

Funcionarios policiales y secretos oficiales: ¿tienen obligación legal de declarar como testigos ante el juez por el conocimiento que tengan de materias clasificadas por razón de su cargo?

Ángel Luis Alonso de Antonio

Abogado del ICAM

Resumen

La Ley de Enjuiciamiento Criminal permite no declarar como testigos a los funcionarios públicos cuando no puedan hacerlo sin violar el secreto que están obligados a guardar por razón de su cargo, circunstancia aplicable a los funcionarios policiales cuando se les pide declarar sobre materias clasificadas en aplicación de la Ley de Secretos Oficiales.

Palabras clave

Secreto oficial, Materias clasificadas, Deber de declarar ante el juez, Delito de desobediencia.

Abstract

Spanish Criminal Procedure Act allows public officials not to testify as witnesses when they cannot do so without violating the secrecy they are obliged to keep by reason of their position, a circumstance applicable to police officers when they are asked to testify on classified matters in application of the Spanish Official Secrets Act.

Keywords

Official secret, Classified information, Duty to testify as witness before the judge, Contempt of court by refusing to testify.

I. Introducción

Los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado están sujetos a un riguroso sistema de sometimiento a la ley que incluye su deber de respetar la confidencialidad de los asuntos que conozcan por razón de su labor y, por ello, de no revelar aquellos datos que estén amparados por la Ley 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales (LSO).

El concepto *secreto oficial* es la clave de este estudio, al ser una realidad intrínsecamente vinculada a la existencia misma del Estado porque con aquel se garantiza su subsistencia. El Estado debe conservar su existencia y ello implica que en ciertos momentos y con relación a determinadas realidades se puede, incluso se debe, excepcionar la regla general que es la *publicidad* de las actuaciones públicas. El problema estriba en determinar con precisión cuándo estamos ante una realidad que merece esa calificación, en qué momento, en definitiva, las autoridades competentes deben clasificar algo como *secreto oficial*.

En el plano del Derecho positivo, “a los efectos de esta Ley podrán ser declaradas `materias clasificadas´ los asuntos, actos, documentos, informaciones, datos y objetos cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado” (art. 2 LSO). Con un afán meramente descriptivo, podemos decir que por *secreto oficial* hay que entender toda aquella realidad, con independencia de su materialización orgánica, la manera de presentación *ad extra*, la repercusión y trascendencia que implique para el conjunto de la sociedad española o la modalidad tecnológica en la que se recoja, cuyo conocimiento general y su eventual utilización por terceros puede poner en peligro la seguridad nacional y por ello mismo la subsistencia del Estado. Partiendo de esta definición, en consecuencia, su protección general es un deber de los poderes públicos y la existencia de una legislación sobre el particular no puede obviarse y menos desconocerse hasta vaciarla de contenido pues su objeto será todo aquello que materialmente sea de interés para la seguridad del Estado y el bien jurídico protegido será precisamente el mantenimiento del propio Estado.

II. Deber de secreto y constitución

En el tema de análisis hay implicaciones constitucionales. Al respecto, Otero González sostiene que “el mantenimiento del secreto profesional puede suponer la privación de una prueba y, en consecuencia, causar indefensión ... la negativa a declarar puede equivaler a una efectiva denegación de la justicia ... el deber de declarar adquiere así, relevancia constitucional en función del interés de la Justicia, al que sirve”. En una referencia genérica, y por lo que hace a los derechos fundamentales, es necesario aludir al artículo 24.2, cuando dispone 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 artículo 105.b) relativo a la regulación por ley del acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, así como el artículo 118 que

¹ Otero González, M.^a del Pilar, *La revelación del secreto de Estado en los procedimientos penales*, tirant lo blanc “colección los delitos” 26, 2000, pág. 21.

establece la obligación de prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso de un proceso y en la ejecución de lo resuelto.

A la vista de lo apuntado podría plantearse si existe un deber constitucional de aportar medios de prueba, teniendo en cuenta que una cosa es la obligación general de declarar en el proceso penal y otra, en particular, la exención de hacerlo por determinadas causas, en el caso que nos ocupa por razón de *secreto oficial*, luego todas las consideraciones que se puedan hacer globalmente sobre la obligación de los testigos de declarar en un proceso penal no son aplicables en este tema ya que la propia CE lo exceptúa expresamente (art. 24.2) y por ello Sendín Mateos reconoce que “los secretos de Estado pueden suponer un límite a la pretensión de conocer la verdad de los hechos a través del proceso, que tanto preocupa a los epistemólogos. La presencia de un secreto puede ocasionar que en un proceso el valor epistémico de la verdad sea derrotado por otros valores no epistémicos, como la seguridad nacional y la defensa. En los procesos penales esta situación puede darse tanto en la práctica de las pruebas testificales como de las pruebas documentales”².

