

Artículos

Consideraciones sobre el Anteproyecto de Reforma Parcial a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales: El Secreto de Estado

Humberto Briceño León

Profesor de Derecho Administrativo U.C.V.

En nuestro criterio resulta importante, desde el punto de vista jurídico, mostrar desde el derecho comparado que en los regímenes correspondientes a las democracias liberales contemporáneas se han prescrito la noción de Secreto de Estado y así se ha regulado su noción, funcionamiento y límites. En el contexto de estas evidencias es también preciso anotar que la mayoría de los Estados contemporáneos a pesar de haber emprendido un intenso proceso de despenalización de los ilícitos en general y de los administrativos en particular, en el área de Secreto de Estado conservan una clara normativa penalizadora de los ilícitos cometidos contra el Secreto de Estado. Resulta de este modo importante recordar al profesor Giovanni Sartori, quien, en su obra *Teoría de la Democracia*, conceptualiza a la democracia desde un punto de vista instrumental, es decir, describiendo los elementos que le son esenciales en su propio y real funcionamiento actual, abandonando las concepciones idealizantes y finalistas sobre la democracia. Desde esta perspectiva descriptiva-instrumental podemos admitir como parte de los regímenes democráticos a fórmulas juridificadas destinadas a preservar y por ello prevenir y erradicar los riesgos a la existencia misma del Estado democrático-liberal. Con ello estamos diciendo que las democracias contemporáneas cuentan con un importante sistema de Seguridad de Estado y por ello con regulaciones sobre la institución Secreto de Estado (se consignan copias de las normas relevantes de los vigentes códigos penales francés, español e italiano).

Don Manuel García Pelayo (“Derecho Constitucional Comparado”, Editorial: *Revista de Occidente*, 2da. Edición, págs.: 198 y siguientes) afirma que el Estado Democrático Liberal contiene un antinomia al exigir de libertades liberales y el liberalismo de exigencias democráticas. Por una parte el liberalismo supone división de poderes como recurso para limitar los propios poderes, y la democracia en cambio no admite, teóricamente hablando, limitación alguna para los poderes del Estado. Para el liberalismo es esencial la salvaguarda de los derechos de la minoría, para la democracia la voluntad de la mayoría no puede tener límites. Así Don García Pelayo muestra el antagonismo al afirmar que en el punto en que comienza la independencia de la existencia individual se detiene la jurisdicción de la supuesta soberanía del pueblo. De ese mismo modo, la necesidad del Secreto de Estado para la seguridad es antinómica con la noción de las libertades que el liberalismo ha proclamado para los individuos. Así, para preservar la libertad del liberalismo es necesario que el Estado asegure el orden jurídico que le es propio. En algunas áreas la libertad ilimitada podría dañar esa seguridad jurídica del Estado liberal, y en esa tal vez insalvable antinomia entre libertades individuales y necesidad de existencia de la seguridad del Estado, es en donde debe producirse un punto estable que equilibre ambos polos en tensión, a la necesidad del Secreto y la necesidad de libertad, es decir, preservando las áreas de libertad cuya restricción no resulte absolutamente necesaria para la existencia misma del Estado liberal, y a la vez ejerciendo funciones concretas que limiten esas áreas absolutamente necesarias para preservar la existencia de

este Estado. De esta forma nuestras sociedades han de convivir con áreas de información y conocimiento que por la estricta necesidad de salvaguarda de la existencia del Estado han de permanecer fuera del alcance de los particulares en general. En efecto, para la concepción liberal el Secreto de Estado constituye una situación excepcional, la regla clara del constitucionalismo liberal contemporáneo, como todos sabemos, es aquella que afirma la libertad como ilimitada del ciudadano a salvo las necesarias limitaciones excepcionales que han de crearse para la existencia misma de los derechos de ese individuo, y por otra parte una noción de Estado que en principio estaría absolutamente limitado en su acción salvo que la Ley lo habilite a actuar para restringir área de los derechos ciudadanos. De esta forma el género es la libertad y la excepción la acción del Estado frente a la libertad.

