El derecho de acceso a la documentación de la administración pública", en Revista Vasca de Administración Pública, número 10, volumen I, año 1984 (septiembre).
- COLIVER, Sandra. "Commentary to: The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information", en Human Rights Quarterly, Volumen 20, número 1, año 1988.
- CURTIN, Deirdre; MEIJERS, Herman. "The Principle of Open Government in Schengen and the European Union: Democratic Retrogression?", en Common Market Law Review, No. 32, Abril 1995.
- CHADWICK, Owen. Voz: "Protestantism", Enciclopedia Britannica 2002, CD-ROM.
- CHEH, Mary M. "Judicial Supervision of Executive Secrecy: Rethinking Freedom of Expression for Government Employees and the Public Right of Access to Government Information", en Cornell Law Review, abril 1984, número 69.





- DALLEY, Paula. "Freedom of the Press and Government Secrets: The Availability of Prior Restraint Against the Press in the United Kingdom - Attorney-General v. Observer and Attorney-General v. Guardian Newspapers", en Harvard International Law Journal, Volume 28, Number 1, Winter 1987.
- DE LUCAS, Javier. "De secretos, mentiras y razones de Estado", en Claves de Razón Práctica, núm. 52, Mayo 1995.
- DE LUCAS, Javier. *Democracia y Transparencia*. "Sobre poder, secreto y publicidad", en Anuario de Filosofía del Derecho, Ministerio de Justicia, Tomo VII, Nueva Época, Madrid 1990.
- DE LUCAS, Javier. "La noción de defensa y la crisis de legitimidad. ¿Qué significa defensa?", en Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva Época, Tomo II, Madrid 1985.
- DE LUCAS, Javier. "Secretos de Estado", en Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de Las Casas, Año IV, Enero 1999, Número 7.
- DE LUCAS Martín, Javier. "Sobre la Ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789. El modelo de *Code Napoléon*", en Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo VI, Nueva Época, Madrid 1989.
- DEL ÁGUILA, Rafael. "Razón de Estado y razón cívica", en Claves de Razón Práctica, número 52, mayo 1995.
- DEL ÁGUILA, Rafael. "Dilemas y secretos del secreto de Estado", en Claves de Razón Práctica, Núm. 83, Junio 1998.
- DÍAZ, Elías. "Estado de Derecho, exigencias internas, dimensiones sociales", en Sistema, núm. 125, 1995.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María. "Criminalidad gubernativa y acusación independiente (Del Watergate al Whitewater)", en Claves de Razón Práctica, núm. 69, Enero/Febrero 1997.
- ESTEVEZ Araujo, José A. "Razón de Estado y lucha por los derechos a propósito de los GAL)", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 22, Febrero 1994.
- FEIN, Bruce E. "Access to Classified Information: Constitutional and Statutory Dimensions", en William & Mary Law Review, Verano 1985, número 26.
- FERNÁNDEZ Delgado, Carlos. "El secreto de Estado en el ordenamiento jurídico-constitucional italiano", en Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Núm. 99, Nueva Época, Enero-Marzo 1998.
- FERNÁNDEZ García, Eusebio. "Hacia un concepto restringido de Estado de Derecho", en Sistema, núm. 138, Mayo 1997.

- FLORINI, Ann. "The end of secrecy", en Foreign Policy, núm. 111, Verano 1998, pags. 50-61
- GARRIDO Falla, Fernando. "Ética y Razón de Estado: Los documentos del CESID y el <Caso GAL>", en Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Año XLVIII, núm. 73, Curso Académico 1995-6, Madrid 1996.
- GÓMEZ Orfanel, Germán. "Secretos de Estado: Algo más de lo mismo", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 27, noviembre 1996.
- GOR, Francisco. "La prensa frente al secreto", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, marzo 1996.
- HAYES, Michael J. "What Ever Happened to 'The Right to Know'? Access to Government-Controlled Information since Richmond Newspapers", en Virginia Law Review, Volume 73, Number 6, September 1987.
- JIMÉNEZ García, Joaquín. "La reforma penal", en El País, martes 30 de septiembre de 1997.
- JIMÉNEZ Villarejo, Carlos. "Democracia contra corrupción", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 27, Noviembre 1996.
- KIRBY, (Justice) Michael. "Opinion: Freedom of Information-The Seven Deadly Sins", en European Human Rights Law Review, Número 3, Año 1998.
- KLEIN, Anthony R. "National Security Information: Its Proper Role and Scope in a Representative Democracy", en Federal Communications Law Journal, número 42, julio 1990.
- KUPRICKA, Lisa A.; LaFRANCE, Mary E. "Note: Developments Under the Freedom of Information Act--1984", en Duke Law Journal, Junio-Septiembre 1985.
- LAPORTA, Francisco J. "El derecho a informar y sus enemigos", en Claves de Razón Práctica, número 72, mayo 1997.
- LOZANO Blanca. "En los confines del Estado de Derecho: el control judicial de los secretos de Estado", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 29, Julio 1997.
- LUTGARTEN, Laurence. "The Arms Trade and the Constitution: Beyond the Scott Report", en The Modern Law Review, Vol. 61, No. 4, July 1998.
- MARDONES, José María. "Teorías de la legitimación del poder hoy. J. Habermas y la teoría del discurso", en Sistema, núm. 120, 1994, pags. 39-58

