

Los funcionarios de policía y el deber de secreto

JAVIER BARCELONA LLOP

Profesor titular de derecho administrativo de
la Universidad de Cantabria

195

1. LOS FUNCIONARIOS DE POLICÍA. EL DEBER DE SIGILO Y EL DEBER DE SECRETO

Conforme a lo dispuesto en la legislación general de función pública, sobre los funcionarios pesan dos deberes: el de sigilo y el de secreto. El primero les impone guardar riguroso sigilo respecto de los asuntos que conozcan por razón de su cargo (artículo 80 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, cuyo pretendido desarrollo reglamentario acabó convirtiéndose en la Ley de Secretos Oficiales), traduciéndose su infracción en la comisión de una falta grave cuando origine perjuicio a la Administración o se quebrante el deber de sigilo en provecho propio [artículo 7.j) del RD 33/1986, de 10 de enero, por el que se aprueba el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado]. Es un deber genérico, aquejado de una cierta indeterminación, que se refiere a todo lo que el funcionario pueda conocer con ocasión del desempeño de su trabajo y que impone una reserva o discreción, aunque, se ha dicho, la obligación de no hablar ni comentar nada sobre el trabajo al que dedican los funcionarios una importante parte de su vida es de cumplimiento imposible (Sainz Moreno).

El deber de secreto, en cambio, y siguiendo la terminología acuñada por García-Trevijano, es más específico y conecta directamente con el régimen de los secretos oficiales, pues es a éstos y no a otra cosa a lo que se refiere. Es falta muy grave, dice el artículo 31.1.e) de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública, «la utilización o publicación indebida de secretos oficiales, así declarados por Ley o clasificados como tales». La Ley reguladora de los secretos oficiales de 5 de abril de 1968, modificada por Ley de 7 de octubre de 1978, constituye, así, el marco de referencia del deber de secreto, que versará, en primer lugar, sobre las materias clasificadas, esto es, dice el artículo 2 de la Ley, sobre «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», cuya clasificación corresponde al Consejo de Ministros y a la Junta de Jefes de Estado Mayor. Y, en segundo lugar, sobre las materias declaradas secretas por Ley, de las que existen ejemplos en la legislación electoral, sanitaria, de incompatibilidades, de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, etc.

La diferencia entre deber de sigilo y deber de secreto está, pues, claramente establecida en las normas sobre función pública. Y no sólo en ellas, como lo muestra la Sentencia de la Sala 3ª del TS de 7 de febrero de 1997, dictada a consecuencia del recurso de casación en interés de Ley interpuesto contra la Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de mayo de 1994, que anuló la sanción impuesta a un funcionario de la Asamblea de la Comunidad Autónoma de Madrid por aportar a un proceso un Acta de la Mesa de la Asamblea, cuando era Jefe del Servicio de Gestión Parlamentaria y tenía a su cargo, precisamente, la custodia de las Actas de la Mesa. La sanción fué impuesta por infracción del deber de sigilo y su anulación se debió a que la Sala madrileña consideró que al no haber quedado acreditado el contenido reservado o secreto del Acta aportada, no se había producido dicha infracción. El TS estima el recurso interpuesto por la Asamblea de Madrid con una argumentación que estimo correcta: la sanción recayó por vulneración del deber de sigilo, no del deber de secreto y la equiparación entre ambos que hace la Sentencia recurrida supone vaciar de contenido el tipo concerniente a la infracción del deber de sigilo al equiparar la acción sancionada a la publicación o utilización indebida de secretos así declarados por la Ley o clasificados como tales.

En la legislación específicamente aplicable a los funcionarios de policía, se observa que el deber de secreto ocupa un lugar relevante. Aparece incluso en textos internacionales que, cualquiera que sea su valor jurídico, aspiran a orientar a influir sobre los ordenamientos nacionales y a establecer un conjunto de reglas elementales en materia de policía. Así, en el punto A.15 de la *Declaración sobre la policía*, adoptada por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa el 8 de mayo de 1979, puede leerse que:

«El funcionario de policía debe guardar secreto acerca de todas las cuestiones de carácter confidencial de las cuales tenga conocimiento, al menos que el ejercicio de sus funciones o las disposiciones de la ley le manden actuar de otra manera.»

En la misma línea, el artículo 4 del *Código de conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la ley*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 17 de septiembre de 1979, dispone que:

«Las cuestiones de carácter confidencial de que tengan conocimiento los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley se mantendrán en secreto, a menos que el cumplimiento del deber o las necesidades de la justicia exijan estrictamente lo contrario.»

Y en el *comentario* que se adjunta a dicho precepto se apostilla:

«Por la naturaleza de sus funciones, los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley obtienen información que puede referirse a la vida privada de las personas o redundar en perjuicio de los intereses, especialmente la reputación, de otros. Se tendrá gran cuidado en la protección y el uso de tal información, que sólo debe revelarse en cumplimiento del deber o para atender las necesidades de la justicia. Toda revelación de tal información con otros fines es totalmente impropia.»

La vigente legislación española sobre policía no es insensible, sino todo lo contrario, al secreto. Descuella, así, el artículo 5.5 de la LO 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad (LOFCS), que, bajo la rúbrica de *secreto profesional*, dice que los policías:

«Deberán guardar riguroso 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.»

Conviene tener presente que el artículo 5 LOFCS contiene los *principios básicos de actuación* de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, principios que son aplicables a todos y cada uno de los policías que actúan en el país, con total independencia de cuál sea la Administración pública de la que dependen. Si la aplicación de la LOFCS no es igual para todos los cuerpos de policía habida cuenta de lo que establecen sus disposiciones finales, el artículo 5 rige idénticamente para todos ellos, por lo que todos los policías que existen en España están sujetos a idéntico deber de secreto. Los artículos 11.6 de la Ley de Cataluña 10/1994, de 11 de julio, de la Policía de la Generalidad-Mossos d'Esquadra, y 32 de la Ley 4/1992, de 17 de julio, de la Policía del País Vasco, corroboran, como no podía ser de otra manera, dicha identidad.

Ahora bien, y retomando la diferencia antes esbozada entre deber de sigilo y deber de secreto, ¿a cuál de los dos se refiere el artículo 5.5 LOFCS? Si reparamos en el régimen disciplinario del Cuerpo Nacional de Policía, sustancialmente aplicable también a las policías locales, observamos que se tipifica como falta muy grave «la violación del secreto profesional y la falta del debido sigilo respecto a los asuntos que conozcan por razón de su cargo, que perjudique el desarrollo de la labor policial o a cualquier persona» [artículo 27.3.g) LOFCS]. En términos análogos se pronuncian los artículos 92.2.d) de la Ley vasca y 54.i) de la Ley Foral 1/1987, de 13 de febrero, de Cuerpos de Policía de Navarra, mientras que la de Cataluña sigue un modelo diferente, puesto que distingue entre «la publicación o la utilización indebida de secretos declarados oficiales por ley o calificados como tales, así como la violación del secreto profesional» (falta muy grave) y «el incumplimiento del deber de reserva profesional en lo

que se refiere a los asuntos conocidos por razón de las funciones encomendadas» (falta grave). Diferencia ésta que, por cierto, se plasma también en la Ley 16/1991, de 10 de julio, de las Policías Locales de Cataluña. Y, en fin, por lo que concierne a la Guardia Civil, sus miembros incurrirán en falta leve si cometen indiscreciones en materias de obligada reserva cuando no constituyan infracción más grave, y en falta grave si quebrantan el secreto profesional o no guardan debido sigilo en asuntos que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones profesionales, cuando no constituya delito (artículos 7.7 y 8.11 de la LO 11/1991, de 17 de junio, del Régimen Disciplinario de la Guardia Civil).

La regulación reseñada suscita cierta perplejidad, dado que es dispar. El deber legal de secreto se ramifica en el plano disciplinario y aparecen el secreto profesional, el debido sigilo, el deber de reserva profesional, las materias de obligada reserva... Parece que el legislador de la policía quiere trasvasar a ella la distinción entre deber de sigilo de deber de secreto que veíamos que existe y está clara en el ámbito funcional general, pero es un trasvase no homogéneo y, por tal motivo, desafortunado. Ahora bien, es un trasvase que no sale de lo disciplinario, porque lo decisivo es lo que establece el artículo 5 LOFCS, que es donde se contiene la auténtica formulación legal del deber de secreto de los policías, deber que alcanza a todas las informaciones que conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, sin excepción alguna. Es, pues, una manifestación del deber de secreto en sentido propio, de la que es difícil desgajar un deber de sigilo habida cuenta de la rotundidad del pronunciamiento legal. Tiene, por eso, algún sentido, aunque sea innecesario, equiparar a efectos disciplinarios la infracción del deber de secreto y la del deber de sigilo puesto que, en el fondo, son lo mismo por existir sólo un deber de secreto en sentido estricto. En cambio, carece de explicación que, siendo el deber legal único y terminante, se extraigan consecuencias sancionadoras que tienen en su base una distinción entre secreto y deber de sigilo o reserva que el artículo 5.5 LOFCS no contempla. Todas las informaciones que los policías conocen por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones están protegidas por el secreto; sin excepción alguna. Huelga decir que los secretos oficiales están también cubiertos por el deber legal al que me vengo refiriendo; su falta de mención en el artículo 5.5 LOFCS se debe a que el precepto trata de precisar el contenido del deber específico de secreto que pesa sobre los policías, añadiéndose a las reglas generales que existen sobre la cuestión en el ordenamiento jurídico y no desplazándolas o suplantándolas. Por lo demás, también las materias clasificadas como secreto por la Ley (por ejemplo, ficheros automatizados de datos personales) están, por supuesto, protegidas frente a las indiscreciones de los agentes de policía.

2. EL SECRETO DE LOS POLICÍAS Y EL BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se ha postulado una construcción unitaria del secreto profesional conforme a la cual todas sus manifestaciones acaban reconduciéndose a la defensa

de la intimidad y a la confianza que asiste a quien deposita el secreto en manos de un profesional en que lo transmitido no va a ser revelado. La estructura dinámica interna de la institución *secreto profesional* es, se ha dicho, «un derecho fundamental a la intimidad que se prolonga en derecho al secreto de lo necesariamente confiado a un profesional y un deber del profesional de guardar ese secreto tanto por respeto al cliente como por interés público en el correcto ejercicio de su profesión e interés personal en su futuro desenvolvimiento» (Michavila).

Este planteamiento no es exacto porque no todas las manifestaciones del secreto profesional encajan en él. Con frecuencia, intimidad, por un lado, y deber de guardar secreto, por otro, confluirán, pero no siempre sucede así. Dejando aparte el tema del secreto eclesiástico, que discurre obviamente por otros derroteros, no encaja en la concepción del secreto profesional como secreto protector de la intimidad el de los periodistas, en el que, como con acierto destacan E. Gómez-Reino y M. Carrillo, la relación jurídica trabada entre quien transmite confidencialmente una información y quien la recibe no es la misma que la que existe entre el individuo que hace partícipe a un profesional de sus confidencias y éste segundo, como tampoco coinciden la posición jurídica del receptor de la información y la del profesional que conoce ciertos datos con ocasión de su profesión. De hecho, es factible establecer distingos constitucionales entre las diferentes manifestaciones del secreto profesional. Así, en el artículo 24.2 se contempla como una eventual exención de la obligación de declarar sobre hechos presuntamente delictivos, conectada con el deber de los profesionales, generalmente establecido en su ordenación jurídica, de no dar cuenta de las confidencias de que han tenido conocimiento por razón del ejercicio de su profesión. Como dice la STC 110/1985, de 26 de noviembre, el artículo 24.2 de la Constitución *consagra lo que no es un derecho sino un deber de ciertos profesionales*, que tiene una larga tradición legislativa (FJ 10).