Esta concepción sobre la antinomia entre libertad y Secreto de Estado, en los sistemas jurídicos de Derecho Continental como el nuestro, Francia, Italia y España, adquiere una especial importancia debido a nuestros sistemas constitucionales en concreto. Observen ustedes que de esta noción surge que sólo a través de la Ley pueden limitarse los derechos del individuo, es decir, con la noción constitucional de la reserva legal se establece una fundamental garantía, parte esencial de la concepción que sobre el Estado contemporáneo hoy en día tenemos. Hablamos de la garantía que supone y que se deriva del constitucionalismo liberal de la reserva legal, es decir aquellas determinaciones constitucionales según las cuales sólo el legislador puede restringir esferas de derechos pertenecientes a los individuos, reconociéndose con una doble garantía, una de naturaleza formal, y otra de naturaleza sustantiva. De naturaleza formal que la restringe sólo a un órgano del Estado, en nuestro caso al Congreso Nacional, el poder para limitar los derechos de los ciudadanos; y garantía de naturaleza sustantiva que custodia que el contenido del derecho individual del cual se trate exista plenamente, salvo las restricciones que el legislador haya acordado, así esta noción sustantiva a su vez impone que no pueda haber una restricción al contenido mismo del derecho que niegue la existencia misma del Derecho, hasta tal extremo no puede llegar la facultad legislativa del Congreso. Si bien las constituciones contemporáneas quieren algunas limitaciones a los derechos, no permiten, no acuerdan su posible erradicación. La garantía que expresa la reserva legal existe en el sistema constitucional venezolano, y es a la que de manera fundamental quiero referirme con relación a los proyectos de Ley que han sido sometidos a nuestra consideración.

Antes quiero reconocer el importantísimo esfuerzo intelectual, doctrinal y jurídico que observo en los tres proyectos de Ley elaborados por la Comisión respectiva, sin duda alguna muestran un importante resultado que ha concluido con proyectos acordes en general con la más moderna legislación. Creo que quienes predicaban la incapacidad de los parlamentos contemporáneos para legislar encuentran en estos tres proyectos de Ley un importante ejemplo de capacidad, de atención al derecho contemporáneo, y sobre todo de precaución a la hora de legislar materias tan sensibles.

De modo que quiero felicitar a la Comisión por el excelente trabajo en la elaboración de los proyectos de Ley que a nuestra consideración han sido sometidos sobre el Secreto de Estado. No obstante me permitiré hacer unas sugerencias puntuales sobre algunos temas que creo pueden ser de interés considerar al momento de legislar sobre esta materia.

Decía que estimo como uno de los elementos más importante que hay que tener presente a la hora de legislar en esta materia, a la garantía de la reserva legal. Así no debe ni puede, constitucionalmente hablando, el legislador delegar sus poderes de restricción a derechos. Predico, debe permanecer, conforme a los sistemas democráticos liberales contemporáneos, en manos del legislador de manera exclusiva el poder para restringir los derechos de los individuos. En efecto nuestra Constitución en el numeral 24 del Artí-

culo 136 reserva al legislador nacional, sólo a este Congreso, el poder de restringir los derechos de los ciudadanos, de modo que emisores de normas distintos al Congreso Nacional, como aquellos conformados por otros cuerpos deliberantes o el propio ejecutivo en ejercicio de sus potestades normativas, no tienen en el sistema constitucional venezolano poder para restringir los derechos de los individuos. Esta garantía también impide que este Congreso pueda delegar esos poderes normativos que le están reservados por la Constitución. Es frecuente observar en algunas legislaciones de las democracias liberales contemporáneas que intenten delegar ese poder al poder reglamentario de rango sublegal, emitido por supuesto por órganos de naturaleza no normativa desde el punto de vista formal. Es conocido que durante los años treinta la gran discusión sobre dos leyes en las cuales el Congreso de los Estados Unidos de América ante la crisis de los años treinta delegó en el presidente de los Estados Unidos el poder de emitir numerosas regulaciones que obviamente estaban destinadas a superar la crisis económica pero implicaban la restricción de muchos derechos de los ciudadanos. Dos sentencias de la Corte Suprema de los Estados Unidos por primera y única vez claramente determinaron la inexistencia del poder del Congreso de los Estados Unidos de América para delegar sus poderes normativos, y así se formuló la famosa teoría de la no delegación de autoridad que desde los años treinta prevalece con modificaciones hasta nuestros días.