- MARSH, Norman S. "Freedom of Expression and Official Secrets: The Impact of the Official Secrets Act 1989 in the United Kingdom", en The Review of the International Commission of Jurists, No. 43, December 1989.
- McMULLAN, John L. "Social surveillance and the rise of the 'police machine'", en Theoretical Criminology. An International Journal, Volume 2, 1998.
- McMULLAN, John L. "The Arresting Eye: Discourse, Surveillance and Disciplinary Administration in Early Administration in Early English Police Thinking", en Social and Legal Studies. An International Journal, Volume 7, 1998.
- MICHAEL, James. "Freedom of Official Information", en Bulletin of the Office for Democratic Institutions and Human Rights OSCE, Winter 1996/1997, Warsaw, Vol. 5, No. 1.
- MOVILLA Álvarez, Claudio. "El secreto de Estado entre el control y el privilegio", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, Marzo 1996.
- MOYNIHAN, Daniel Patrick. "The culture of secrecy", en The Public Interest, Núm. 128, Verano 1997.
- NIETO, Luis Carlos. "Impunity in Latin America", discurso dictado ante el Subcomité de Derechos Humanos, Comité de Asuntos Exteriores, Seguridad y Políticas de Defensa, Parlamento Europeo. Documento del Parlamento Europeo 30-31/10/1996. Fuente: <http://www.europarl.eu.int/dg7/hearings/en/impunity/latinam3.htm>
- NOTA. "Keeping Secrets: Congress, the Courts, and National Security Information", en Harvard Law Review, Número 103, Febrero 1990.
- PACIOTTI, Elena. "Principios democráticos, opinión pública y control de legalidad", Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, Marzo 1996.
- PALMER, Stephanie. "Tightening Secrecy Law: The Official Secrets Acts 1989", en Public Law, Verano 1990.
- PISARELLO, Gerardo. "Por un concepto exigente de Estado de Derecho (A propósito de un artículo de Eusebio Fernández)", en Sistema, Núm. 144, Mayo 1998.
- POSADA Carbó, Eduardo. "Corrupción y democracia (La rebelión del ciudadano indignado)", en Claves de Razón Práctica, núm. 45, Septiembre 1994.
- REKOSH, Edwin. "Parliamentary Transparency: An Essential Element of Democratic Legitimacy and the Rule of Law (The Findings of a Region-Wide Study of 20 OSCE States)", en Bulletin of the Office for Democratic Institutions and Human Rights OSCE, Winter 1995/1996, Warsaw, Vol. 4, No. 1.