En cambio, en el artículo 20.1.d) el secreto profesional aparece como uno de los derechos de los informadores, para quienes no existe el deber jurídico de no revelar sus fuentes de información, con independencia de la perspectiva ética o deontológica que los periodistas tengan del secreto profesional. El planteamiento es, así, muy diferente, y si en el primer caso la garantía de la intimidad del cliente y la relación de confianza trabada entre él y el profesional priman sobremanera, en el segundo lo hace el derecho a comunicar y recibir información veraz, derecho que, conforme a una abundante y bien conocida jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y de nuestro Tribunal Constitucional, garantiza el interés constitucional de la formación y existencia de una opinión pública libre, que es condición previa y necesaria para el ejercicio de otros derechos inherentes al funcionamiento del sistema democrático.

El secreto en la Administración va a conectar con frecuencia con la salvaguarda de la intimidad de terceros cuando se trata de datos e informaciones sobre particulares que obtienen los servicios administrativos en el ejercicio de

su actividad. El proclamado secreto de los datos financieros, tributarios, sanitarios, censales, estadísticos, etc., responde a ese criterio: son datos de los que las administraciones públicas tienen conocimiento y de los que se sirven para la consecución de finalidades constitucionalmente legítimas, pero son secretos porque afectan a la intimidad de las personas a las que se refieren. De ahí que en relación con ellos se proclame legalmente un deber específico de guardar secreto, del que es muestra, por ejemplo, el artículo 10 de la LO 5/1992, de 29 de octubre, de Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal: «el responsable del fichero automatizado y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos...».

No obstante, no siempre el secreto en la Administración se proclama por respeto a la intimidad sino que a través de él se pretende la protección de bienes jurídicos diferentes. Los secretos oficiales constituyen, sin duda, el ejemplo más destacado; las materias clasificadas, dice el artículo 2 de su Ley reguladora, lo son porque su conocimiento por personas no autorizadas puede dañar o poner en riesgo la seguridad y defensa del Estado. Bienes jurídicos éstos que también se traen a colación, junto con la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas, para justificar la negativa a proporcionar ciertas informaciones que se soliciten por los ciudadanos que pretenden acceder a los archivos y registros administrativos, conforme a lo dispuesto en el artículo 105.b) de la Constitución. Podrá discutirse o no la aplicación administrativa de tal regulación constitucional (en cuya virtud, como es sabido, existe el artículo 37 de la Ley 30/1992, de 29 de noviembre); podrá discutirse incluso que la Constitución se haya quedado corta o haya ido demasiado lejos en la enumeración de los bienes jurídicos cuya protección ampara la negativa al derecho de acceso a los archivos y registros administrativos. Pero no podrá discutirse, me parece, que no es solamente el derecho a la intimidad lo que el constituyente, y con él el legislador, ha tenido en cuenta. Conclusión a la que también se llega contemplando, por ejemplo, los artículos 57.1.b) de la Ley 16/1985, del Patrimonio Histórico Español y 3 de la Ley 38/1995, de 12 de diciembre, sobre el derecho de acceso a la información en materia medioambiental.

En definitiva, el secreto específico en el seno de la Administración no conecta sólo con la salvaguardia de la intimidad, sino que guarda una estrecha relación con otros bienes jurídicos que el legislador considera dignos de protección. El secreto administrativo, y con él el deber de guardar secreto que sujeta a los funcionarios, puede explicarse, así, en la necesidad de imponer la reserva sobre ciertas materias por motivos diversos, por lo que puede decirse que el bien jurídico protegido por el deber de secreto de los funcionarios es plural y no siempre coincidente. Ahora bien, parece oportuno considerar que cuando se trata de un bien jurídico ajeno a la intimidad personal, el secreto sólo puede justificarse en razones de interés general susceptibles de contrarrestar y vencer el principio general de publicidad. Éste, ciertamente, no puede ser absoluto ni incondicionado, pero si se considera que los principios de publicidad y transparencia son inherentes al funcionamiento del Estado democrá-

tico, el secreto debe estar justificado en concretas razones de interés general lo suficientemente poderosas como para excepcionar a aquellos. En definitiva, como dice uno de los siete principios de las instituciones públicas que se enumeran en el conocido *Informe Nolan sobre normas de conducta en las instituciones públicas*, de mayo de 1995, «los que desempeñan un cargo público deberían mostrar la mayor transparencia posible en las decisiones y medidas adoptadas. Deberían explicar las razones de sus decisiones y restringir la información sólo cuando el interés de la mayoría lo exija claramente».

¿Y cuál es el bien jurídico protegido por el secreto profesional de los policías? Dejando al margen el tema de las materias clasificadas respecto de las que el deber de secreto se impone por directa derivación de la Ley de Secretos Oficiales, reparemos en que el artículo 5.5 LOFCS exige el secreto riguroso respecto de todas las informaciones que los policías conozcan por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones. El objeto protegido por el secreto es ciertamente amplio: todas las informaciones que los agentes puedan conocer por razón o con ocasión del desempeño de sus funciones, pero de ahí no se deduce nada acerca del motivo por el que los agentes de policía deben guardar un secreto tan genéricamente delimitado. No se deduce nada, en suma, acerca del bien jurídico protegido por el llamado secreto profesional de los policías.

A mi modo de ver, dicho bien jurídico es múltiple. En primer lugar, es una evidencia que, en el ejercicio de la actividad investigadora, los policías tienen acceso a datos que pueden afectar directamente a la intimidad de las personas, sea de las que son objeto directo de la investigación, sea de otras que con ellas se relacionan y de cuyos movimientos, costumbres, usos o hábitos y demás circunstancias personales la policía obtiene, voluntariamente o no, conocimiento. Con independencia del uso que de tales datos se haga al objeto de lograr la represión penal de las conductas delictivas, es obvio que respecto de ellos existe un deber de guardar secreto. A la misma conclusión se llega en relación con actividades de la policía que no guardan relación necesaria con el esclarecimiento de los delitos. No pocas de las medidas que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad pueden adoptar al amparo de lo dispuesto en la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, pueden también permitirles el acceso a datos e informaciones cuya divulgación queda prohibida en aras del derecho a la intimidad. Por ello, dígallo o no expresamente el artículo 5.5 LOFCS, este derecho es, con frecuencia, una de las razones que justifican el deber de secreto de los policías.

Pero no es la única. En no pocas ocasiones, no es la intimidad de las personas el bien jurídico protegido por el secreto policial, sino la eficacia misma de la policía. Es una evidencia que numerosas operaciones no se improvisan, que vienen precedidas de un período de gestación más o menos largo y que si su éxito no depende sólo del secreto que debe rodearlas, sin él el fracaso más estrepitoso está garantizado. Lo mismo cabe decir de estrategias previstas no tanto para una actuación precisa e individualizada en su fecha y hora cuanto para ponerse en funcionamiento cuando sucede un determinado aconteci-

miento, en principio imprevisible en el tiempo y en el espacio pero previsible en su producción (por ejemplo, los controles que se activan tras la comisión de un atentado terrorista). En tales casos, y en otros más que seguramente se podrían enumerar, guardar secreto no es solamente virtud del discreto, sino necesidad imperiosa impuesta de forma insoslayable por el eficaz cumplimiento de las misiones legales y constitucionales de la policía de seguridad, objetivo éste que, como he insistido en otros lugares, se encuentra en la base de no pocas de las peculiaridades presentes en el régimen jurídico de la policía; y también, preciso ahora, en el rigor con que el ordenamiento jurídico establece un estricto deber específico de secreto de todos sus miembros. Aun sin hablar expresamente de éste, el artículo 9.2 de la LO 4/1997, de 4 de agosto, por la que se regula la utilización de videocámaras por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad en lugares públicos, es representativo de la gama de bienes jurídicos distintos a la intimidad que pueden oponerse a la divulgación de ciertas informaciones de las cuales los agentes de policía disponen:

«Toda persona interesada –dice el precepto citado– podrá ejercer los derechos de acceso y cancelación de las grabaciones en que razonablemente considere que figura. No obstante, el ejercicio de estos derechos podrá ser denegado por quien custodie las imágenes y sonidos, en función de los peligros que pudieran derivarse para la defensa del Estado, la seguridad pública, la protección de los derechos y libertades de terceros o las necesidades de las investigaciones que se estén realizando.»

En definitiva, como ha dicho el TEDH en la Sentencia *Vereniging Weekblad Bluf! c. Países Bajos*, de 9 de febrero de 1995, en virtud de las tareas confiadas a los servicios de seguridad interior hay que reconocer que éstos deben gozar de un alto grado de protección en lo relativo a la divulgación de las informaciones que afecten a sus actividades. Grado de protección que no necesariamente pasa por la aplicación de lo dispuesto en la Ley de Secretos Oficiales, aunque puede hacerlo –como de hecho lo hace– respecto de los planes de seguridad de instituciones y organismos públicos y de los planes de protección de personas, unos y otros clasificados razonablemente de reservados por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de noviembre de 1986.

Importa insistir, y mucho, en que el deber de secreto de los policías es marcadamente funcional. En unos casos será la intimidad de las personas lo que esté en su base, pero en otros se encontrará la eficaz prestación de las misiones policiales, cualquiera que sea la formulación normativa de la regla. Condición funcional del deber de secreto, que ha de ser convenientemente valorada a la hora de resolver la cuestión más conflictiva de las que el tema suscita: ¿debe ceder el secreto en algunas ocasiones? Sobre el particular volveré más adelante.

El tema de la eficacia de la policía y su relación con el deber de secreto, suscita una reflexión tangencial relativa a uno de los aspectos más borrosos, jurídicamente hablando, de la acción policial. Me refiero a la relación entre la

policía y el confidente, que es tanto como decir entre la policía y quien, no infrecuentemente conectado con el mundo de la delincuencia, permite a la primera obtener ciertos éxitos a cambio de ventajas o favores más o menos confesables. Aunque he pensado y pienso que cuanto mayor es el grado de apoyatura de la policía en la confianza menor es el de su capacidad y profesionalidad, todo indica que nos hallamos ante un fenómeno que parece irremediable y al que todas las policías sucumben y han sucumbido en una u otra medida a pesar de su mala imagen; ya lo dijo Carrara: «se acepta al confidente como una necesidad, del mismo modo que se acepta el estiércol para el abono del campo».

Pues bien, ¿está la identidad del confidente protegida por el secreto policial? y, en caso afirmativo, ¿cuál es el bien jurídico protegido?, ¿la intimidad de quien se presta a cumplir con tal cometido o la eficacia de la acción policial que necesita de la confianza para obtener determinados logros? Lo más probable es que el confidente considere que su identidad debe quedar bajo reserva no tanto por la salvaguardia de su derecho a la intimidad cuanto por la de su vida o integridad física; pero, jurídicamente hablando, lo que se protege con el secreto acerca de su persona es la eficacia policial que la confianza contribuye a lograr. Como ha dicho la Sentencia de la Sala 2ª del TS de 22 de marzo de 1986, «la organización policial en su cometido de prevención y averiguamiento del delito y del delincuente puede valerse para potenciar su eficacia, y de hecho se valen todos los sistemas policiales de las naciones democráticas, de informadores y confidentes, con exención de revelar su identidad y circunstancias de su localización y actuación». Es, pues, la eficacia de la policía lo que predomina en el secreto sobre los confidentes, por mucho que se trate de una eficacia que deja bastante que desear desde ciertos puntos de vista. Ahora bien, ello no puede hacer olvidar que con frecuencia también la vida e integridad física de los confidentes pueden estar amenazadas si su identidad es conocida. Aspecto sobre el que luego diré algo a propósito de la legislación sobre protección de testigos.