Se nos ha pedido consideremos si es necesario legislar en esta materia de Secreto de Estado. Lo antes expuesto responde en parte a dicha inquietud. Como hemos visto la declaratoria de Secreto de Estado obviamente restringe, aún cuando parcialmente, libertades como la correspondiente a la expresión y comunicación que en nuestro sistema constitucional se acuerda a los individuos, y como la restricción a los derechos individuales es materia de reserva legal como está explicado, resulta que es sólo el legislador quien válidamente, constitucionalmente, puede restringir estos derechos. De este modo es precisamente sólo la Ley, es decir, exclusivamente el legislador nacional este Congreso, quien tiene constitucionalmente poderes para restringir la libertad de expresión. Por ello al ser la declaratoria de Secreto de Estado una restricción a ese derecho obviamente corresponde al legislador normar y regular esta materia. De este modo, cualquier otra regulación primaria proveniente de órganos distintos a este Congreso que directamente restringiera el derecho a la libertad de expresión sería inconstitucional. De igual modo es necesario anotar que no puede el legislador al intentar establecer restricciones a los derechos, delegar ese poder a otros órganos del Estado. Aquí surge una pregunta de importancia ¿hasta dónde puede el legislador invitar al reglamentista a completar la Ley?. Si bien es cierto que contemporáneamente no podemos hablar de una rigidez absoluta que nos permita pretender que el Congreso delimite todos y cada uno de los elementos vinculados a la restricción del derecho, si resulta necesario advertir que la más moderna doctrina y jurisprudencia requiere que los estándares y límites fundamentales relacionados con la restricción sean expuestos en la Ley, para que dentro de dichos estándares y límites pueda el reglamentista completar la tarea normativa. De este modo cuando el legislador desea que el reglamentista complete algunos elementos de las restricciones o limitaciones debe establecer los estándares y límites a seguir, por ello no le es dado trasladar absolutamente su poder de restricción, a través de la Ley. Puede deferir al reglamentista algunos aspectos, siempre que indique los estándares y límites en los que ha de moverse dicho reglamentista. Como adelante veremos hay algunas normas del anteproyecto que necesitan ser desarrollado por el Congreso, es decir se requiere indicar al reglamentista los estándares y límites que ha de seguir.

Teniendo como marco las nociones hasta ahora expuestas paso a formular algunas observaciones y sugerencias concretas al anteproyecto de Reforma Parcial a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales el cual estimo de mayor apego a las técnicas legislativas y requerimientos constitucionales. Efectivamente este anteproyecto de

Reforma Parcial a la Ley Orgánica de las Fuerzas Armadas Nacionales dispone en su artículo 2do. un límite orgánico para que alguna información pueda entenderse como restringida o sometida a la clasificación respectiva. Así sólo la información proveniente “de las Fuerzas Armadas Nacionales” puede entenderse sujeta a las restricciones de la Ley por expresamente así determinarlo el artículo 2do. referido. En consecuencia informaciones provenientes de otro órgano del estado conforme a este proyecto no serían sometidos a las restricciones respectivas y como hemos dicho las restricciones en esta materia deben ser excepcionales, así parece prudente ese límite orgánico que se ha impuesto y además se compadece con las nociones que sobre Secreto expresa el artículo 4 de dicho proyecto al referirse a Secreto en casi todos sus literales a actividades o documentos o información relacionados con las Fuerzas Armadas Nacionales.

Creo que los elementos que determinan lo que ha de ser clasificado como Secreto y Confidencial deben ser literales taxativos y no enunciativos, por ello sugiero la eliminación de la frase “en especial”. En efecto al decir el anteproyecto “en especial tendrán esta clasificación” puede interpretarse que también otros tipos de documentos o informaciones distintas a las referidas expresamente podrían clasificarse de secretos, por ello sugiero quitar la frase “en especial” y disponer con mucho cuidado todo lo que efectivamente debe clasificarse como Secreto o Confidencial de modo taxativo. Esta frase “en especial tendrán esta clasificación” está contenida en los Artículo 4to y 5to del proyecto.