- REVENGA Sánchez, Miguel. "El arbol envenenado: ejercicio de la acción penal y secreto de Estado en la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 10 de abril de 1998", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), Número 33, Noviembre 1998.
- REVENGA Sánchez, Miguel. "El control del secreto de Estado. Reflexiones (preliminares) de derecho comparado", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, Marzo 1996.
- REVENGA Sánchez, Miguel. "Las tribulaciones del <Llanero Solitario>. El control parlamentario de las acciones encubiertas por el congreso norteamericano", en Revista de Estudios Políticos, Nueva Época, Núm. 94, octubre-diciembre 1996.
- RODRÍGUEZ-VILLASANTE y Prieto, José Luis. "Protección Penal de la Información Relativa a la Defensa Nacional [Comentario a los artículos 135 bis, a), b), c) y d) del Código penal]", en Revista de Derecho Público, Comentarios a la legislación penal, Tomo X La reforma de los delitos contra la defensa nacional (Ley Orgánica 14/1985, de 9 de diciembre), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid 1989.
- SAUQUILLO, Julián. "De los órganos políticos y su tendencia a la corrupción", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 83, Junio 1998.
- SEGRELLES de Arenaza, Íñigo. "El secreto de Estado ilegal: Aspectos Básicos", en Cuadernos de política criminal, Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Editoriales de Derecho Reunidas, núm. 62, 1997.
- SHATTUCK, John. "Human Rights: The Legacy and the Future", en Issues of Democracy, USIA Electronic Journal, Vol 3, No. 3, October 1998. Fuente Internet: <http://www.usia.gov/journals/itdhr/1098/ijde/shattuck.htm>
- SHATUTUCK, John. "Promoting the Rule of Law in the Post-Cold War World", en National Security Studies Quarterly, Spring 1998, Volume IV, Issue 2, pags. 79-85.
- STULBERG, Bary A. "State Secrets Privilege: The Executive Caprice Runs Rampant", en Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal, Vol. 9, Number 2, 1987.
- TAYLER, Wilder. "La problemática de la impunidad y su tratamiento en las Naciones Unidas -Notas para la reflexión-", en Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 24, Julio-Diciembre 1996.
- VÁZQUEZ Montalbán, Manuel. "Contra el secreto de estado", en Jueces para la Democracia (Información y Debate), núm. 25, Marzo 1996, pags. 9-10
- VEITES Pérez, Carlos. "Los secretos de estado y el Estado de Derecho", en Actualidad Administrativa, núm. 10/3-9, Marzo 1997.

- WRIGHT, Barry. "Quiescent Leviathan? Citizenship and National Security in Late Modernity", en Journal of Law and Society (Formerly the British Journal of Law and Society), Volume 25, Number 2, June 1998.
- ZELLICK, Graham. "National Security, Official Information and the Law", en Contemporary Review, 121 año de publicación, Octubre de 1986.
- ZELLICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists and the British Government: Free Speech and other Casualties", en William & Mary Law Review, Verano 1990, número 31.

### ARTÍCULOS EN LIBROS COLECTIVOS

- AID, Matthew M. "'Not So Anonymous': Parting the Veil of Secrecy About the National Security Agency", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- ARMSTRONG, Scott. "The War over Secrecy: Democracy's Most Important Low-Intensity Conflict", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- AUGER, Clemente. "La justicia ante el fenómeno de la corrupción", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (eds.). La Corrupción Política, Alianza Editorial, Madrid 1997.
- AXBERGER, Hans-Gunnar. "Freedom of the Press in Sweden", COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- BALDINI, Enzo. "Botero et Lucinge: Les racines de la Raison d'Etat" en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994.
- BAUER, Jan. "Press Law in Canadá", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- BELLE, Douglas A. Van. "Press Freedom and Peace. Theory and Findings", en FINEL, Bernard I.; LORD, Kristin M. Power and Conflict in the Age of Transparency, Ed. Palgrave, New York 2000.
- BERKI, R.N. Voz: "Razón de Estado", tomado de BOGDANOR, Vernon. Enciclopedia de las instituciones políticas, versión española de: Jesús Alborés, Ana Balbás, Guillermo Gutiérrez la Rubia, José Antonio Pérez Rey, Marta Sansigre, Montserrat Tiana, Belén Urrutia, Revisión técnica de: Santiago Sánchez González, Alianza Ed., Diccionarios, Madrid 1991.
- BOVINO, Alberto; MAIER, Julio P. "Secreto de Estado en Guatemala: La forma secreta de afectación a las garantías ciudadanas", en GARRIDO,