Por último, y para concluir con este apartado, cabe señalar que el deber de secreto de los policías es estructuralmente distinto al secreto profesional en sentido estricto, al secreto que deben guardar los profesionales. Aunque en ocasiones comparta con éste el elemento de la protección de la intimidad, falta entre la policía y aquellos de quienes la policía conoce datos e informaciones la relación de confianza que subyace al secreto profesional propiamente dicho. Por otra parte, y por lo que hace a los confidentes, es cierto que el secreto puede cimentar una relación que de otro modo no existiría, de la misma manera que sirve a un profesional para captar o conservar una clientela toda vez que nadie confía en un profesional indiscreto. Sin embargo, aplicar tales parámetros a las vinculaciones que pueden existir entre policías y confidentes significa interrogarse por quién es realmente el cliente de quién; y, por lo demás, parece obvio que, en estos casos, no son fácilmente trasvasables los términos en que, por ejemplo, se relaciona un abogado con un ciudadano que aspira a obtener lo que estima de justicia y que por eso acude a él.

3. SECRETO, POLICÍAS Y JUECES

3.1 Planteamiento

La existencia de un secreto no quiere decir que, de forma inexorable, haya de mantenerse la absoluta reserva sobre el mismo, toda vez que el ordenamiento consiente que ciertos órganos tengan acceso a informaciones sobre materias secretas o reservadas.

A título meramente ilustrativo, cabe recordar que así está dispuesto en la propia Ley de Secretos Oficiales, cuyo artículo 10.2, en la redacción dada por la Ley 48/1978, de 7 de octubre, y en segura conexión con el artículo 109 del texto constitucional que a la fecha de la reforma se estaba ultimando, dice que:

«La declaración de «materias 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.»

Por su parte, el artículo 7 de la más reciente Ley 11/1995, de 11 de mayo, reguladora de la utilización y control de los créditos destinados a gastos reservados, contempla la sujeción de dichos créditos al control del Congreso a través de una Comisión Parlamentaria *ad hoc*, llamada a recibir información semestral por parte de los titulares de los departamentos que tengan asignadas partidas de gastos reservados.

Vemos, pues, cómo en dos ejemplos muy cualificados de materias secretas o reservadas (el artículo 3 de la Ley 11/1995 dispone que «toda la información relativa a los créditos destinados a gastos reservados, así como la correspondiente a su utilización efectiva, tendrán la calificación de secreto, de acuerdo con las leyes vigentes en materia de secretos oficiales»), el secreto no opera frente al Parlamento, que, en el ejercicio de su actividad de control del poder ejecutivo, tiene acceso a la información pertinente. Ésta, por supuesto, no deja de versar sobre materias secretas o reservadas y por ello los parlamentarios están obligados a no divulgarla, pero el Parlamento puede conocerla y extraer, llegado el caso, las oportunas consecuencias políticas. Sobre la forma a través de la cual las Cámaras pueden acceder a la información a la que se refiere la Ley de Secretos Oficiales, no podemos detenernos aquí; bástenos con mencionar que, no sin algún precedente sobre cuya naturaleza normativa se pronunció la STC 118/1988, de 20 de junio, en la actualidad el acceso a las materias clasificadas está regulado en la Resolución de la Presidencia del Congreso de 2 de junio de 1992. Y, por cierto e incidentalmente, recuérdese que la STC 220/1991, de 25 de noviembre, ha considerado que la negativa del Gobierno vasco a suministrar cierta información a parlamentarios de Euskadiko Ezkerra no vulnera el derecho que a los miembros de las Cámaras reconoce el artículo 23 de la Constitución.

En otros supuestos, el ordenamiento contempla también ocasionalmente excepciones al deber de guardar secreto. Así, el artículo 6.3 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, de 28 de junio, de adaptación del derecho interno en materia de entidades de crédito a la normativa comunitaria, según la redacción dada por la Ley 3/1994, de 14 de abril, exceptúa con largueza la obligación de secreto que pesa sobre todas aquellas personas que desempeñen o hayan desempeñado una actividad para el Banco de España y hayan tenido conocimiento de datos reservados. Entre las excepciones se encuentran, por ejemplo, la hipótesis de requerimiento de información por los órganos jurisdiccionales competentes en un proceso penal, así como las informaciones que, en el marco de recursos administrativos o jurisdiccionales entablados sobre resoluciones administrativas dictadas en materia de ordenación y disciplina de las entidades de crédito, sean requeridas por las autoridades administrativas o judiciales competentes. Las segundas, dice el apartado 4 del modificado artículo 6 del Real Decreto Legislativo 1298/1986, «vendrán obligadas a adoptar las medidas pertinentes que garanticen la reserva durante la sustanciación del proceso de que se trate», mientras que las autoridades administrativas que reciban informaciones reservadas quedarán sometidas al deber de secreto profesional.

Obsérvese, pues, cómo el ordenamiento admite expresamente supuestos en los que el secreto puede ceder, aunque no es menos cierto que engendrando, a su vez, un deber de reserva o secreto en quienes acceden a la información. Pero, sea como fuere, lo que nos importa ahora es que el deber de secreto, sobre cuya naturaleza funcional vuelvo a insistir, sucumbe jurídicamente ante el ejercicio de las funciones constitucionales del Parlamento y de los jueces. Funciones éstas cuyo pleno desempeño el legislador considera que no deben verse obstaculizadas por ciertos secretos.

Y lo que hay que plantear ahora es si también el deber de secreto de los policías puede ceder ante otros sujetos o autoridades. Básicamente, si puede ceder ante los jueces, que es, como bien puede imaginarse, la cuestión más delicada de todas las que aparecen en la materia que nos ocupa y a la que necesariamente hay que prestar la debida atención. Cuestión delicada y compleja, que hay que enfocar a la luz del marco normativo aplicable que, guste o no guste, es el que existe y es el que los juristas tienen que tomar como punto inexcusable de referencia sin perjuicio de hacer notar sus carencias o insuficiencias o de, si se estima oportuno, postular su modificación total o parcial.

3.2 El marco normativo

Dicho marco normativo viene integrado por una serie de preceptos de diverso cariz, que conviene tener a la vista.

- a) Conforme al párrafo segundo del artículo 24.2 de la Constitución, «la ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delicti-

vos», mientras que, según el artículo 118, es obligado prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales en el curso del proceso, obligación que el artículo 17.1 LOPJ perfila del siguiente modo:

«Todas las personas y entidades públicas y privadas están obligadas a prestar, en la forma que la ley establezca, la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso y en la ejecución de lo resuelto, con las excepciones que establezcan la Constitución y las leyes, y sin perjuicio del resarcimiento de los gastos y del abono de las remuneraciones debidas que procedan conforme a la ley.»

206 Teniendo en cuenta que las antinomias no pueden existir en un texto constitucional, de los dos preceptos se infiere que el legislador está habilitado para eximir del deber de declarar a ciertos sujetos, lo que supone un contrapeso a la genérica obligación de prestar la colaboración requerida a los jueces y tribunales en el curso del proceso, que puede quedar excepcionada. Por tal motivo, la Ley no sólo podrá establecer la forma de dicha colaboración, sino precisar también que algunos individuos, sea por razones de parentesco, sea por razones de secreto profesional, quedan exentos del deber de declarar, que es uno de los cauces a través de los cuales se articula la colaboración con los titulares de la función jurisdiccional.

b) La exención del deber de declarar se plasma normativamente, en lo que nos interesa ahora, en los artículos 417.2 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, relativos al sumario y al juicio oral, respectivamente. Conforme al primero, que establece la regla a la que el segundo se remite:

«No podrán ser obligados a declarar como testigos:

2º Los funcionarios públicos, tanto civiles como militares, de cualquier clase que sean, cuando no pudieren declarar sin violar el secreto que por razón de sus cargos estuviesen obligados a guardar, o cuando, procediendo en virtud de obediencia debida, no fueren autorizados por su superior jerárquico para prestar la declaración que se les pida.»

c) En la normativa policial, el artículo 5.5. LOFCS establece el deber de secreto en los términos que nos son conocidos, pero el apartado 1.e) del mismo precepto obliga a todos los policías a «colaborar con la Administración de justicia y auxiliarla en los términos establecidos en la Ley».

De esta forma, contamos con un conjunto de previsiones legales que, habida cuenta de su contenido, parece que están inequívocamente llamadas a entrar en conflicto; el extenso y monolítico secreto profesional que legalmente se predica de los policías y el deber constitucional y legal de colaborar con la Administración de justicia parece que han de chocar forzosamente cuando el policía es requerido como testigo y éste considera que lo que se le pregunta

afecta a lo que el secreto cubre. La Ley de Enjuiciamiento Criminal dice que no puede ser obligado a declarar, pero sería una extraordinaria simplificación creer que con ello el tema está resuelto. Si es cierto que los policías son y sólo pueden ser funcionarios, no lo es menos que son funcionarios muy cualificados en razón de las misiones que tienen asignadas. Entre ellas, y muy principalmente, la de investigación de los delitos, que lleva aparejada la puesta a disposición de la autoridad judicial de las personas, efectos y pruebas pertinentes. Por ello, el tema del secreto policial no puede ser contemplado sólo a la luz de lo que dicen los artículos 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 5.5 LOFCS, sino desde la consideración sistemática de la entera ordenación jurídica de la policía.

3.3 Apunte jurisprudencial

Si el precedente es el marco normativo del secreto policial, ¿qué podemos extraer de la jurisprudencia? Las decisiones que al tema se refieren son muy escasas o, al menos, yo no he sabido localizar otras de las que acto seguido relaciono. Pero no por ello carecen de interés; antes al contrario.

Atendamos, en primer lugar, al referente europeo y recordemos que en el asunto *Van Mechelen c. Holanda*, de 23 de abril de 1997, el TEDH ha dejado dicho que pertenece a la naturaleza de las cosas que entre los deberes de los policías figure, especialmente en caso de los que ostentan poderes de detención, el de testificar en audiencia pública. El Tribunal se detiene luego en lo que importaba en el caso, esto es, en si el testimonio anónimo de unos policías era o no conforme con los apartados 1 y 3.d) del artículo 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y concluye que, a la vista de las circunstancias, hubo disconformidad. El Tribunal no rechaza el testimonio anónimo puesto que, dice, siempre que los derechos de la defensa se respeten, puede ser legítimo para las autoridades de policía intentar preservar el anonimato de un agente empleado en actividades secretas, no sólo para asegurar su protección y la de su familia sino también para no comprometer la posibilidad de utilizarlo en operaciones futuras. Pero el policía, no es para el Tribunal un testigo cualquiera; por eso considera que su anonimato sólo procede en circunstancias excepcionales. Por eso considera también, como se ha señalado, que entre sus deberes figura el de testificar en audiencia pública.

Es verdad que el TEDH no se refiere al secreto profesional, que en la Sentencia *Van Mechelen* preocupan otras cosas; pero también es verdad que el deber de testificar de los policías queda enfatizado.