A mayor abundamiento, la posible falta de pruebas no es imputable en modo alguno al agente que guarda silencio sobre las materias clasificadas sobre las que se le pregunta. Este solo está cumpliendo con su deber amparado por la legislación. En consecuencia, lo que debe hacer el juez implicado en el proceso es dirigirse a las autoridades competentes para solicitar la oportuna desclasificación de las materias al efecto y, en caso de una respuesta no satisfactoria, emplear, si los hubiere, los mecanismos que en Derecho procedan, sin olvidar que cabe la posibilidad de que terceros a ese proceso acudan también a los tribunales en demanda de protección a sus derechos y ello puede significar que se ordene judicialmente la desclasificación de este tipo de materias, como sucedió con las tres sentencias del Tribunal Supremo de 4 de 1997 (casos Oñederra, Urigoitia, Lasa y Zabala) sobre los llamados *papeles del CESID*, a las que es preciso referirse más adelante.

III. Concreción del secreto. Publicidad vs. secreto

La regla general es la publicidad en la actuación del sector público, especialmente en los sistemas de democracia representativa, principio recogido en el artículo 105.b CE, aunque con las excepciones de la seguridad y la defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. Es decir, ello permite llegar a la conclusión de Díez-Picazo de que “el secreto de Estado no está prohibido por la Constitución”³ y por ello se puede asumir la tesis de Sendín Mateos de que “no hay, por tanto, ninguna razón para pensar que los secretos de Estado son incompatibles con la política democrática y que no hay lugar para ellos en un Estado constitucional”⁴. En este sentido, se ha escrito “que lo que resulta incompatible con la democracia no es que haya secretos, sino que estos escapen a la ley, de forma que el poder tenga ámbitos en los que no sea responsable. En este sentido, el Poder Judicial se ve desprovisto de la instrumentación adecuada para controlar el uso

² Sendín Mateos, José Antonio, “Secreto de Estado”, en *Eunomía. Revista de Cultura de la Legalidad*, N.º 18, abril 2002-septiembre 2020, pág. 269.

³ Díez-Picazo, Luis María, *Sobre secretos oficiales*, Cuadernos Civitas, 1998, pág. 31.

⁴ Sendín Mateos, José Antonio, “Secreto de Estado”, *op. cit.*, pág. 259.

que el Ejecutivo haga de los secretos de Estado”⁵. Palabras como estas, sin matizaciones, llevan a conclusiones precipitadas y por tanto inadecuadas. En el caso concreto de la seguridad y defensa del Estado dice el Tribunal Supremo que “solamente puede moverse en las zonas más altas y sensibles, atinentes a la permanencia del orden constitucional, entendido este como un todo regulador y definidor de las sustanciales formas políticas y jurídicas de convivencia ciudadana en el ámbito nacional español, frente a quienes por medios violentos pretender atentar contra su subsistencia, mediante ataques a su seguridad interior o exterior” (STS 2359/1997, de 4 de abril. FD Séptimo. Caso Urigoitia). Ya que la citada autora señala que la búsqueda de este equilibrio debe enmarcarse en el ámbito constitucional, es obligado referirse al artículo 106.1: “los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de esta a los fines que la justifican”. La idea señalada por Otero González era cierta antes de la aprobación de la Constitución y de la reforma de la LSO en 1978, pues su redacción en 1968 establecía una omnipotencia del ejecutivo en esta materia excluyendo cualquier tipo de control, parlamentario o judicial, de las decisiones del ejecutivo de clasificar las materias en aplicación de la LSO. Esa situación empieza a cambiar con la citada reforma de 1978 en vísperas de la aprobación del texto constitucional y se consolida con la vigencia de la Constitución de 1978.

En efecto, la vieja idea de la ausencia absoluta de cualquier control respecto de la actuación del Gobierno ha dado paso al sometimiento de esta a la Constitución y por ello la declaración de una materia como clasificada es una decisión de Gobierno revisable en vía jurisdiccional, básicamente por dos razones, primero por vicios de procedimiento en la tramitación administrativa que conduzca a la declaración como materia clasificada y, en segundo lugar, cuando haya derechos de terceros implicados y que pueden verse vulnerados por la clasificación de una materia o la negativa a desclasificarla. Por ello, esta cuestión ha de ponerse en relación con los derechos que la Constitución establece, en concreto con la tutela judicial efectiva del artículo 24 y en consecuencia tampoco es compartible la opinión de que “*de lege ferenda*, la solución ideal al conflicto es plantear cuestión de inconstitucionalidad de la LSO en la medida en que impide maniobrar al Poder Judicial para ejercer el control sobre el uso que el Ejecutivo haga del Secreto de Estado”⁶, idea esa del planteamiento de la cuestión de inconstitucionalidad que es compartida por González Cussac⁷. No asumimos tal propuesta. Incluso, esa afirmación es inadecuada. De suyo, la afirmación *de lege ferenda* se refiere a la regulación de un asunto en una hipotética y futura reforma legislativa. En su virtud, la expresión citada es inadecuada porque el recto entendimiento de la figura de la *cuestión de inconstitucionalidad* es la colaboración que presta el Poder Judicial al Tribunal Constitucional en su labor de intérprete supremo de la Constitución y en concreto como garante de la constitucionalidad de las leyes y normas con rango o valor de ley, precisamente mediante la presentación de una cuestión de inconstitucionalidad en los términos del artículo 163 CE. Por otra parte, la utilización del

⁵ Otero González, M.^a del Pilar, *op. cit.*, pág. 16.