- Ariel (Comp.). Secreto de Estado, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999.
- BRENNAN, William J. Jr. "The American Experience: Free Speech and National Security", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991.
- CLIFFE, Lionel. "Explanatios: Deception in the US Political System", en CLIFFE, Lionel; RAMSAY, Maureen; BARTLETT, Dave. The Politics of Lying. Implications for Democracy, Ed. St. Martin's Press, Inc., New York 2000.
- COLIVER, Sandra. "Comparative analysis of press law in European and other democracies", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- CONSTANT, Benjamín. "De la libertad de los antiguos comparada con la de los modernos (Discurso pronunciado en el Ateneo de París)", en Constant, B. Del espíritu de conquista, Ed. Tecnos, Traducción de M. Magdalena Truyol Wintrich y Marcial Antonio López, Madrid 1988.
- CHARNS, Alexander; GREEN, Paul M. "Playing the Information Game: How It Took Thirteen Years and Two Lawsuits to Get J. Edgar Hoover's Secret Supreme Court Sex Files", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998
- CHEH, Mary. "Spies, Leakers, Whistle-blowers, and Bunglers: Real and Imagined Threats to National Security", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance and Accountability in a Democratic Society, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué.) 1989.
- CHRÉTIEN-GONI, Jean-Pierre. "Institutio arcanæ: théorie de l'institution du secret et fondement de la Politiques", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Eds) Le pouvoir de la raison d'Etat, Presses Universitaires de France (PUF), Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- DE LUCAS, Javier. "Estudio Preliminar", en Castillón; Becker; Condorcet. ¿Es conveniente engañar al pueblo? (Política y Filosofía en la Ilustración: El concurso de 1778 de la Real Academia de Ciencias de Berlín), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Edición crítica, traducción, notas y estudio preliminar por Javier de Lucas, Madrid 1991.
- DE LUCAS, Javier. "Maquiavelismo y Tacitismo en el Barroco Español: El Secreto y la Mentira como instrumentos de la razón de Estado", en Estudios en recuerdo de la Profesora Sylvia Romeu Alfaro, Tomo II, Universidad de Valencia, 1989.

- DEMPSEY, James X. "The CIA and Secrecy", THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- DOEHRING, Karl. "Estado Social, Estado de Derecho y Orden Democrático", en Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. El Estado Social, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Traducción de José Puente Egido, Col. <Estudios Constitucionales>, Madrid 1986.
- ERRERA, Roger. "France: National Security, Secret-Défense, and Freedom of Expression", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- ERRERA, Roger. "Press Law in France", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- EVATT, Elizabeth. "The International Covenant on Civil and Political Rights: Freedom of Expression and State Security", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- FERRAJOLI, Luigi. "El Estado Constitucional de Derecho hoy: el modelo y su divergencia de la realidad", Traducción de Perfecto Andrés Ibañez, en Ibañez, P.A. (Ed.) Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción), Ed. Trotta, Madrid 1996.
- FORSTHOFF, Ernst. "Problemas constitucionales del Estado Social", en Abendroth, W., Forsthoff, E., Doehring, K. El Estado Social, Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Traducción de José Puente Egido, Col. <Estudios Constitucionales>, Madrid 1986.
- FOUCAULT, Michel. "La gubernamentalidad", en Robert Castels, Jaques Donzelot, Michel Foucault, Jean-Paul de Gaudemar, Claude Grignon, Francine Muel. Espacios de Poder, Ed. La Piqueta y Ed. Endymion, Traducción de Julia Varela y Fernando Álvarez-Uría, Col. Genealogía del poder, 2a. ed., Madrid 1991.
- FOUCAULT, Michel. "Omnes et singulatim: Hacia una crítica de la <razón política>", en Tecnologías del yo (Y otros textos afines), Paidós e Instituto de Ciencias de la Educación de la Universidad Autónoma de Barcelona, Traducción de Mercedes Allendesalazar, Barcelona 1996 (3a reimpresión).
- FRIHAGEN, Arvid. "Norway", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979.

- GARCÍA Pelayo, Manuel. "Sobre las razones históricas de la Razón de Estado", en Obras Completas (Volumen II), Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid 1991.
- GARCÍA Pino, Gonzalo. "La defensa nacional y las Fuerzas Armadas", en Christian Toloza y Eugenio Lahera (eds.). Chile de los noventa, Ed. Presidencia de la República y Dolmen Ediciones, Santiago 1998.
- GARRIDO, Ariel. "Prólogo", en GARRIDO, Ariel (Comp.). Secreto de Estado, Fundación Myrna Mack, Guatemala 1999.
- GARZÓN Valdés, Ernesto. "Acerca del concepto de corrupción", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (Eds.). La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid 1997.
- GAIVSON, Ruth. "Atomic Secrets and Free Speech", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991.
- GIBBONS, David W. "Criminal Justice, National Security, And The Rights of the Accused", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance and Accountability in a Democratic Society, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué.) 1989.
- GIMBERNAT Ordeig, Enrique. "Estado de Derecho y Estado de Desecho", en Enrique Gimbernat Ordeig. Estudios de Derecho Penal, Ed. Tecnos, Madrid 1990, 3a ed.
- GLEBITSCH, Nils Petter. "Freedom of Expression, Freedom of Information, and National Security: The Case of Norway", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- GÓMEZ Benítez, José Manuel. "Prólogo", en OTERO González, Ma del Pilar. La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales, Ed. Tirant Lo Blanch, Colección Los Delitos, Valencia 2000.
- GÓMEZ Isa, Felipe. "La Declaración Universal de Derechos Humanos: Algunas reflexiones en torno a su génesis y a su contenido", en AA.VV. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar, Ed. Universidad de Deusto, Serie Ayuda Humanitaria: Monografías, vol. 1, Bilbao 1999.
- GREEN, Leslie. "Loyalty to Nation or Loyalty to Government? Loyalty, Security and Democracy", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance and Accountability in a Democratic Society, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué.) 1989.
- GROSSMAN, Lawrence K. "Reflections on Leaks in the United States: The Media Perspectives", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National



Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991, p. 78 y ss.

GUTIÉRREZ, Hernán. "Notas Preliminares", en Settala, Ludovico. La razón de Estado, Ed. FCE, Traducción de Carlo Arienti, Madrid 1988.

HELLER, Agnes. "The Concept of the Political Revisited", en HELD, David. (Ed.) Political Theory Today, Polity Press & Blackwell Publishers, Oxford 1991.

HOFFMAN, Paul; MARTIN, Kate. "Safeguarding Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information: United States of America", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.

HOLBERG, Eric; STJERNQUIST, Nils. "Introduction", en Constitutional Documents on Freedom of Expression (The Freedom of the Press Act and the Fundamental Law on Freedom of Expression), Translation by Ray Bradfield, Ed. The Swedish Riksdag, Stockholm 1994.

HOLM, Eilschou Neils. "Denmark", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979.

HOLSTAD, Sigvard. "Sweden", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. "Introducción", en Ibañez, P.A. (Ed.) Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción), Ed. Trotta, Madrid 1996.

IBAÑEZ, Perfecto Andrés. "Tangentopoli tiene traducción al castellano", en Ibañez, P.A. (Ed.) Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción), Ed. Trotta, Madrid 1996.

JIMÉNEZ de Parga, Manuel. "La corrupción en la Democracia", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (Eds.). La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid 1997.

JIMÉNEZ Sánchez, Fernando. "Posibilidades y límites del escándalo político como una forma de control social", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (Eds.). La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid 1997.

JORION, Edmon. "Belgium", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979.

KANT, Immanuel. "Planteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia lo mejor", en Ideas para una historia

- universal en clave cosmopolita, Ed. Tecnos, Traducción por Concha Roldán Panadero y Roberto Rodríguez Aramayo, Madrid 1987.
- KARPEN, Ulrich. "Freedom of the Press in Germany", en COLIVER, Sandra (Ed.). Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- KARPEN, Ulrich. "Freedom of Expression and National Security: The Experience of Germany", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- KRSTICEVIC, Viviana; VIVANCO, José Miguel; MÉNDEZ, Juan; PORTER, Drew. "The Inter-American System of Human Rights Protection: Freedom of Expression, "National Security Doctrines" and the Transition to Elected Governments", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- LAPORTA, Francisco. "La corrupción política: Introducción general", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (Eds.). La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid 1997.
- LAZZERI, Christian; REYNIÉ, Dominique. "Introduction", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: Politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- LENTHE, Francine van; BOEREFIJN, Ineke. "Press Law in the Netherlands", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- LÓPEZ Calera, Nicolás María. "Corrupción, Ética y Democracia. Nueve Tesis sobre la Corrupción Política", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (Eds.). La corrupción política, Alianza Editorial, Madrid 1997.
- LUSTGARTEN Laurence. "Freedom of Expression, Dissent, and National Security in the United Kingdom", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- MAHONEY, Paul; EARLY, Lawrence. "Freedom of Expression and National Security: Judicial and Policy Approaches under the European Convention on Human Rights and other Council of Europe Instruments", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access