Entrando ya en el ámbito de nuestro derecho doméstico, muy citada, en justa correspondencia con su importancia, es la STS de 22 de marzo de 1986, que trae causa en el ametrallamiento del bar Hendayais el día 23 de noviembre de 1980. El hecho se saldó con dos muertos y diez heridos y en él se vieron involucrados tres informadores retribuidos de la Comisaría General de Información cuyas identidades el titular de la misma se negó en todo momento a facilitar; tampoco la Dirección General de Seguridad se mostró locuaz sobre

tal extremo. Condenado el comisario a las penas de tres años de suspensión y 100.000 pesetas de multa por un delito de denegación de auxilio a la justicia (artículo 371 del CP entonces vigente), interpuso recurso de casación ante el TS quien declaró haber lugar al mismo y dictó segunda sentencia absolviéndole. Repárese en que las diligencias abiertas en España tras el atentado al bar Hendayais no lo fueron por éste, sino por la irrupción brusca de un vehículo robado y con matrícula falsa en el paso fronterizo de Irún, que produjo daños en las barreras metálicas y un turismo estacionado, sin que estuviera acreditado que los tres ocupantes del coche, esto es, aquellos sobre cuya identidad el condenado permaneció silente, portaran armas.

El TS entiende, y esto es fundamental, que (cursivas mías):

«En las funciones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente la Policía está bajo la dependencia de los jueces, de los tribunales y del Ministerio fiscal (...)

Esta *preeminencia de la Autoridad Judicial y la dependencia de los funcionarios policiales en el ámbito penal, con sus inherentes deberes de cooperación y auxilio incondicionados*, es un principio básico de una comunidad que se constituye como Estado de derecho y que propugna, como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia y la igualdad (artículos 1º y 118 de la Constitución); y si bien la organización policial en su cometido de prevención y averiguamiento del delito y del delincuente puede valerse para potenciar su eficacia, y de hecho se valen todos los sistemas policiales de las naciones democráticas, de informadores y confidentes, con exención de revelar su identidad y circunstancias de su localización y actuación, cede esta dispensa, y *el deber de auxilio y colaboración recobra vigencia, si el informador, en su actuación de tal, incurre en hechos punibles, es decir si el confidente pasa en el curso de su actuación a ser delincuente*, pues de otro modo surgirían intolerables privilegios de impunidad (...)

Ante la interferencia de un hecho delictivo en la actuación de los informadores, cede o claudica la obligación-deber de reserva sobre su identidad, pero como el matiz o matices tienen singular relevancia, porque cuanto más se distingue en materia penal mayores posibilidades hay de hallar justicia, *puede aquella afirmación tener excepción o merecer una relajada aplicación, si los hechos punibles imputados no fueran dolosos o su entidad penal no rebasare ciertos límites, pero estos matices de apreciación en caso alguno quedarían sometidos al criterio valorativo del funcionario policial*, sino que exclusiva y excluyentemente pertenecerían a la prudente apreciación del Juez Instructor, quien ponderando el relieve o significación penal de los hechos y los riesgos de levantar el sigilo para las personas de los informadores, o para el buen orden de las investigaciones policiales, podría aceptar una reserva transitoria o definitiva sobre su identidad. En resumen, y en relación al elemento normativo del delito, *el acusado tenía el deber de revelar las circunstancias identificativas de los confidentes sin pretextar, para mantener la reserva, un juicio sobre el alcance penal de los hechos —delitos menores en su opinión— que no le competía*».

Tal doctrina es decisiva. Y si encontraba apoyo normativo expreso en el artículo 15 de la Orden de 30 de septiembre de 1981 (hoy derogada por la LOFCS), conforme al cual la reserva sobre la identidad de los colaboradores policiales debía ceder cuando la actuación de éstos hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles, no era imprescindible contar con tal precisión reglamentaria. Del ordenamiento jurídico se desprende sin duda que el secreto policial no puede servir para amparar la comisión de hechos delictivos. El simple recordatorio de las misiones constitucionales de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y el de su concreción legal en la LOFCS abona que, dígalos o no expresamente una norma, el deber de secreto de los policías no puede ser utilizado para encubrir o amparar delitos puesto que ello iría en contra de la entraña más irreductible de la policía de un Estado de derecho. Valga aquí, como marco general de referencia, el argumento que, aunque a propósito de un tema diferente, se encuentra en la STC 234/1991, de 10 de diciembre: la tarea propia de la policía es,

«entre otras, la averiguación de los delitos y la persecución de los delincuentes para ponerlos a disposición judicial. Que la eficacia de este servicio se vería perjudicada si a los encargados de llevarlo a cabo se les pudiera imputar la perpetración de aquellos mismos actos que, en interés de toda la sociedad, tienen como misión impedir, es cosa que no ofrece duda alguna, pues no cabe disociar totalmente la Ley de las personas que han de imponer coactivamente su cumplimiento. No se trata, como a veces se ha dicho, de que los miembros de la policía estén permanentemente de servicio, sino de que éste requiere que aquellos que lo desempeñan no incurran en aquellas conductas que ellos mismos han de impedir o cuya sanción han de facilitar cuando son realizadas por otros» (FJ 2º).

El planteamiento general está, pues, absolutamente claro. Sucede, sin embargo, que la STS de 22 de marzo de 1986, haciendo uso de una argumentación técnico-jurídica cuyo análisis y eventual crítica han de quedar reservados a los especialistas en derecho penal, llega a una conclusión que se aparta radicalmente de la que parecía esperarse. Considerando que al delito de denegación de auxilio es inherente, en su elemento subjetivo, el dolo o intención maliciosa —es un delito que, dice la Sentencia, «repele la comisión culposa»; de delito eminentemente intencional habla, por su parte, Quintero Olivares—, el TS afirmará que el acusado obró con error excluyente del dolo:

«Los hechos realmente acaecidos en nuestro territorio se constreñían a la irrupción violenta de un turismo en el paso fronterizo, al parecer sin armas, produciendo daños en las barreras y en un vehículo estacionado, a lo que se sumaban el robo del turismo y sustitución de las placas de matrícula en el campo de lo presumible. Es explicable la contienda en el fuero interno entre la exigencia judicial de manifestar las circunstancias identificativas de los presuntos autores y el deber de omitirlas, por su condición de confidentes mercenarios de la

lucha antiterrorista cuyo centro de información dirigía el acusado, y 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 tratándose, a su juicio, de una imputación por delitos menores (...)

«Indudablemente el acusado en esta pugna de deberes, el de acatar el requerimiento judicial facilitando el nombre de los autores de los hechos punibles realizados en el territorio español, y el deber de mantenerlos reservados por estar integrados en un grupo de información de la lucha antiterrorista a cuyo mando pertenecía, optó por este último en la creencia errónea de que los bienes jurídicos a cuya protección atendía eran superiores y le autorizaban a obrar como lo hizo».

En consecuencia, faltaba el elemento subjetivo de la culpabilidad y el acusado fue absuelto. No oculto que la Sentencia reseñada me produce una cierta perplejidad aunque, como he dicho ya, su comentario y eventual crítica han de quedar reservados a los especialistas en derecho penal. De ella me interesa destacar antes que los argumentos conducentes a la absolución del comisario general de Información los otros, los transcritos en primer lugar, los referentes a los límites del deber de secreto que, recuerdo, no puede servir para amparar la comisión de hechos delictivos. Límite en el que todo el mundo está o debería estar de acuerdo, pero límite sobre el que planea el problema irresoluble del secreto: ¿cómo saber si el secreto se utiliza espuriamente sin destruir el secreto mismo?

Una segunda Sentencia del Tribunal Supremo a la que conviene aludir ahora es la de 12 de marzo de 1992, que se refiere también a un caso enjundioso cual es el del procesamiento de dos funcionarios de policía a consecuencia de la comisión de diversos hechos delictivos relacionados con los llamados Grupos Antiterroristas de Liberación (GAL). El tema del secreto se planteó con motivo de las preguntas hechas a los acusados a propósito de los fondos reservados, tema que el TS solventa con una serie de argumentos no exentos de cierto confusiónismo. En síntesis, la Sentencia señala que, existiendo una disposición del tenor del artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, y constituyendo los fondos reservados «una partida presupuestaria que, aprobada por las Cortes Generales y excluida por su propia naturaleza y destino de cualquier control, queda vinculada a los fines que constitucional y legalmente son propios del Ministerio a quien se encomienda su gestión», la tipificación penal del delito de revelación de secretos veda al funcionario cualquier publicidad sobre los mismos. Téngase en cuenta, por cierto que en el asunto había dictaminado la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado afirmando, como nos ilustra muy críticamente Gimbernat, que el legislador penal y procesal 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

potestad para comprobar directamente si la invocación es o no abusiva, quien no puede obligar a violar los secretos sólo para comprobar que no ha habido uso en su invocación.

Con posterioridad, el Auto del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1995 algo ha dicho sobre el tema que nos interesa, también con ocasión de los fondos reservados:

«Revelar a la autoridad judicial que investiga la posible comisión de un delito de uso concreto de fondos reservados no integra delito alguno y es una obligación del funcionario no implicado, que no puede ampararse en el art. 417.2 LECrim., constituyendo en cambio para el funcionario imputado una facultad, al poderse hacer uso por él del derecho fundamental a no declarar en su contra que establece el art. 24 CE. En efecto, la existencia de fondos reservados puede genéricamente tener cobertura constitucional en el art. 105.b) de la norma Suprema del Ordenamiento jurídico español; pero la opacidad de tales fondos y derivada no sujeción a la normal fiscalización del gasto público sólo se refiere a tal masa patrimonial como conjunto, en cuanto, con terminología iusprivatista, constituye un patrimonio separado adscrito a unos fines; pero en manera alguna tal secreto puede ser obstáculo para la investigación de un tipo delictivo concreto, ya de malversación para usos privados, ya de aplicación pública para usos diferentes a los que estuvieran destinados, ya, en fin, a través de su forma más grave: su aplicación instrumental para la comisión de delitos. Entender lo contrario sería, si no su fin, un grave atentado contra la existencia misma del Estado de Derecho y valor superior de la justicia».

Las tres resoluciones que se han citado versan sobre asuntos especialmente conflictivos, sobre cuestiones que han tenido, y siguen teniendo, una extraordinaria repercusión en la vida política y social del país. Pero también se localizan algunas otras que, si de alcance más modesto y ajenas a otra repercusión que no sea la que producen en las partes procesales, revisten un interés especial. He señalado más arriba que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha enfatizado el deber de los policías de testificar en audiencia pública. Y es notorio que lo hacen con frecuencia. Pero tampoco es extraño que el presidente del Tribunal haga uso de lo previsto en el artículo 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que le obliga a no permitir que el testigo conteste a preguntas o repreguntas capciosas, sugestivas o impertinentes. Lo contemplado para el juicio oral como un deber del presidente, en la fase sumarial aparece bajo la forma de prohibición genérica: «no se harán al testigo –dice el artículo 439– preguntas capciosas ni sugestivas». Pues bien, el TS se ha pronunciado sobre tal extremo al hilo de los recursos de casación por quebrantamiento de forma interpuestos contra Sentencias de las Audiencias Provinciales cuyo presidente había desestimado preguntas formuladas a testigos policías en virtud del citado artículo 709 de la Ley procesal penal. Como vamos a ver, el tema del secreto profesional está involucrado, y no siempre con fortuna a mi entender.