⁶ *Ibidem*, pág. 17.

⁷ González Cussac, José L., “El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación”, en *Revista Penal México*, núm. 5, septiembre de 2013-febrero 2014, pág. 50.

término “maniobrar” en este orden parece poco afortunada porque puede tener un sentido negativo que en nada se corresponde a la labor de los jueces, a saber, juzgar y ejecutar lo juzgado, cometido que debe llevarse a cabo con absoluta limpieza, claridad, honestidad y transparencia, algo que no siempre puede predicarse del término *maniobrar* que puede ser interpretado como algo clandestino, oculto, hecho con la intención de no mostrar las verdaderas intenciones.

Lo cierto es la obligación de utilizar con suma prudencia la potestad de considerar una materia como clasificada en las dos categorías de secreto y reservado en aplicación de la LSO. La clasificación solo debe proceder cuando realmente pueda peligrar la seguridad del Estado⁸, sin poder atenerse a cualquier otra consideración ni pretender la defensa de intereses distintos. Por ello, a modo de ejemplo, la STS 2359/1997, de 4 de abril (Caso Urigoitia), señala que “la seguridad que la Ley de Secretos Oficiales trata de preservar es la del Estado, y no la de sus autoridades o funcionarios, que personalmente puedan resultar relacionados con una causa penal” (FD Undécimo). La conclusión es clara, a saber, la mala praxis gubernativa, los posibles excesos, no pueden cobijarse bajo el manto de los secretos oficiales que, por lo mismo, son incompatibles con las arbitrariedades, abusos y actos inconfesables

IV. Cobertura legal del silencio del agente policial

La fundamental cobertura legal que ampara en este caso el silencio del agente que comparece como testigo es el artículo 417.2.º.1.ª LECrim por el que no podrán ser obligados a declarar como testigos “los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, cuando no pudieran 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”, y su justificación se encuentra en que “la razón del apartado primero estriba en el hecho de que hay contenidos informativos cuya divulgación puede lesionar otros bienes jurídicos, y, en base al contenido mismo de esa información se limita la facultad de informar y, en este caso, se exceptiona el deber de declarar en el proceso penal”⁹, aunque con anterioridad se haya calificado la normativa que permite esa postura de “simplista y, de modo especial, incompleta”¹⁰.

En efecto, el legislador puede establecer excepciones a la norma general sin vulnerar principios constitucionales, de manera especial el artículo 14 CE que señala la igualdad de los españoles ante la ley. Ahora bien, según el Tribunal Constitucional la igualdad

⁸ De “aquellas cuestiones cuyo conocimiento por personas no autorizadas pueda dañar la Seguridad y la Defensa del Estado” hablan Díaz Matey, Gustavo y Cremades Guisado, Álvaro, “Secretos oficiales en España: el dilema en España entre transparencia y seguridad nacional” en *Gladius et Scientia Revista de Estudios de Seguridad del CESEG*, n.º 1, 2019, pág. 23. Sendín Mateo, en el mismo sentido, se refiere a la LSO y su Reglamento de desarrollo, aprobado por Decreto 242/1969, de 20 de febrero, que “justifican que ciertas materias se puedan clasificar, de modo que se prohíba el libre acceso a las mismas, cuando su conocimiento pueda poner en grave riesgo los intereses fundamentales de la Nación y supongan una amenaza para la defensa nacional, la paz exterior y el orden constitucional”, Sendín Mateos, José Antonio, “Secreto de Estado”, *op. cit.*, pág. 260.

⁹ Otero González, M.ª del Pilar, *op. cit.*, pág. 25.

¹⁰ *Ibidem*, pág. 21.