- to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- MALEM Seña, Jorge F. "El fenómeno de la corrupción", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (eds). La Corrupción Política, Alianza Editorial, Madrid 1997.
- MILLER, Page Putnam. "We Can't Read Our Own Mail: Access to the Records of the Department of State", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- MODEEN, Tore. "Finlandia", ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979, p. 52 y ss.
- NELSON, Anna Kasten. "The John F. Kennedy Assassination Records Review Board", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- NICOL, Andrew, Q.C. "The European Union: National Security Restrictions, Human Rights and Information in the Public Interest", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- NICOL, Andrew; BOWMAN, Caroline. "Press Law in the United Kingdom", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- OFFE, Claus; PREUSS, Ulrich K. "Democratic Institutions and Moral Resources", en HELD, David (Ed.). Political Theory Today, Polity Press y Blackwell Publishers, Oxford 1991.
- ORAÁ Oraá, Jaime. "En torno al valor jurídico de la Declaración Universal", en AA.VV. La Declaración Universal de Derechos Humanos en su cincuenta aniversario. Un estudio interdisciplinar, Ed. Universidad de Deusto, Serie Ayuda Humanitaria: Monografías, vol. 1, Bilbao 1999.
- PASQUINO, Pasquale. "Police spirituelle et Police terriene. Reinkingk, D. et Seckendorff", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Eds.) La raison d'état: Politique et rationalité, PUF, Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- PEÑA Echeverría, Javier. "Estudio Preliminar", en La razón de Estado en España. Siglos XVI-XVII (Antología de Textos), Selección y Edición de Jesús Castillo Vegas, Enrique Marcano Buenaga, Javier Peña Echeverría y Modesto Santos López, Ed. Tecnos, Madrid 1998.
- PÉREZ-PRENDES, José M. "Estudio Preliminar", en Corpus Hispanorum de Pace, De Regia Potestate o Derecho de Autodeterminación, Volumen VIII, Editado bajo la dirección de Luciano Pereña, Madrid 1984.

- PISTONE, Sergio. Voz: "Razón de Estado", en Diccionario de Política, Vol. 2 (L-Z), dirigido por Norberto Bobbio y Nicola Matteucci, redacción en español por José Aricó y Jorge Tula, Ed. Siglo XXI, 2a ed., Madrid 1983.
- POST, Gaines. "Ratio publicae utilitatis, ratio status et <raison d'Etat>: 1100-1300", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Eds) Le pouvoir de la raison d'Etat, Presses Universitaires de France (PUF), Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- POWERS, Richard Gid. "Introduction", en MOYNIHAN, Daniel Patrick. Secrecy. The American Experience, Ed. Yale University Press, New Haven-London 1998.
- RAMSAY, Maureen. "Democratic Dirty Hands", en CLIFFE, Lionel; RAMSAY, Maureen; BARTLETT, Dave. The Politics of Lying. Implications for Democracy, Ed. St. Martin's Press, Inc., New York 2000.
- RAMSAY, Maureen. "Justifications for Lying in Politics", en CLIFFE, Lionel; RAMSAY, Maureen; BARTLETT, Dave. The Politics of Lying. Implications for Democracy, Ed. St. Martin's Press, Inc., New York 2000.
- REYNIÉ, Dominique. "Le regard souverain. Statistique sociale et raison d'Etat du XVIe au XVIIIe siècle", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: Politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- RODRIGUEZ Ruiz, Blanca. "Freedom of the Press in Spain", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- ROHAN, Henri de. "Del Interés de los Príncipes y Estados de la Cristiandad", en PÈRE, Joseph; ROHAN, Enrique de. Del Interés de los Estados, traducción de Primitivo Mariño y María Isabel Hernández, Ed. Tecnos, Col. Clásicos del Pensamiento, Madrid 1988.
- ROWAT, Donald C. "Comparative Survey", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979.
- ROWAT, Donald C. "Introduction", en ROWAT, Donald C. (Ed.) Administrative Secrecy in Developed Countries, Columbia University Press, New York 1979.
- SÁNCHEZ Morón, Miguel. "La corrupción y los problemas del control de las administraciones", en Laporta, F.J.; Álvarez, S. (eds). La Corrupción Política, Alianza Editorial, Madrid 1997.
- SÉGLARD, Dominique. "Foucault et le problème du gouvernement", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: Politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, Paris 1992.