La STS de 14 de marzo de 1994 desestima el recurso de casación afirmando que, con cursiva mía,

«En el caso aquí planteado el testigo, agente de policía, manifestó en su declaración no poder decir dónde estaba situado para ver las actividades de los inculpados, y dio como explicación de su imposibilidad el respeto a las personas que habían colaborado, ayudándole en su función, a las que no quería comprometer. *La explicación solicitada por la defensa sobre el lugar concreto de ubicación del funcionario de policía para realizar su vigilancia no era trascendente para el resultado del fallo que no hubiera sido distinto en caso de saberlo ni supuso indefensión para los recurrentes* y la negativa a manifestarlo estaba además cubierta por el artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que establece la no obligación de declarar de los funcionarios públicos cuando pudieran violar el secreto que por razón de su cargo estuvieran obligados a guardar, situación que, a su vez, está acogida en el último párrafo del artículo 24.2 de la Constitución».

Por su parte, la STS de 28 de febrero de 1995 recoge que, en el curso del proceso seguido ante la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sentencia es objeto de casación ante el TS, el presidente de la Sala entendió que una de las preguntas hechas a un testigo policía no debía ser contestada por corresponder la respuesta al secreto profesional. El TS no cuestiona tal decisión; antes bien, la interpreta afirmando que del contexto se infiere que «la respuesta obligaría a descubrir el *modus operandi* para realizar las vigilancias y seguimientos de los traficantes». Ahora bien, el Tribunal apostilla lo siguiente:

«Dado que ya había declarado el testigo estar en un emplazamiento óptimo para percibir aquello sobre lo que declaraba, así como que estaba próximo al punto observado, es correcta la declaración de improcedencia de esta pregunta, que *nada agregaría a lo ya declarado sobre las condiciones del declarante para percibir sensorialmente los hechos sobre los que versaba su deposición testifical, ni hubiera influido sobre el valor probatorio que la Sala, en su inmediación, otorgaba a sus declaraciones*. La respuesta a la pregunta no hubiera alterado, en consecuencia, el sentido del fallo ni produjo por lo mismo indefensión».

Habiendo declarado los policías que estaban en un emplazamiento óptimo y muy cerca del lugar de los hechos, la pregunta que el presidente declaró impertinente era «¿estaban ustedes en la calle o en su habitación?». Y la respuesta, dice el TS, no aportaba nada, de ahí que el motivo de casación fuera desestimado. Lo mismo sucede en el Auto de 28 de junio de 1995, que reproduce el razonamiento transcrito de la Sentencia que se ha citado en primer lugar, mientras que la Sentencia de 12 de febrero de 1996 incorpora una argumentación singular, con un componente fáctico y otro decantado hacia la

futura eficacia policial, que se considera potencialmente comprometida si el funcionario concreta el sitio del bar en el que se encontraba y desde el que contempló los hechos:

«la precisión pretendida por la defensa del acusado (la concreción del punto desde el que los policías vieron los hechos sobre los que depusieron) encierra una doble dificultad. De un lado, porque bien poco podría aclarar al Tribunal la respuesta sin conocer exactamente el lugar de los hechos; y, de otro, porque podría implicar —de cara al futuro— una dificultad añadida o, tal vez, una imposibilidad práctica de efectuar vigilancias o seguimientos de las posibles actividades sospechosas que, en el porvenir, se pudieran desarrollar allí».

En cambio, la Sentencia de 3 de abril de 1996, de la que es ponente el mismo magistrado que de la anterior, declara haber lugar al recurso de casación por quebrantamiento de forma interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 22 de marzo de 1994 por haberse negado el presidente a que un testigo policía contestara a la pregunta «¿en qué lugar de la calle hacía la vigilancia o si estaba en la calle o fuera?». El TS consideró que la respuesta era trascendente a efectos probatorios y por eso estimó el recurso de casación. Y dirá,

«Preciso es reconocer que la pregunta rechazada por el Tribunal de instancia era pertinente y trascendente a la hora de apreciar la razón de ciencia del testigo; por cuanto si éste manifestó haber presenciado directamente determinados hechos, podía ser conveniente que precisase desde dónde los había presenciado (tanto por razón de la distancia, como de la posibilidad de visión directa o la existencia de obstáculos, etc.), como también lo hubiera podido ser, en su caso, concretar el momento de la observación (si fue de día o de noche, y, en este caso, si existía, o no, iluminación artificial en la zona, la intensidad de ésta, etc.). Al no entenderlo así el Tribunal de instancia, ha de reconocerse la razón que asiste al recurrente, cuyo motivo debe ser estimado. Todo ello con total independencia de la trascendencia que, en definitiva, pueda tener la respuesta que sobre el particular pueda dar el testigo al que se pretendió formular la pregunta de referencia».

¿Y hay acaso alguna diferencia sustancial entre la pregunta a la que se refiere la Sentencia de 3 de abril de 1996 y las demás? Evidentemente, no. Sucede que en unos casos se considera, acertadamente o no, ahí no entro, que la respuesta carece de relieve probatorio y en el último sí. De ahí cabe deducir lo siguiente: aunque a veces se involucre el secreto profesional de los policías, en supuestos como los comentados no es en realidad el secreto lo que se valora, sino la trascendencia probatoria que se asigna a la respuesta del policía en el seno del concreto proceso de que se trate. Planteamiento que es por completo correcto, aunque de la lectura de algunas de las Sentencias no se deduzca con la deseable claridad.

Planteamiento correcto, digo, porque es revelador de cómo lo que a veces se puede entender que es secreto no merece tal calificación si el conocimiento de lo que se oculta sirve al valor constitucional de la justicia. Y correcto, también, porque pone en manos del juez la decisión última acerca de si el funcionario ha de responder o no a lo que se le pregunta, extrayendo este fundamental extremo del libre arbitrio del agente. Una aplicación prudente de los artículos 439 y 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal puede solventar no pocos problemas. Puede, por un lado, exonerar al policía de responder a preguntas de cierto compromiso pero que no aportan nada al elenco probatorio; y puede, por otro, obligar al policía a responder a preguntas que él cree que no tiene que contestar, quedando así desplazada al juez la decisión fundamental sobre lo que debe permanecer en reserva y lo que debe ser comunicado por ser trascendente para el proceso.

En su decisión, el juez bien podrá hacer uso de la doctrina del Tribunal Constitucional relativa a la vulneración que del derecho a la tutela judicial efectiva deriva del rechazo carente de toda justificación de la prueba propuesta o cuando la motivación que se ofrezca pueda tildarse de manifiestamente arbitraria o irrazonable. Doctrina que, como recuerda la STC 169/1996, de 29 de octubre, requiere para su aplicación que la prueba haya sido propuesta en tiempo y forma, que los hechos que se pretendan probar tengan relevancia o virtualidad exculpatoria y que el medio probatorio propuesto sea objetivamente idóneo para la acreditación de tales hechos.

4. SECRETO, POLICÍAS Y JUECES: DIFERENTES HIPÓTESIS A CONSIDERAR

Ciertamente, el deber de secreto policial y su observancia ante los jueces no goza de muy buena prensa entre la doctrina. Así, no falta quien considera que el artículo 417.2 Ley de Enjuiciamiento Criminal «no puede convertirse en una patente de corso para el funcionario que también, por otros mandatos legales (...), está obligado a cooperar con la Administración de justicia. Se trata, una vez más, de una *colisión de intereses* que debe ser resuelta por la vía del *estado de necesidad*, dándole primacía al fin de la realización de la justicia frente al puramente funcional del mantenimiento del secreto (...) El denominado secreto policial, el secreto fiscal o cualquier otro obtenido por el funcionario en el ejercicio de su cargo debe, pues, ceder ante el valor prioritario de la Administración de justicia» excepto cuando «el secreto nada tenga que ver con la investigación judicial en un proceso penal» (Muñoz Conde). En una línea similar, Moreno Catena se pronuncia con taxatividad: «sin perjuicio del deber de guardar secreto *ad extra* sobre la evolución y resultado de las investigaciones, no cabe la ocultación a la autoridad judicial de hechos ilícitos; por consiguiente, al ser el secreto de policía sólo un medio para alcanzar el fin de la realización de la justicia, ha de decaer en el supuesto en que ambos entraren en conflicto». Por su parte, Queralt sostiene que «aparece como fuera de dudas el que los cuerpos de seguridad deban facilitar al juez o tribunal las

informaciones que éstos les interesen respecto de las personas implicadas procesalmente. La Ley aquí obliga a tales funcionarios a facilitar al órgano jurisdiccional cuanta información les sea requerida, sin por ello incurrir en tipo penal alguno, es más: obran plenamente justificados a la vista de la obediencia que deben a tales órganos» (recuérdese que la eximente de obediencia debida ya no existe en el Código penal de 1995).

Los testimonios doctrinales que se han transcrito tienen una buena dosis de razón; creo que aciertan en la dirección hacia la que se dirigen. Ahora bien, es preciso considerar si, efectivamente, el secreto de los policías cede o no, jurídicamente hablando, ante los jueces y tribunales. Si es cierto que el policía puede permanecer silente conforme a derecho. Cuestión ésta que, a mi modo de ver, hay que enfocar desde un planteamiento que estimo esencial y es el siguiente.

El secreto de los policías, vuelvo a insistir, no es un valor en sí mismo, sino una técnica instrumental al servicio de una serie de bienes jurídicos que el ordenamiento considera que deben ser protegidos también a través del deber de secreto (intimidación, eficacia policial, seguridad ciudadana, etc.). Pero para que dicha técnica cumpla realmente con su finalidad institucional es preciso que se den una serie de circunstancias objetivas; entre otras, que los bienes jurídicos protegidos por el deber de secreto no hayan de ceder frente a otros de mayor relevancia constitucional. Básicamente, frente al derecho a la tutela judicial efectiva que comporta el derecho a utilizar cualesquiera medios de prueba que sean pertinentes, lo que desde luego puede exigir que el deber de secreto de paso al deber de aportar al proceso los datos o informaciones que, inicialmente, quedaban cubiertos por aquel. Así lo reconoce expresamente el legislador en algún caso, como ha quedado visto.

A mayor abundamiento, la propia posición institucional de la policía avala que, ordinariamente, el deber de secreto no pueda operar válidamente ante los jueces. La policía, que investiga los delitos, que colabora activamente con los órganos titulares de la función jurisdiccional, es un elemento auxiliar de la justicia penal. Y ésto nunca puede perderse de vista. Todo el trabajo de la policía que se relaciona con la investigación de la delincuencia está, por definición, encaminado hacia la represión penal de los delitos, motivo por el cual lo que la policía sabe o conoce no puede obstaculizar nunca el ejercicio de la función jurisdiccional en su faceta penal. Existirán, sin duda, datos, informaciones o noticias que no deben trascender, pero ese es un extremo que, en el seno del proceso, debe ser decidido por el juez que es quien ha de calibrar si, efectivamente, la reserva debe mantenerse. Como dice Bernal Valls al concluir su análisis sobre el secreto de los policías en relación con los confidentes e informadores, «corresponderá a la prudencia del Tribunal, y siempre con esmerado respeto del derecho de defensa, la decisión de exigir o no el testimonio del agente de la policía. Pero no a éste o a su superior jerárquico la resolución de ocultar la información y por tanto un medio de prueba que se reputa necesario, pertinente e imprescindible a los fines de la justicia». La decisión del juez habrá de estar guiada por la trascendencia que lo que se

pretende que permanezca oculto tiene para el proceso concreto, pudiendo ser útiles a tal propósito los artículos 439 y 709 de la Ley rituaria criminal pueden ser útiles a tal propósito, como ya ha quedado dicho.