formal ante la ley “no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, de manera que no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan solo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que exista una justificación objetiva y razonable para ello” (STC 22/1981, de 2 de julio. FJ 3). Por tanto, la igualdad formal ante la ley *ex art. 14 CE* es compatible con diferenciaciones singulares siempre que concurren los requisitos que señala el Tribunal Constitucional, esto es, “en primer lugar, que las singularizaciones y diferenciaciones normativas respondan a un fin constitucionalmente válido para la singularización misma; en segundo lugar, requiere que exista coherencia entre las medidas adoptadas y el fin perseguido y, especialmente, que la delimitación concreta del grupo o categoría así diferenciada se articule en términos adecuados a dicha finalidad y, por fin, que las medidas concretas o, mejor, sus consecuencias jurídicas sean proporcionadas al referido fin” [STC 158/1993, de 6 de mayo. FJ 2.b)]. En consecuencia, la pregunta es si tiene razón de ser el artículo 417.2.º LECrim en un ordenamiento jurídico como el español que presta una atención prioritaria a las garantías de los derechos fundamentales. De partida hay que señalar que en este orden hay una dialéctica *secreto vs tutela judicial efectiva* pero también hay que puntualizar que ese pulso no siempre se tiene que decantar en favor del derecho a la tutela judicial efectiva, que es limitado, como tiene reconocido el Tribunal Constitucional para todos los derechos con carácter general desde su STC 11/1981, de 8 de abril, con la salvedad del carácter absoluto del derecho a no ser sometido a tortura o a penas o tratos inhumanos o degradantes (SSTC 40/2010, de 19 de julio. FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre. FJ 2). Por ello no puede aceptarse automáticamente la opinión de Canales Aliende cuando señala que “hoy el secreto y la opacidad en base a la seguridad nacional amenazan también además de forma grave a la intimidad de la ciudadanía y a sus derechos y libertades, existiendo un enfrentamiento a veces entre la primacía de las dos seguridades, la nacional o la ciudadana, priorizándose a veces de forma injustificada y caprichosa la nacional en base a razones no suficientemente justificadas siempre”¹¹. Olvida el autor que la seguridad nacional se vincula a la idea de *nación*, concepto constitucional básico (art. 2 CE), y se relaciona con el sujeto titular de la *soberanía* que constitucionalmente se reconoce al pueblo español (art. 1.2 CE), luego no pueden necesariamente contraponerse esas dos seguridades de las que habla, porque la seguridad de los ciudadanos pasa también por la garantía de la seguridad nacional ya que sin esta los derechos y libertades de los ciudadanos no quedan necesariamente protegidos.

Se trataría de ver por ello la situación concreta en la que se presenta ese dilema y será entonces cuando ha de inclinarse la balanza en un sentido o en otro. Buena prueba de lo que se apunta lo tenemos en la STS 2391/1997, de 4 de abril (Caso Oñederra), en la que después de destacar en el FD Séptimo que el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 CE es un derecho que “ofrece una inicial apariencia de incompatibilidad con la existencia de una parte de la actividad del Gobierno exenta de

¹¹ Canales Aliende, José Manuel, “Notas sobre el debate entre la seguridad nacional y la democracia”, en *Revista Española de la Transparencia*, Núm. 13, Segundo Semestre Julio-diciembre de 2021., pág. 65.

control jurisdiccional, siempre que alguien pueda invocar un derecho o interés legítimo que haya sido lesionado por dicha actividad”, el Tribunal Supremo en el FD Octavo introduce el concepto, no demasiado afortunado, de “conceptos judicialmente asequibles” mediante los cuales el legislador “haya definido ... los límites o requisitos previos a los que deba sujetarse dichos actos de dirección política, en cuyo supuesto los tribunales debemos aceptar el examen de las eventuales extralimitaciones o incumplimiento de los requisitos previos en que el Gobierno hubiera podido incurrir al tomar de la decisión”, refiriéndose a la decisión de negar la desclasificación de materia clasificada cuando hubiere sido compelido a ello, para concluir en ese mismo FD que “en la valoración del mismo –se refiere al derecho a la tutela judicial efectiva– en cuanto se ofrece como contrapunto dialéctico a la prevalencia del principio de la seguridad del Estado en que se funda la actuación impugnada –se refiere a la negativa del Gobierno de desclasificar algunos documentos clasificados en virtud de la LOS– debemos establecer algunas premisas que den firmeza jurídica al camino a seguir, visto que la técnica a aplicar será la de juzgar casuísticamente cuándo dicho principio ha de ceder ante la especial relevancia del derecho a la tutela judicial efectiva”, referencia esta última de capital importancia para el estudio en presencia porque implica de suyo que el derecho a la tutela judicial efectiva no es efectivamente un derecho absoluto que con su sola invocación anule *de facto* e incondicionadamente la operatividad del concepto *secreto oficial*. Bien al contrario, el citado FD confirma la idea de que el Estado tiene no solo el derecho sino el deber de defenderse, una de cuyas manifestaciones es precisamente la declaración de las cuestiones que deben protegerse de una eventual utilización perversa por terceros que puedan poner en peligro la seguridad del Estado o su misma existencia. En este orden, ese derecho-deber del Estado se materializa a nuestro juicio en la obligación del funcionario policial de guardar silencio ante el juez cuando sea requerido a declarar en calidad de testigo precisamente sobre materias clasificadas de las que haya tenido conocimiento por razón de su oficio. Por ello, frente a afirmaciones como la de Queralt de que “la negativa a declarar ante el juez que puede esgrimir un funcionario público (art. 417.2.º LECrim) carece hoy de asidero bastante: contraviene el derecho a la defensa efectiva (art. 24.2 CE) y la obligación de acatar las resoluciones judiciales (art. 118 CE)”¹², entendemos que es más ajustada a Derecho la opinión de Barcelona Llop cuando al referirse a la aplicación de la legislación sobre secretos oficiales dice que “en estos casos, el funcionario no puede revelar informaciones referentes a materias clasificadas en tanto en cuanto lo sean, por lo que si un juez desea acceder a las mismas, deberá instar del órgano competente su desclasificación, momento en el cual el funcionario pierde todo protagonismo en beneficio del Consejo de Ministros que es quien, si decide la desclasificación solicitada, pondrá en manos del juez los documentos pertinentes”¹³.