- SENEILLART, Michel. "La raison d'Etat antimachiavélienne", en Lazzeri, Ch.; Reynié, D. (Editores). La raison d'Etat: Politique et rationalité, Presses Universitaires de France, Collection Recherches Politiques, Paris 1992.
- SHETREET, Shimon. "Preface", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991.
- SOFAER, Abraham D. "National Security and Leaks: the Government's Authority to Discipline Itself", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991.
- STOLLEIS, Michael. "L'idée de la raison d'Etat de Friedrich Meinecke et la recherche actuelle", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994.
- STROSSEN, Nadine. "Press Law in the United States", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.
- SWAN, Kenneth P. "Whistle-Blowing and National Security", en HANKS, Peter; McCAMUS, John D. (Eds.). National Security: Surveillance and Accountability in a Democratic Society, Ed. Les Éditions Yvon Blais Inc., Cowansville (Qué.) 1989.
- THEOHARIS, Athan G. "Introduction", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- THEOHARIS, Athan G. "The Freedom of Information Act Versus the FBI", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.
- VASOLI, Cesare. "Machiavel inventeur de la raison d'Etat?", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994.
- WELCH, Claude E. Jr. "The African Charter and Freedom of Expression in Africa", en COLIVER, Sandra; HOFFMAN, Paul; FITZPATRICK, Joan; BOWEN, Stephen. Secrecy and Liberty: National Security, Freedom of Expression and Access to Information, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Law International, The Hague 1999.
- WIENER, Jon. "'National Security' and Freedom of Information: The John Lennon FBI Files", en THEOHARIS, Athan G. (Ed.) A culture of secrecy, Ed. University Press of Kansas, Kansas 1998.

WOLLAND, Steingrim. "Press Law in Norway", en COLIVER, Sandra. (Ed.) Press Law and Practice (A comparative study of press freedom in European and other democracies), Ed. Article 19 (International Centre against Censorship), Londres 1993.

ZANCHETA, Pier Luigi. "Tangentopoli entre perspectivas políticas y soluciones judiciales", traducción de Perfecto Andrés Ibañez, en Ibañez, P.A. (Ed.) Corrupción y Estado de Derecho (El papel de la jurisdicción), Ed. Trotta, Madrid 1996.

ZARCA, Charles Yves. "Raison d'Etat et figure du prince chez Botero" en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994.

ZARCA, Yves Charles. "Introduction: Philosophie politique et raison d'Etat", en Charles Yves Zarka (Director). Raison et Déraison d'État. Théoriciens et théories de la raison d'Etat aux XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, Ed. Presses Universitaires de France, Col. Fondements de la politique, Paris 1994.

ZELLICK, Graham. "Spies, Subversives, Terrorists and the British Government: Free Speech and Other Casualties", en SHETREET, Shimon. Free Speech and National Security, Ed. Martinus Nijhoff Publishers-Kluwer Academic Publishers, Dordrecht/Boston/London 1991.

### INSTRUMENTOS JURÍDICOS

Canadá: *Act to extend the present laws of Canadá that provide access to information under the control of the Government of Canadá* (en adelante nos referiremos a ella como la "*Ley de Acceso a la Información Canadiense*").

Carta de la Organización de las Naciones Unidas. Tomada de <http://www.un.org/>

Corte I.D.H., *La expresión "Leyes" en el Artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva O.C 6/86 del 9 de mayo de 1986, Serie A No. 6.

Dinamarca. *The Danish Access to Public Administration Files Act* o *Act No. 572 de 19 de diciembre de 1985, reformada en 1991* (en adelante la "*Ley Danesa de Acceso a los Archivos Públicos*").

España: *Ley 9/1968, de 5 de abril, modificada por Ley 48/1978, del 7 de octubre* así como el *Reglamento de la Ley de Secretos Oficiales*.

Estados Unidos. Orden Ejecutiva 12958 del 17 de abril de 1995 sobre la Información clasificada en materia de seguridad nacional, expedida por el Presidente Clinton (*Executive Order 12958 of April 17, 1995 on Classified National Security Information*, en adelante la "*Orden Ejecutiva 12958*").