Por lo demás, conviene diferenciar entre los diversos supuestos en los que el policía puede alegar el secreto ante los jueces, que no son reconducibles todos ellos al mismo canon jurídico ni, por lo tanto, pueden ser tratados por igual. Supuestos que, hay que señalarlo, se refieren a la intervención del policía en el sumario o en el proceso en calidad de testigo. Si el funcionario comparece en calidad de imputado, procesado o acusado, podrá acogerse al derecho constitucional que le asiste a no declarar contra sí mismo, sobre el que existe una muy clara doctrina constitucional que afirma inherente al proceso penal acusatorio el reconocimiento al imputado de «la necesaria libertad en las declaraciones que ofrezca y emita, tanto en lo relativo a su decisión de proporcionar la misma declaración, como en lo referido al contenido de sus manifestaciones» (STC 197/1996, de 21 de diciembre).

Y una nueva precisión adicional. Aquí interesa el tema del deber de secreto cuando el policía interviene como testigo en un sumario o en un proceso. Pero las soluciones que se sugieren no son extrapolables a otras situaciones en las que el funcionario sí va a estar sujeto a un riguroso deber de reserva. Digámoslo con palabras tomadas del *Libro Blanco de la Justicia* aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial el 8 de septiembre de 1997:

«Por lo que respecta a la publicidad alcanzada por las investigaciones penales de carácter policial, la difusión de datos, nombres, imágenes o circunstancias relativas a hechos que no han tenido todavía el correspondiente tratamiento judicial, además de ocasionar evidentes perjuicios a los implicados, atenta en muchas ocasiones contra el derecho fundamental al honor, intimidad e imagen, sin referirnos ya a las repercusiones que pueda tener esta práctica en el derecho a la presunción de inocencia. Debe recogerse, por tanto, la prohibición a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad de difundir toda esta serie de datos que conozcan o contemplen en sus investigaciones policiales, correspondiendo al Juez o Tribunal que conozca de la causa la garantía de la reserva de la información».

Me permito señalar que el artículo 5.5 LOFCS ya contiene la prohibición que reclama el Consejo, que es plenamente operativa en supuestos como los que señala. Dicho lo cual, pasemos a exponer las diferentes hipótesis que pueden darse en el tema que nos ocupa.

4.1 Deber de secreto derivado de la aplicación de la legislación sobre secretos oficiales

En estos casos, el funcionario no puede revelar informaciones referentes a materias clasificadas en tanto en cuanto lo sean, por lo que si el 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. Lo más significativo del supuesto que se comenta es que el secreto no lo es tanto porque el funcionario deba guardar reserva sobre las informaciones de que tenga conocimiento por razón del ejercicio de sus cometidos profesionales, sino porque media una previa decisión clasificatoria adoptada al amparo de la Ley de Secretos Oficiales que a él le viene dada y sobre la que carece de toda competencia.

Es, en efecto, una hipótesis que difiere de las que se señalan más adelante porque el deber de secreto no trae tanto causa en el ejercicio de la actividad profesional (aunque a través de ella se llegue al conocimiento de lo clasificado) cuanto en la decisión clasificatoria adoptada por quienes tienen legalmente atribuida la potestad de dictarla y a la que el policía es por entero ajeno. Las materias clasificadas escapan por completo a la disponibilidad del policía, quien no tiene más remedio que asumir su existencia y observar escrupulosamente el deber de absoluta reserva. Entender otra cosa sería tanto como reconocer a un funcionario de policía capacidad para cuestionar una decisión adoptada por quien exclusivamente puede hacerlo y cuya conformidad a derecho se presume. El juez, naturalmente, podrá, si lo estima oportuno, dirigirse al órgano competente para la clasificación solicitándole la información que precisa y obtenerla mediando la pertinente decisión al respecto. La solución no puede ser otra mientras la Ley de Secretos Oficiales siga en vigor y su constitucionalidad no sea rebatida por quien en exclusiva puede hacerlo.

Y a tal propósito, conviene tener presente la dimensión jurisdiccional que ha adquirido el asunto de los llamados «papeles del CESID», tanto en la sede del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción (Sentencia de 14 de diciembre de 1995), como en la de la Sala 3ª del Tribunal Supremo que, en tres sentencias de pleno de 4 de abril de 1997, ha concluido, como es conocido, por ordenar la desclasificación de ciertos documentos. El tema es, sin duda, polémico y delicado, muy complejo también jurídicamente como lo prueban los diversos votos particulares formulados a dichas sentencias. Pero ahí están las resoluciones judiciales que evidencian cómo incluso en contra de la voluntad del órgano competente para desclasificar, es factible ordenar el levantamiento del secreto. Sucedido lo cual, el juez podrá disponer de la información que precisa merced a la desclasificación de los documentos e informaciones de que se trate.

4.2 Deber de secreto sobre materias no clasificadas

En esta hipótesis, que será la más normal y frecuente, cabe establecer una subdivisión.

4.2.1 Secreto de los funcionarios de la policía judicial específica

En puridad, hablar del secreto de los miembros de las unidades orgánicas de la policía judicial ante los jueces es un contrasentido. Con independencia de los problemas que puede suscitar su doble dependencia, orgánica y funcio-

nal, y de las críticas que la misma pueda merecer —y nótese que el *Libro Blanco de la Justicia* reclama la dependencia orgánica y funcional de las unidades de policía judicial—, es un hecho jurídicamente incontestable que en el ejercicio de las misiones de averiguación del delito y descubrimiento y aseguramiento del delincuente prevalece la dependencia funcional. Esto es, de los jueces, magistrados y del Ministerio fiscal. Por tal motivo, el deber legal de guardar secreto o, como dice el artículo 15 del RD 769/1987, de 19 de junio, «rigurosa reserva sobre la evolución y resultado de las concretas investigaciones, así como de todas las informaciones que, a través de ellas, obtengan», no puede oponerse frente a los órganos titulares de la función jurisdiccional. Excepción hecha, quizá, de las informaciones tangenciales que no sean relevantes, por referirse a otra cosa, para la represión jurisdiccional de los hechos delictivos en cuya investigación los miembros de las unidades orgánicas han participado.

Dicho de otro modo, el deber funcional de secreto que consagra el artículo 5.5 LOFCS no puede ser válidamente invocado aquí. Estamos hablando de funcionarios para quienes el deber constitucional de colaborar con los jueces y tribunales posee una excepcional dimensión que debe ser convenientemente valorada.

¿Y qué sucede si, por las razones que sean, el policía que forma parte de una unidad orgánica de policía judicial se niega a testificar alegando el deber de secreto? Habida cuenta de que, según doctrina generalizada, al delito de desobediencia es inherente la dependencia entre quien se niega a obedecer y quien provoca la negativa y considerando la mencionada dependencia funcional de los miembros de las unidades orgánicas de la policía judicial, parece que el rechazo a testificar con amparo en el deber de secreto ha de dar lugar a la comisión de dicho tipo delictivo. Y, a la vez, cabe considerar que es probable que las consecuencias punitivas no puedan eludirse fácilmente a través de la apreciación de una causa de justificación (obrar en cumplimiento de un deber), toda vez que el deber que para él prevalece es el de colaborar con la justicia en aras al esclarecimiento y represión penal de los delitos. La dependencia funcional que existe entre los funcionarios de la policía judicial y los jueces y tribunales no puede conducir, a mi juicio, a otra conclusión que la señalada. Y el policía tendrá el deber de testificar salvo que el presidente del tribunal declare que la pregunta que se le hace es improcedente conforme a los cánones procesales antes mencionados.

4.2.2 *El deber de secreto de los policías que no forman parte de las unidades orgánicas de policía judicial*

Hay que reconocer que falta la trabazón funcional que media entre los funcionarios de la policía judicial y los órganos del poder judicial. Empero, ha de advertirse que, siquiera sea no formalizada jurídicamente, dicha trabazón existirá si, conforme a lo dispuesto en el artículo 443 LOPJ, los policías son requeridos para prestar la función de policía judicial. Caso en el que habrá que

postular que, a los efectos que nos interesan, la solución sea la misma que la propuesta en el apartado precedente.

¿Y en la otra hipótesis, es decir, en la de policías que actúan al margen de cualquier requerimiento judicial? Cabría pensar que el silencio del funcionario podría estar penalmente cubierto por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber (el que le impone el artículo 5.5 LOFCS), que determinaría la exención de responsabilidad criminal por la comisión de un delito de denegación de auxilio a la justicia, que es el tipo aplicable cuando no media ninguna dependencia entre quien requiere auxilio y quien se niega a prestarlo. Con ello, se compatibilizarían aparentemente dos deberes contradictorios: el prestar auxilio a la justicia en condición de testigo y el de guardar riguroso secreto. La conducta silente no dejará de ser típica, pero en el oportuno proceso los jueces podrán apreciar si concurre o no la causa de justificación valorando si la denegación de auxilio fué jurídicamente debida o no. Señala al respecto Quintero Olivares que las razones por las que se decide denegar el auxilio «se podrán atender, y quizás incluso puedan llegar a integrar una circunstancia eximente, pero eso pertenece a otras fases ulteriores del procedimiento que no impiden que se pueda incoar por concurrencia de la conducta típica objetiva y subjetivamente». Y apostilla el autor algo que resulta de interés: si la denegación de auxilio tiene el objetivo de ocultar o encubrir un delito o facilitar la huida del culpable, ya no estaremos ante esta figura delictiva, sino ante el encubrimiento o el delito de omisión del deber de perseguir delitos.

El planteamiento expuesto parece resolver la colisión de deberes que se produce entre el de auxilio a la justicia y guardar secreto, colisión que se produciría porque, a diferencia de lo que sucede con la policía judicial, parece que no ha de prevalecer el de prestar colaboración requerida. Sin embargo, es esto lo que está por demostrar; lo que hay que resolver es si, efectivamente, el deber de guardar secreto es apto para enervar el deber de auxiliar a la justicia. Y la respuesta puede ser negativa si consideramos que éste segundo deber encuentra en su base la colaboración con el poder del Estado que tiene encomendado el ejercicio de la función jurisdiccional y que, en lo que ahora nos interesa, sirve a la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial. Como dice la STC 174/1995, de 23 de noviembre, «el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales».

Desde este punto de vista, y considerando de nuevo que la actividad de la policía cuando investiga los delitos forma parte, en definitiva, de la cadena que conduce al ejercicio de la actividad jurisdiccional en su vertiente penal, cabe poner seriamente en duda que el policía que no integra las unidades orgánicas de policía judicial, no tenga la obligación constitucional y legal de prestar la colaboración requerida por los jueces y tribunales, que no podría verse contrarrestada, en el plano de la responsabilidad criminal, por la eximente de obrar en cumplimiento de un deber.