¹² Queralt Jiménez, Joan J., *Derecho Penal Español. Parte especial, 7.ª Edición revisada y actualizada con las Leyes Orgánicas 1/2015 y 2/2015, de 30 de marzo* (1.ª edición en la Editorial Tirant lo Blanch), 2015, pág. 1207.

¹³ Barcelona Llop, Javier, “los funcionarios de policía y el deber de secreto”, en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, n.º 2, 1998, pp. 216-217.

V. ¿Colisión de deberes?

Después de decir, en la línea que aquí se defiende, que “con apoyo expreso en lo establecido en el art. 24.2 *in fine* de la Constitución y en el art. 417 LECriminal, no existe para el funcionario público obligación de declarar como testigo en ningún proceso sobre los secretos a que haya tenido acceso por razón de su cargo, cuando estas materias hayan sido clasificadas de acuerdo a la legislación vigente”¹⁴, González Cussac plantea de forma innecesaria la hipótesis de que el funcionario opte por declarar aunque no tenga tal obligación y entonces entiende que “nos encontramos ante un caso típico de *colisión de deberes*”, el de guardar secreto y el deber general de “prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso” (art. 118 de la CE y art. 412 del CP), así como el deber de poner en conocimiento de la autoridad los hechos delictivos que conozca, y Moreno Catena y Cortés Domínguez apuntan asimismo que “dicha facultad no supone un impedimento para declarar, puesto que sus titulares pueden válidamente prestar testimonio, con independencia de las repercusiones que tenga su actuación en la medida que infrinjan algún deber jurídico que se les hubiese impuesto, teniendo presente si en el caso concreto puede operar la eximente del estado de necesidad (art. 20.5.º CP)”¹⁵. En el mismo sentido, apunta Otero González que “la problemática de los secretos surge cuando aparecen enfrentados dos deberes: el deber de colaborar con la Justicia y el deber legal de conservar los hechos secretos”¹⁶. En general puede decirse que esos planteamientos doctrinales no son adecuados. Valga como ejemplo el de quienes apuntan que “a veces puede plantearse un conflicto entre el deber de no revelar noticias que tiene el funcionario público y cumplir con el mandato de la autoridad competente”¹⁷ pero luego, para justificar técnicamente sus palabras, en el primer caso apuntan los artículos 417.2 LECrim y 5.5 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, justamente previsiones normativas opuestas a lo que defienden, y, en el segundo caso, el ejemplo que manejan, es decir, la STS de 22 de marzo de 1986 (caso Ballesteros) en realidad es escasamente alegable porque en ella se absolvió al procesado que no contestó a lo que fue requerido por la autoridad judicial.

Ese problema que se plantea es ficticio porque el agente que preste declaración como testigo en un proceso penal sobre este tipo de materias no se encuentra sujeto a ningún dilema jurídico entre prestar declaración sobre lo que se le pregunte y contribuir por ello al esclarecimiento de la verdad material y la necesidad de asegurar la reserva sobre lo que conoce por razón de su cargo o empleo y que, de ser revelado en sede judicial, podría comprometer gravemente una investigación e incluso, lo que es más grave, poner en serio peligro físico a compañeros o terceras personas que hayan podido coadyuvar al éxito de una operación. Quiere decirse con ello que el agente que se encuentre en esa situación

¹⁴ González Cussac, José L., “El secreto de Estado en el proceso penal: entre la denegación de auxilio y el delito de revelación”, en *Revista Penal México*, núm. 5, septiembre de 2013-febrero de 2014, pág. 55.

¹⁵ Moreno Catena, Víctor y Cortés Domínguez, Valentín, *Derecho Procesal Penal*, 8.ª ed., tirant lo blanch, 2017, pág. 446.

¹⁶ Otero González, M.ª Pilar, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁷ Morillas Cueva, Lorenzo (director) et. al., *Sistema de Derecho Penal. Parte Especial*, 4.ª edición, revisada y puesta al día, Dykinson, 2021, pág. 820.