- Finlandia: *Ley sobre la Apertura de las Actividades Gubernamentales de Finlandia.*
- Francia. *Ley 2000-321 del 12 de abril de 2000, que modifica y consolida la Ley n° 78-753 del 17 de julio de 1978 y la Ley n° 79-587 del 11 de julio de 1979.*
- Holanda. *Ley de 31 de octubre de 1991 que contiene las reglas de acceso del público a la información gubernamental.*
- Irlanda. *Act to enable members of the public to obtain access, to the greatest extent possible consistent with the public interest and the right to privacy, to information in the possession of public bodies and to enable persons to have personal information relating to them in the possession of such bodies corrected and, accordingly, to provide for a right of access to records held by such bodies, for necessary exceptions to that right and for assistance to persons to enable them to exercise it, to provide for the independent review both of decisions of such bodies relating to that right and of the operation of this act generally (including the proceedings of such bodies pursuant to this Act) and, for those purposes, to provide for the establishment of the Office of Information Commissioner and to define its functions, to provide for the publication by such bodies of certain information about them relevant to the purposes of this Act, to amend the Official Secrets Act, 1963, and to provide for related matters [21<sup>st</sup> April, 1997]*
- Italia. *Ley 241 del 7 de agosto de 1990, en particular el Capítulo V sobre Acceso a los Documentos Administrativos.*
- Italia. *Rules governing the arrangements for the exercise and for cases of denial of the right to access to administrative documents, in implementation of Article 24.2 of Law No. 241 of 7 August 1990 enacting new rules in the matter of administrative procedures and right of access to administrative documents (Decree of the Presidente of the Republic No. 352, 27 June 1992, Published in Gazzetta Ufficiale No. 177, 29 July 1992).*
- Noruega. *Act No. 69 of 19 June 1970 concerning Public Access to Documents in the Public Administration as subsequently amended by Act No. 47 of 11 June 1982 and Act No. 86 of 17 December 1982.*
- Portugal. *Ley No. 65/93 del 26 de Agosto.*
- Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte. *Act to make provision for the disclosure of information held by public authorities or by persons providing services for them and to amend the Data Protection Act 1998 and the Public Records Act 1958; and for connected purposes. [30<sup>th</sup> November 2000].*
- Suecia. *The Freedom of the Press Act de 1766 y la Secrecy Act 1980.*

**DOCUMENTOS DE ORGANISMOS GUBERNAMENTALES Y NO GUBERNAMENTALES**

- AMNESTY INTERNATIONAL. Latin America. Crime Without Punishment: Impunity in Latin America. Report AMR 01/08/96. November 1996. Fuente: <http://www.amnesty.org//ailib/aipub/1996/AMR/20100896.htm>
- ARTICLE 19. No Comment. Censorship, secrecy and the Irish Troubles, Ed. Article 19, London 1989.
- ARTICLE 19. The Johannesburg Principles on National Security, Freedom of Expression and Access to Information, en Human Rights Quarterly, Volumen 20, número 1, año 1988.
- ARZOBISPADO DE GUATEMALA - OFICINA DE DERECHOS HUMANOS.. Guatemala: Nunca Más (Versión Reducida), Ed. Proyecto Interdiocesano Recuperación de la Memoria Histórica (REHMH), Guatemala 6 de junio de 1998.
- BANISAR, David. Freedom of Information Around the World Update 2002, Tomado de: <http://www.privacyinternational.org/issues/foia/intl-foia-update-202.pdf>; consultado el 9 de mayo de 2002.
- COMMITTEE ON GOVERNMENT REFORM. First Report: A citizen's guide on using the Freedom of Information Act and the Privacy Act of 1974 to request government records, U.S. Government Printing Office, Washington 1999.
- CSCE, OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS. CSCE Human Dimension Seminar on Free Media Consolidated Summary, Warsaw, 2-5 November 1993, fuente página internet: <http://www.odhr.org/docs/media-93.htm>
- HAGMEYER-GAVERUS, Gerd. Information needs and database use in the field of International Relations and Security, en página internet del **Stockholm International Peace Research Institute (SIPRI)**.
- HUMAN RIGHTS WATCH. Freedom of Expression in the United Kingdom, USA 1991.
- HUME, Ellen. Resource Journalism: A Model for New Media, en página internet <http://media-in-transition.mit.edu/conferecnes/democracy/hume.htm>
- INSTITUTO DE ESTUDIOS ESTRATÉGICOS ESPAÑOL. Cedesen. Documento base sobre Defensa de la Comunidad, Seminario de la Comunidad en la Defensa de enero 1976, en BLANCO Ande, Joaquín. Defensa Nacional y Fuerzas Armadas, Ed. Dykinson, Madrid 1987.
- JOINET, M. La Administración de la Justicia y los Derechos Humanos de los Detenidos. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Informe presentado a la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las



Naciones Unidas, 2 de octubre de 1997. Documento:  
E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

PARLAMENTO EUROPEO. Evaluación de las Tecnologías de Control Político (Estudio Provisional. Resumen Ejecutivo actualizado, preparado como documento de base para el periodo parcial de sesiones de septiembre de 1998), Documento: PE 166.499/Int.St/Exec.Sum./es; fuente página internet: [http://www.europarl.eu...bli/166499\(execsum.htm](http://www.europarl.eu...bli/166499(execsum.htm)

REGERINGKANSLIET (Ministerio Sueco de Justicia). Public Access to Information and Secrecy with Swedish Authorities (Information concerning secrecy legislation, etc.), (sin ciudad), año 2000.