De admitirse así, llegaríamos al siguiente resultado final: todos los policías, y abstracción hecha del supuesto de las materias clasificadas, tienen la obligación de proporcionar a los jueces y tribunales la información que les sea solicitada en el curso de un sumario o procedimiento, obligación cuyo incumplimiento acarreará las pertinentes responsabilidades penales. De esta forma, el deber de secreto del artículo 5.5 LOFCS no sería oponible frente al poder judicial, puesto que sobre él se sitúa el intenso deber de colaboración con la Administración de justicia que deriva con toda naturalidad de la condición de policía, de las misiones que tiene asignadas y de su relevante papel en orden al enjuiciamiento penal de los hechos delictivos que, en última instancia, remite al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Éste planteamiento no lleva aparejada la tacha de inconstitucionalidad global del artículo 417.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pero sí permite sostener su más que dudosa aplicabilidad a los funcionarios de policía. Por otra parte, y al igual que ha quedado dicho con motivo del secreto de los funcionarios de policía judicial, al juez corresponderá valorar prudentemente si el policía debe responder o si, por el contrario, la pregunta es impertinente por no aportar nada su respuesta al elenco probatorio.

En definitiva, de lo que se trata es de hacer efectiva la regla consagrada en el artículo 4 del *Código de Conducta para funcionarios encargados de hacer cumplir la Ley*, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979, que he transcrito al comienzo de este trabajo. Me limito a recordar ahora que, no coincidente en este punto con la *Declaración sobre la policía* adoptada unos meses antes por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, el texto enfatiza que las necesidades de la justicia prevalecen sobre el secreto policial, que la información de que dispone la policía debe revelarse para atender las necesidades de la justicia. A la vista de lo expuesto hasta ahora, se comprenderá que esté de acuerdo con tal principio. Ahora bien, no por ello dejo de observar síntomas productores de cierta insatisfacción, que me hacen pensar que es probable que el tema no quede del todo resuelto a través del expediente de postular que el secreto policial debe ceder ante los jueces y que, en otro caso, recaerán sobre el funcionario las responsabilidades penales pertinentes. Volveré un poco más adelante sobre este extremo. Ahora me limito a señalar que si la percepción de ciertas insuficiencias, dificultades o desajustes no es bastante para descalificar la conclusión fundamental, tampoco sería correcto razonar como si dichas insuficiencias, dificultades o desajustes no existieran.

5. LOS CONFIDENTES

La vieja cuestión de los confidentes de la policía y su conexión con el secreto policial merece un momento de atención porque estimo que existen soluciones eficaces que permiten sostener que el deber de secreto no sirve para amparar la identidad de aquellos. La cuestión, como digo, es vieja; in-

cluso lo es en el plano normativo como lo demuestra, por ejemplo, la Real Orden del Ministerio de Gracia y Justicia de 4 de octubre de 1861, conforme a la cual,

«Siendo aplicables a los empleados civiles de vigilancia las razones en que se apoyaron las Reales Órdenes de 5 de julio de 1850 y 31 del propio mes de 1851 para disponer que no se obligase a los individuos de la Guardia Civil a revelar en juicio los nombres de sus confidentes, la Reina (Q.D.G.) de conformidad con el dictamen de las secciones reunidas de Gobernación y Fomento, y de Estado y Gracia y Justicia del Consejo de Estado, ha tenido a bien resolver que dichas Reales Órdenes sean extensivas a los Inspectores, Comisarios, Celadores, Vigilantes y demás empleados del ramo de vigilancia, cualquiera que sea su denominación, sin más diferencia que la que nace del carácter puramente civil de estos funcionarios, que no reconocen juzgado especial».

El texto transcrito no tiene otro valor que el meramente ilustrativo. El mundo de la confidencia ha estado ahí y sigue estándolo. Aunque es generalmente reconocido como irremediable, el recurso policial a la figura del confidente no merece un juicio favorable. Recuérdese que Carrara decía que «se acepta al confidente como una necesidad, del mismo modo que se acepta el estiércol para el abono del campo», palabras cuyo grafismo eximen de cualquier esfuerzo exegético. Recurso a la confidencia que, según la STS de 22 de marzo de 1986, lleva aparejada la exención de revelar la identidad de los informadores y confidentes y las circunstancias de su localización y actuación, y puede desembocar en una situación que ha sido bien enjuiciada por Moreno Catena con palabras que merecen ser transcritas:

«Queda por mencionar, dice el autor, el problema de la ocultación del nombre de los *confidentes*, personas pertenecientes por lo general a los ambientes delictivos, que prestan a la policía el servicio de proporcionarle información, no siempre con fines altruistas y en defensa de la sociedad. Esta ocultación es consustancial a la figura misma y tiende, por un lado, a evitar posibles represalias de los delatados y, por otro lado, a permitir su utilización futura como fuente de información. La existencia misma de los confidentes y la obligada ocultación de sus nombres no es de recibo en un Estado democrático porque, en el primer caso, el Estado debe estar en condiciones de evitar aquellas represalias; en el segundo, por cuando es la propia policía quien no quiere que el nombre del confidente sea conocido e, incluso, cuando se trata de delinquentes de 'rango menor', en ocasiones les 'protege' o 'tolera' sus actividades delictivas, recompensándoles así ilícitamente a cambio de aquella información; finalmente, porque se priva al inculpado de un medio de prueba, tal vez vital para su defensa».

Con frecuencia, el tema de los confidentes se observa desde una perspectiva patológica: se teme que merced a la reserva sobre su identidad se

oculten hechos delictivos cometidos por aquellos. Gracias a la colaboración que presta a la policía, el confidente gozaría, así, de una cierta impunidad. Y de inmediato hay que decir que si se verifica en la práctica una hipótesis semejante se produce una quiebra del Estado de derecho, que no puede tolerar la perpetración de hechos delictivos al socaire del descubrimiento de otros. Quizá, no obstante, quepan aquí algunos matices, como los que apunta Zurita, quien sostiene que si los hechos delictivos no son perseguibles de oficio el funcionario estará excusado de denunciarlos, si bien la denuncia del ofendido le obligará a declarar y a revelar la identidad del confidente. Planteamiento éste que es coherente con la necesidad de que el ofendido tome la iniciativa en ciertos casos para que pueda ponerse en marcha la persecución penal del delito y que no hurta el deber de testificar si, efectivamente, el ofendido actúa de esa manera.

En cualquier caso, es una evidencia que, dígame o no expresamente en una norma, los policías no pueden ocultar la identidad de los confidentes que cometen delitos públicos. Tienen la obligación de comunicar los hechos a la autoridad judicial (artículo 284 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que se refiere a la policía judicial genérica o inespecífica) y, por supuesto, el deber de revelar su identidad si así se les requiere judicialmente. El artículo 15 de la Orden Ministerial de 30 de septiembre de 1981 era, en este punto, inequívoca: los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, se leía allí, «no estarán obligados a revelar la identidad o circunstancias de aquellas personas que colaboraren con ellos, salvo cuando la actuación de éstas hubiera dado lugar a la comisión de hechos punibles». El hoy vigente artículo 5.5 LOFCS no contiene esa importante salvedad, seguramente, y a salvo de que de los debates parlamentarios de la Ley se deduzca otra cosa, porque se piensa que es innecesaria. En cualquier caso, dice el precepto que los policías «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», motivo por el cual la cuestión debe quedar zanjada en el sentido dicho.

Algún problema adicional suscita la ocultación de la identidad de los confidentes cuando su intervención procesal es necesaria para el esclarecimiento de los hechos delictivos. Si tal necesidad no existe, convengo con la opinión de que no es pertinente el testimonio del confidente, si bien es obvio que la decisión sobre el particular corresponde adoptarla al juez y no al funcionario de policía. Pero cuando es preciso para el logro de la verdad material que el confidente testifique, no hay duda de que debe hacerlo, máxime cuando, en la actualidad, existen mecanismos que le permiten mantener el anonimato y, con ello, preservar tanto la eficacia policial que se apoya sobre la confidencia como la propia integridad física de quien se presta a ella, sujeto siempre al riesgo de represalias.

Tal posibilidad, que se contempla en la Resolución 827 (1993), de 25 de mayo, del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, por la que se crea un Tribunal Internacional para el castigo de los crímenes internacionales per-

petrados en la antigua Yugoslavia (artículo 22 del Estatuto del Tribunal), y que ha merecido la atención del Consejo de la Unión Europea en la Resolución de 23 de noviembre de 1995, relativa a la protección de los testigos en el marco de la lucha contra la delincuencia organizada internacional, cuenta, además, con el aval del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Éste, en efecto, reconoce a los Estados parte del Convenio el poder de organizar su procedimiento penal de manera que los intereses de los testigos y de las víctimas no sean indebidamente puestos en peligro, sin que ello suponga infracción del derecho a un proceso público ni del derecho que el Convenio reconoce al acusado a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él.

Así, en la Sentencia *Van Doorson c/ Holanda*, de 26 de marzo de 1996, y ante la evidencia de que los traficantes de drogas recurren frecuentemente a las amenazas o a la violencia frente a las personas que testifican contra ellos, el Tribunal considera justificado el mantenimiento del anonimato de los testigos. Es cierto, dirá, que ello confronta a la defensa con dificultades que no deberían normalmente plantearse en el marco de un proceso penal, pero precisa que ninguna violación del Convenio puede apreciarse si se acredita que el procedimiento seguido ante las autoridades judiciales ha compensado suficientemente los obstáculos a los que se enfrentaba la defensa. El interés en garantizar la seguridad de los testigos puede así prevalecer sobre el del acusado a conocer la identidad de aquellos. Ahora bien, se apostilla que incluso en los procedimientos en los que concurren contrapesos suficientes para compensar de manera adecuada los obstáculos a los que se enfrenta la defensa, una condena no puede basarse únicamente, ni en una medida determinante, sobre declaraciones anónimas.

En España, la fórmula encuentra respaldo normativo en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, sobre protección a testigos y peritos en causas criminales, que no es caso de analizar aquí. Baste con traerla a colación y con recordar que el artículo 2 establece una serie de decisiones que los órganos jurisdiccionales pueden adoptar en orden a la preservación del anonimato de los testigos que lo requieran, para concluir con que cualquier obstáculo al testimonio de los confidentes de la policía queda erradicado y, por ello, cualquier pretensión policial de mantener la identidad de los mismos a salvo de las pesquisas judiciales se revela manifiestamente carente de base justificativa. Con la Ley orgánica 19/1994 en la mano, las insalvables dificultades que la STS de 30 de mayo de 1995 encuentra en el recurso a confidentes que son presentados como testigos de referencia desconocidos o no identificados, quedan soslayadas. Y señálese que, al menos en una ocasión, la Sala 2ª del Tribunal Supremo se ha detenido ya en el cauce de la repetida Ley orgánica, admitiendo el anonimato del testigo de cargo que compró heroína al condenado en instancia y manteniendo el pronunciamiento condenatorio, si bien es verdad que, en línea con la jurisprudencia de Estrasburgo, hace notar que el testimonio no fué el único instrumento utilizado para enervar la presunción constitucional de inocencia del encausado (Sentencia de 6 de mayo de 1997).

6. REFLEXIÓN FINAL

Hora es ya de concluir con este polémico asunto. Y de hacerlo, además, poniendo de relieve que, si estimo que las cosas deben ser como han quedado expuestas, no por ello dejo de percibir algunos motivos de insatisfacción. En primer lugar, que si es verdad que el funcionario que se niega a testificar apelando al secreto profesional arriesga una condena penal, ello nada resuelve en el plano de la búsqueda de la verdad material porque podrán seguir en ocultación los datos que se estiman de necesaria contribución para el logro de tal objetivo. De ahí que la vía de la responsabilidad criminal del funcionario no arregle en realidad nada desde el punto de vista de los fines del proceso. Quizá sirva como disuasoria y sea apta en ocasiones para vencer el empecinamiento del policía, pero se convendrá en que puede no ser infrecuente que éste se sienta más vinculado por la normativa reguladora de su comportamiento profesional que por la obligación de contribuir al más eficaz funcionamiento de la Administración de justicia. Hay que tener en cuenta, en fin, que los policías ven a veces en los jueces algo así como a los obstaculizadores de lo que ellos consideran que es el óptimo desempeño de sus cometidos. Es una visión patológica contra la que hay que luchar sin descanso, que no digo que esté muy extendida pero que está ahí, que genera celos y que puede contribuir a la adopción de actitudes defensivas entre las que se encuentra el otorgamiento al deber de secreto por los policías de una dimensión que ni tiene ni puede tener.