no tiene que optar entre dos deberes jurídicos, declarar o guardar silencio, sino que solo se encuentra vinculado por uno de ellos, mantener el secreto de aquellos casos que conoce por razón de su trabajo. Esto es, el silencio al que viene obligado no lo es por orden jerárquico o simple indicación de jefes o autoridades, sino *ope legis*, es decir, por ministerio de la ley y su obligación por tanto es cumplir con ese deber de secreto. El funcionario se convierte de este modo en un eficaz instrumento del Estado para asegurar su propia defensa mediante la reserva a la que está obligado apelando a la lealtad y disciplina características de los cuerpos jerarquizados y sometidos a particulares normas de actuación. Por ello entendemos, como hace Otero González¹⁸, que “el secreto se constituye así en límite subjetivo del deber de testificar”. El secreto será en todo caso límite objetivo en cuanto realidad que está ahí, y que como tal ha sido entendido, o clasificado por seguir la terminología legal, por quienes en Derecho tienen reconocida la competencia para hacerlo, luego el debate para el agente no lo será entre dos deberes “legales”, pues solo a uno de ellos (“el deber de guardar secreto”) está sometido. Si se quiere, podría entenderse que desde el punto de vista subjetivo del que habla Otero González el agente podría estar sometido al dilema ético de contribuir o no al esclarecimiento de la verdad material y en consecuencia que se pueda llegar a la verdad judicial del tema de que se trate, pero en esta sede no estamos analizando cuestiones morales sino jurídicas.

En realidad, el problema no se presenta desde el punto de vista personal del agente implicado. Por ello, para Otero González, se trataría más bien de “un tema de conflicto y ponderación entre intereses. En este caso, el interés de la prueba procesal, consistente en la búsqueda de la verdad material, que utiliza como instrumento la obligación de denunciar y de declarar, y, de otro lado, el derecho-deber de silencio que impone el secreto profesional, por su vinculación con el derecho a la intimidad del cliente o el deber de secreto que impone la legislación sobre determinadas materias clasificadas, en base a que su revelación puede afectar a la seguridad del Estado”¹⁹. En esta línea, desde el punto de vista constitucional, González Cussac entiende que “cuando se solicita al juez que ordene o avale la revelación de un secreto, la cuestión principal es si la tutela de ese secreto está protegida por la Constitución o, aun siendo legítima, no lo está. En este último supuesto, el juez ha de limitarse a aplicar la ley correspondiente. Pero, en cambio, si el secreto es constitucionalmente relevante, no basta con la aplicación judicial de la ley, sino que la operación clave consistirá en determinar si hay en juego otros valores constitucionales en conflicto, con una significativa importancia del principio de proporcionalidad, que en cualquier caso exige minimizar el sacrificio del valor que deba ceder”²⁰, sin olvidar que según el Tribunal Supremo “la Seguridad Estatal es un valor constitucional” (STS 2359/1997, de 4 de abril, FD Undécimo. Caso Urigoitia). El asunto se reduce a una elección de los órganos de poder que deben decidir legislativamente si el agente debe declarar o no sobre aquellas materias clasificadas que conoce por razón de su trabajo. El Estado tiene que ponderar si el testimonio del agente debe prevalecer sobre su silencio, justificado en la propia defensa del Estado evitando que determinadas informaciones lleguen a terceros con el riesgo de su

¹⁸ Otero González, M.^a del Pilar, *op. cit.*, pág. 19.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 19-20.

²⁰ González Cussac, José L., *op. cit.*, pág. 50.

uso afectando a la propia subsistencia del Estado. La respuesta no debe situarse en el campo jurídico, sino en el político, porque el Derecho tiene dada una clara respuesta, el deber de secreto que se ha querido primar sobre el deber de declarar.

VI. Licitud de la no revelación de secretos oficiales

Otero González plantea el problema del control del Secreto de Estado y en concreto el control judicial, pero lo hace de una forma aparentemente contradictoria porque dice que “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 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”²¹ pero añade luego que “hemos de analizar como siguiente paso, si la norma que obliga a la reserva tiene la suficiente entidad como para justificar la exención del deber de declarar y, en consecuencia, para justificar la exención del deber de colaborar con la justicia”²². Como se viene indicando, es claro el deber del agente policial de no contestar a aquellas cuestiones que se planteen en sede judicial sobre materias clasificadas que conozca por su labor profesional, sin que sea un escollo, como pretende Otero González²³, la utilización del concepto “leyes penales en blanco”, es decir, cuando la tipificación de conductas como delito en el Código Penal (ley orgánica) requiere de la utilización de normas de rango inferior como el caso de la LSO, ley ordinaria y además preconstitucional, sin que ello implique automáticamente que por ese hecho sea inconstitucional y por ello no alegable por los ciudadanos ni aplicable por los órganos judiciales. Además, no puede hablarse en estos temas de “indeterminación del objeto del delito” porque esa indeterminación no lo es tanto. En efecto, el CP habla en su artículo 584 de “información clasificada como reservada o secreta” y en el 598 de “información legalmente calificada como reservada o secreta”. Esto es, el objeto es el mismo que el que recoge la LSO, aunque esta genéricamente habla de materias, entre las que se encuentran obviamente las informaciones. Tampoco puede entenderse, como hace la autora, que las materias declaradas *ope legis* no se hallan clasificadas ni que las conductas típicas resultarán prácticamente impunes. El tema está en resaltar que el legislador lo que hace es no incluir en ningún tipo penal, sino excluir de los mismos, a aquellos funcionarios que no deban revelar en sede judicial aspectos sobre materias clasificadas en virtud de la LSO. Asimismo, no es correcta su afirmación, partiendo de que la clasificación de una materia como reservada o secreta depende del Gobierno, de que será el propio Gobierno “quien determinará cuándo su revelación es constitutiva de delito y cuándo no”²⁴, con manifiesto olvido de que quien constitucional y legalmente tiene la atribución de determinar la existencia o no de un delito es un juez o tribunal, no el poder ejecutivo. Este puede, en efecto, clasificar una materia en virtud de la LSO, pero a partir de ahí será el

²¹ Otero González, M.^a del Pilar, *op. cit.*, pág. 72.