En segundo lugar, en no pocas ocasiones no será fácil discernir si el secreto se guarda por convencimiento de que debe guardarse o por encubrir la comisión de hechos delictivos. Es un lugar común afirmar que el deber de secreto no puede servir para ocultar actividades punibles ni a quienes las realizan. Pero, ¿cómo saber si el secreto se utiliza para eso sin penetrar en lo que se calla? La condena penal, de nuevo, resuelve sólo parcialmente el problema puesto que deja intacta la cuestión fundamental; a saber, que los hechos delictivos permanecen salvaguardados por el secreto, por lo que el fracaso de la justicia penal es notorio.

En tercer lugar, no cabe desconocer que pueden existir razones de peso para justificar el secreto incluso ante los jueces por tratarse de informaciones que no tienen trascendencia probatoria suficiente en los términos que han quedado expuestos y que, por eso mismo, no deben ser reveladas pues no contribuyen al esclarecimiento de la verdad material. Pero lo que no parece oportuno es dejar al policía la decisión soberana sobre lo que tiene o no relieve probatorio, dado que sólo le corresponde al juez que es quien, como es sabido, tiene atribuida la facultad de valorar la pertinencia de la prueba y extraer de ella las consecuencias oportunas. El cauce de los artículos 439 y 709 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permitirá solventar los problemas con frecuencia, pero como su correcta aplicación depende de la prudencia y buen criterio de los jueces, nada asegura que los conflictos se resuelvan siempre de la forma más óptima. Quizá una línea jurisprudencial consolidada en vía casacio-

nal contribuya positivamente estableciendo pautas claras, pero pienso que no tiene por qué recaer siempre sobre las espaldas de los titulares de la función jurisdiccional la resolución de problemas que bien podrían abordarse desde el derecho de producción legislativa.

Y, por último, cabe imaginar también que una revelación de informaciones y datos que sean trascendentes para el proceso puede, a su vez, poner en peligro determinados bienes jurídicos. La divulgación de los detalles de ciertas operaciones o dispositivos puede ser necesaria para el fin del proceso, pero también comprometer la eficacia futura de la policía y, con ella, a la propia seguridad ciudadana, que no se olvide que está constitucionalizada. Ésta es, quizá, la expresión más aguda del conflicto que existe entre el secreto policial y las necesidades de la jurisdicción penal. Que no sea frecuente, que deba reputarse sin duda de excepcional, no quiere decir que haya que descartarla. Bien haría el legislador en preocuparse por ella e idear un cauce en el que, con respeto a los principios de contradicción y publicidad procesal, el juez tuviera acceso restringido a tales informaciones. Dado que mi condición profesional no es la de procesalista, no me parece prudente ir más lejos, aunque reconozco que una solución semejante ni es sencilla ni está exenta de muy notables dificultades, que quizá sean insalvables.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

La conexión entre el artículo 80 LFCE, su pretendido desarrollo reglamentario y la Ley de Secretos Oficiales que se apunta al inicio del epígrafe 1, la establece E. Gómez-Reino y Carnotta: «El principio de publicidad de la acción del Estado y la técnica de los secretos oficiales», *Revista Española de Derecho Administrativo*, 8, 1976, 128, trabajo cuya consulta sigue siendo recomendable a pesar de su fecha. Se han tenido muy en cuenta, F. Sainz Moreno: «Secreto e información en el Derecho público», en *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, tomo III, 2890 ss., y R. García Macho: *Secreto profesional y libertad de expresión del funcionario*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 1994, 20 ss.; M. Sánchez Morón: *Derecho de la función pública*, Madrid, Tecnos, 1996, 247-250. Un planteamiento general y útil relativo a lo que su título indica en J. Bermejo Vera: «El secreto en las Administraciones públicas. Principios básicos y regulaciones específicas en el Ordenamiento jurídico español», *Revista Española de Derecho Administrativo* 57, 1988, 17 ss. Acerca del artículo 5 LOFCS y su importancia, J. Barcelona Llop: «Principios básicos de actuación de las fuerzas policiales», en el vol. col. *Policía y seguridad: análisis jurídico-público*, Oñati, HAEE/IVAP, 1990, 45 ss.

La referencia a J.M. Michavila Núñez con que se inicia el epígrafe 2 pertenece a su trabajo, a mi juicio en exceso simplificador, «El derecho al secreto profesional y el artículo 24.1 de la Constitución: una visión unitaria de la institución», en *Estudios sobre la Constitución española*, cit., vol. II, 1415 ss., lo

entrecorrido en 1427. Para el análisis de la cuestión por el que son citados E. Gómez-Reino y Carnotta: «El secreto profesional de los periodistas», *Revista de Administración Pública*, 100-102, 1983, vol. I, 611 ss.; M. Carrillo: *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid, Civitas, 1993, 175 ss.; vid., también, A. Fernández-Miranda: *El secreto profesional de los informadores*, Madrid, Tecnos, 1990, especialmente 31 ss., aunque sobre la diferencia entre el secreto profesional y el de los periodistas el autor insiste repetidamente a lo largo de toda la obra. Sobre las diversas especies de secreto en la Administración, Sainz Moreno: *op. cit.*, 2890 ss.; García Macho: *op. cit.*, todo su capítulo II.

El Informe Nolan se maneja por su publicación en castellano a cargo del IVAP, 1996; véase la detenida atención que le dedica E. García de Enterría: *Democracia, jueces y control de la Administración*, Madrid, Civitas, 1995 (hay ediciones posteriores, la 3ª es de 1997), 73 ss. Sobre la inexcusable apoyatura del régimen jurídico de las fuerzas de seguridad en el adecuado y eficaz desempeño de sus misiones constitucionales y legales he insistido en varias ocasiones; últimamente en *Policía y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1997, *passim*. La cita de Carrara se toma de J. Bernal Valls: «Deber de declarar y derecho al silencio en la prueba testifical del proceso penal (sumarias consideraciones sobre su problemática actual)», *Poder Judicial*, 5, 1987, 27, por nota.

Sobre la información al Parlamento de materias clasificadas, tema que se alude al inicio del apartado 1) del epígrafe 3, vid., entre otros, Sainz Moreno: *op. cit.*, 2951 ss.; E. García-Trevijano: «Materias clasificadas y control parlamentario», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 48, 1996, 145 ss., quien tiene a la vista el Proyecto de la que más tarde será Ley 11/1995, sobre gastos reservados.

Ya en el apartado 3), se detiene muy críticamente en la STS de 22 de marzo de 1986 Mª L. Maqueda Abréu: «El caso Ballesteros. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de marzo de 1996», *Poder Judicial*, 2, 1986, 93 ss. De G. Quintero Olivares: «La colaboración entre poderes y la denegación de auxilio», en el vol. col. *Policía y sociedad*, Madrid, Ministerio del Interior, 1990, 284 para el componente intencional del elemento subjetivo del delito de denegación de auxilio; también, su comentario al artículo 412 del Código penal de 1995 en la obra colectiva, por él mismo dirigida, *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Pamplona, Aranzadi, 1996, 1161. La cita de E. Gimbernat pertenece a su artículo «Fondos reservados y secreto de Estado», publicado inicialmente en el diario *El País*, de 8 de junio de 1989, y luego en sus *Estudios de Derecho penal*, Madrid, Tecnos, 1990 (3ª ed.), 36-38; el texto del Dictamen que se menciona en 37, por nota.

El texto del Auto de 20 de febrero de 1995 que se transcribe, lo tomo de O. Morales García: «Fondos reservados, revelación de secretos y denegación de auxilio (a propósito de los últimos pronunciamientos del Tribunal Supremo)», *Actualidad Penal* 1996, nº 16, 265. A él se refiere P. Santolaya Machetti («El control de los secretos de Estado; la experiencia en derecho comparado», *Poder Judicial*, 40, 1995, 75-76), en los siguientes términos: «esta decisión

judicial no tiene el alcance general que se la ha querido otorgar, sino que debe ser matizada, a pesar de su ambigüedad, por el hecho de que el razonamiento se produce a los solos efectos de rechazar la existencia de coacción o provocación para la comisión del delito de revelación de secretos por parte de un juez instructor que pregunta a un funcionario sobre el uso o destino de los fondos reservados». Prácticamente las mismas palabras en el trabajo de Garrido Cuenca que se cita un poco más adelante, 231, por nota.

Para los testimonios doctrinales que se transcriben al inicio del apartado 4), relativos al secreto frente a la Administración de justicia, F. Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1996 (11ª ed.), 846; V. Moreno Catena en VV.AA. *Derecho Procesal. El proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1990 (3ª ed.), 316; J.J. Queralt Jiménez: *La obediencia debida en el Código Penal*, Barcelona, Bosch, 1986, 118. La cita un poco más abajo a Bernal Valls, de su *op. cit.*, 29.

Las sentencias del Tribunal de Conflictos de Jurisdicción y de la Sala 3ª del Tribunal Supremo sobre los llamados «papeles del CESID» que se mencionan a propósito de los secretos oficiales son ampliamente comentadas por B. Lozano: «El sistema de conflictos jurisdiccionales, las materias clasificadas y el control judicial de la Administración» y «El control judicial de los secretos de Estado: las Sentencias del Tribunal Supremo sobre los documentos del CESID», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, 91 (1996) y 94 (1997), 437 ss. y 255 ss.; desde perspectivas no siempre coincidentes con las de Lozano, N. Garrido Cuenca: «El episodio judicial de la desclasificación de los papeles del CESID: las Sentencias del Tribunal Supremo de 4 de abril de 1997. Paradojas y paralogismos de un conflicto entre la función de Gobierno y el derecho a la tutela judicial efectiva», *Revista de Administración Pública*, 143, 1997, 229 ss. Vid. asimismo, con datos de otros ordenamientos y deteniéndose en la Sentencia del Tribunal de Conflictos de 14 de diciembre de 1995, el estudio citado de Santolaya. Desde el derecho penal, el tema de los secretos de Estado, puesto en el candilero jurídico con motivo de las decisiones mencionadas, es estudiado, circunscrito a lo que el título indica, por Morales García: *op. cit.*, en su totalidad.

En lo concerniente a la aplicación de los tipos penales de desobediencia y denegación de auxilio en función de que el funcionario sea o no miembro de la policía judicial, se sigue de cerca a Quintero Olivares: *La colaboración entre poderes*, cit., en su totalidad; *Comentarios*, cit., 1152 ss. Para la identificación precisa de la policía judicial específica, Barcelona Llop: *Policía y Constitución*, cit., 315 ss.

La cita de Moreno Catena relativa a la confidencia que se trae a colación en el apartado 5) en su *op. cit.*, 316. Además de las páginas 26 a 29 del mencionado trabajo de Bernal Valls, vid. J. Zurita Bayona: «Informadores, confidentes y el secreto profesional», *Ciencia Policial*, 13, 1991, 70 ss.