²² *Ibidem*, pág. 73.

²³ *Ibidem*, pp. 73-75.

²⁴ *Ibidem*, pág. 74.

CP y la ley procedimental las que entren en juego porque los jueces pueden valorar la labor del Gobierno en este orden so pretexto de velar por el cumplimiento de las reglas de procedimiento para clasificar las materias y para proteger los derechos fundamentales de terceros sin poder entrar, eso sí, a enjuiciar el fondo del asunto que se sumerge en la discrecionalidad política del Gobierno pero sin que ello signifique un poder absoluto sobre el particular porque el juez puede obligar al ejecutivo a desclasificar o a facilitar al juez una materia clasificada cuando lo necesite para el desarrollo de su función jurisdiccional. No puede confundirse, por ello, el declarar la clasificación con conocer esa materia clasificada, a la que el juez llegará normalmente porque alguien ha solicitado información sobre ella y no le ha sido remitida y en consecuencia ha acudido al juez haciendo valer su derecho.

Esquemáticamente, las razones de la obligación del agente policial de guardar silencio sobre las materias clasificadas de las que conozca por razón de su trabajo serán:

a) Textos legales:

- El ya citado artículo 417.2 LECrim., al que nos remitimos.
- El artículo 20.7 CP, por el que está exento de responsabilidad criminal “el que obre en cumplimiento de un deber o en el ejercicio legítimo de un derecho, oficio o cargo”.
- El artículo 410.2 CP, que excluye la comisión del delito de desobediencia y por tanto de la responsabilidad criminal a “las autoridades o funcionarios por no dar cumplimiento a un mandato que constituya una infracción manifiesta, clara y terminante de un precepto de Ley o de cualquier otra disposición general”, es decir, el artículo 417.2.º.1.ª LECrim/LSO.
- El artículo 5.5 LOFCS por el que los funcionarios policiales “deberán guardar secreto respecto a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. No estarán obligados a revelar las fuentes de información, salvo que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la Ley les impongan actuar de otra manera”.

b) Normas disciplinarias, a saber, el deber de los policías nacionales de “guardar secreto de las materias clasificadas u otras cuya difusión esté prohibida legalmente” [art. 9.f) LO 9/2015, de 28 de julio, de Régimen de Personal de la Policía Nacional], siendo falta disciplinaria muy grave “la publicación o la utilización indebida de secretos oficiales, declarados así con arreglo a la legislación específica en la materia” [art. 7.g) LO 4/2010, de 20 de mayo, del Régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía]. En la Guardia Civil, sus miembros “están sujetos a la legislación general sobre secretos oficiales y materias clasificadas” (art. 19 LO 11/2007, de 22 de octubre, reguladora de los derechos y deberes de los miembros de la Guardia Civil), siendo falta disciplinaria muy grave “la publicación o utilización indebida de secretos oficiales, declarados así con arreglo a la legislación específica en la materia” (art. 7.16 LO 12/2007, de 22 de octubre, del régimen disciplinario de la Guardia Civil).

c) Jurisprudencia:

- El Dictamen de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, de 5 de julio de 1988 en el que se apunta: Pág. 14: “En el Derecho español el legislador ha resuelto dicha cuestión con carácter general: la potestad judicial queda detenida por la invocación del

secreto”; Pág. 15: “El legislador penal y procesal los ha colocado (a los secretos de Estado) por encima de la investigación y la represión de los delitos, por lo que le está negada al juez toda la potestad para comprobar directamente si la invocación es o no abusiva: tampoco puede aquí obligar a violar los secretos solo para comprobar que no ha habido abuso en su invocación”.

– STS 12 marzo 1992 Caso GAL. Su FD 13: Sobre los fondos reservados: “Su regulación viene establecida hoy por las leyes 9/1968, de 5 de abril, sobre secretos oficiales, y 48/1978, de 7 de octubre, modificadora de la anterior, así como también, en la fuerza legal que le corresponda, por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986 que atribuyó el carácter de materia clasificada como secreta a cuanto afecta ‘a la estructura, organización, medios y procedimientos operativos específicos de servicios de información así como sus fuentes y cuantas informaciones o datos puedan revelarlos’. La calificación reservada de determinadas partidas implica a su vez el carácter secreto de las mismas, según se desprende del artículo 1.2 de la Ley de 5 de abril de 1968 antes citada. Parece que entonces quedaría vedada cualquier publicada sobre ellas si el nuevo artículo del Código Penal (Ley Orgánica 9/91) castiga al funcionario público o autoridad que revelare los Secretos o información de que se tengan conocimiento por razón de su oficio o cargos y que no deban ser divulgados”.

– S Tribunal de Conflictos de Jurisdicción de 14 diciembre 1995. En su FD Cuarto, apunta que “es del mismo modo claro que la actuación del Juez y, en términos generales sus poderes de investigación de hechos delictivos, ha de discurrir dentro de los cauces establecidos por las Leyes –artículos 117 de la Constitución y 1.º de la Ley Orgánica del Poder Judicial–. Cuando esas leyes, conforme en el supuesto aquí enjuiciado ocurre, modulan el procedimiento de investigación, introduciendo determinadas exigencias al objeto de tutelar otros intereses o valores que el ordenamiento quiere proteger, o inclusive defiriendo a otras instancias la posibilidad de apreciar la concurrencia de esos intereses –seguridad del Estado, defensa nacional–, como ocurre, y se ha expuesto anteriormente, respecto del Consejo de Ministros y de las ‘materias clasificadas’, es patente que no puede hablarse de creación de espacios de impunidad para ciertos comportamientos delictivos ni de exención para las Administraciones Públicas del deber de denunciar y perseguir los delitos de que tuvieran conocimiento. Lo que hace entonces el ordenamiento no es dejar fuera de la labor investigadora del Juez espacio delictivo alguno, sino únicamente modular restrictivamente la utilización de determinados medios probatorios ... La Ley de Enjuiciamiento Criminal –arts. 416 y 417–, por su parte, consagra la dispensa de declarar para parientes y Abogado del procesado, para ministros religiosos y funcionarios públicos que no pudieran hacerlo sin violar el secreto que estuviesen obligados a guardar, de cuya observancia obviamente, nunca podrían ser dispensados por mera determinación del Juez instructor”.

Según Otero González esta sentencia “consagra una zona de impunidad del Ejecutivo en la medida en que se concede a las autoridades en posesión de informaciones clasificadas un absoluto deber de discreción, que debe primar incluso por encima de la defensa de derechos fundamentales”²⁵, pero ese argumento no es compatible. No se trata de otorgar

²⁵ *Ibidem*, pág. 88.

una zona de impunidad al ejecutivo sino de defender la idea del secreto oficial sin vaciarle de contenido que le hiciera inoperable. Si el *secreto oficial* existe, debe preservarse en la justa medida. Tampoco es cierto, desde la reforma de la LSO de 1978, que la actuación del ejecutivo en este orden no tenga límite alguno ni que haya realidades que no supongan per se una barrera para la acción del ejecutivo. Recuérdense las SSTS en el caso de los papeles del CESID a las que hemos hecho referencia. Cosa distinta es que pueda entenderse que falta un eficaz, y rápido, mecanismo por el cual los jueces pudieran pedir, y obtener del ejecutivo, la desclasificación de las materias que habiendo clasificadas puedan ser de interés para el esclarecimiento de algún hecho que esté residenciado en sede judicial. Pero aquí habría de pedirse un ejercicio de responsabilidad a los integrantes del Poder Judicial para solicitar lo que estrictamente entendieran en Derecho como imprescindible en este tipo de situaciones.

– STS 22 de marzo 1986 (Caso Ballesteros). El procesado fue absuelto de un presunto delito de denegación de auxilio porque entre declarar y proporcionar los nombres de unos confidentes que colaboraban en operaciones contra el terrorismo o guardar silencio optó por lo segundo y el Tribunal Supremo entendió que actuó “en la creencia errónea de que los bienes jurídicos a cuya protección atendía eran superiores y le autorizaban a actuar como lo hizo” [FD 2.C)], en concreto el Tribunal Supremo se refería a que “pueden aceptarse como verosímiles razones de la negativa el riesgo que podía crearles, el desprestigio del mando que dejaba sin protección a sus miembros, la desmoralización y posible desmantelamiento de sus cuadros, las tensiones graves que podían brotar en el seno de las fuerzas de seguridad, y la ventaja que podía reportar a las bandas terroristas” (*ibidem*), por lo que se eliminó el dolo y por tanto faltaba “el elemento de culpabilidad para completar la estructura jurídica del tipo penal” (*ibidem*).

Se discutió si el posible delito era de denegación de auxilio o de desobediencia y, así, Navarro Moreno entiende que “por su diferente fundamento, ambas figuras delictivas guardan entre sí una relación de exclusión”²⁶. Es más, discrepa en el sentido de que esa STS, aunque el fallo fue absolutorio, no debió considerar la conducta del comisario desde el punto de vista del delito de denegación de auxilio sino desde la del presunto delito de desobediencia²⁷.

²⁶ Navarro Moreno, M.ª Isabel, “El deber de colaboración en el delito de denegación de auxilio de los arts. 412.1 y 412.2 del Código Penal”, en *Revista de Estudios Jurídicos. Universidad de Jaén*, n.º 19/2019 (segunda Época), pág. 198.

²⁷ *Ibidem*, pág. 192.