Como también antes expusimos la penalización por revelar indebidamente o ilícitamente Secreto de Estado es una constante en la legislación contemporánea, conteste con tal evidencia este proyecto no se elimina la señalada penalización. Ahora bien, nuestro Código Penal vigente penaliza en su Artículo 134 la revelación de Secretos Militares, así al revelarse conforme al anteproyecto información clasificada como “Confidencial” y no como “Secreta” o revelarse información “Reservada” no estaría tal conducta dispuesta como parte del ilícito penal previsto en el Artículo 134 de nuestro vigente Código Penal, como la revelación de estas clasificaciones estaría penada por vía del Artículo 206 de ese mismo Código Penal. Para que la revelación tanto de documentos clasificados como “Secretos”, “Confidenciales” y “Reservados” sea penada debe esta Ley establecer que a los efectos del ilícito de los Artículos 134 y 206 de nuestro Código Penal los términos Secreto, Confidencial y Reservado se entenderán como Secreto a los efectos de ese Código Penal, de modo que sea punible revelar indebidamente o ilícitamente documentos “Confidenciales” o documentos “Reservados” y no sólo los “Secretos”. Si no se establece en esta reforma a la Ley esta sinonimia no podría castigarse el revelar los documentos “Confidenciales” o “Reservados”.

El Artículo 9 del proyecto determina la información que debe ser “Reservada” pero otorga este poder de clasificación, en mi criterio, a demasiados funcionarios, a Directores Generales Sectoriales, a Jefes de Comando y Dependencias de las Fuerzas Armadas Nacionales. Sería prudente pensar en restringir este poder a tal vez sólo los Directores Generales Sectoriales ya que, como se sabe y como ya algún autor ha dicho, cuando muchos tienen poder para declarar algo Confidencial, Secreto o Reservado prácticamente no se tiene nada Confidencial, Secreto ni Reservado.

Aún cuando entiendo la necesidad de establecer un sistema de clasificación provisional frente a situaciones urgentes creo que el otorgar este poder para “cualquier profesional de las Fuerzas Armadas Nacionales” es también de una amplitud que pone en riesgo la existencia misma de los secretos de Estado. Pienso además que podría ser utilizado arbitrariamente por muchos funcionarios, por aquello de la tentación autoritaria a la que se referían algunos autores contemporáneos. Así, también sugiero la restricción al uso del poder de clasificación provisional y que se acuerde a menos funcionarios y se establezca taxativamente a quienes se acuerda.

Considero bien dirigido el propósito que indica el Artículo 16 del anteproyecto de Ley en cuanto al control del Congreso de la República sobre la administración militar y por supuesto sobre la gestión del Secreto de Estado. Es posible pensar que incluso por orden de esta propia Ley este Congreso crease una Comisión de un grupo de Senadores o una Comisión conjunta de Senadores y Diputados que por Ley deban comprometerse igualmente a no revelar el Secreto de Estado y por supuesto con el establecimiento de las sanciones respectivas ante el incumplimiento de dicha obligación. Esta Comisión tendría el poder de controlar la gestión del Secreto de Estado pudiendo básicamente emitir pronunciamientos sobre la legitimidad de la declaración de Secreto, así podría conocer todo el Congreso e incluso el público las conclusiones de una determinada investigación de esa Comisión en torno a una determinada actuación sin revelar, por supuesto las sustancias o elementos no revelables. Esta Ley incluso podría establecer directamente las medidas de protección para evitar que trascendiera la información clasificada que le fuese suministrada a dicha Comisión.

El Artículo 18 en el literal C del anteproyecto es un claro ejemplo de lo que sugiero debe este legislador regular con más precisión. Así sugiero determine la Ley los estándares y límites que el reglamentista ha de seguir para determinar las medidas de prohibición de acceso. Esta disposición establece que el reglamento de esta Ley determinará las medidas de “prohibición de acceso”; estimo que dicha norma está demasiado abierta y podría considerarse en la frontera de la inconstitucionalidad por haber delegado el legislador demasiado poder al reglamentista para determinar las medidas de prohibición de acceso. Pienso que los estándares de esas medidas y límites necesarios para esas prohibiciones debe establecerlas el legislador. Del mismo modo el literal D de la misma disposición impone que el reglamento establecerá las restricciones y autorizaciones respectivas, lo que en mi criterio también está en la frontera de la inconstitucionalidad al no establecer el legislador por esa vía los estándares y límites fundamentales para las restricciones que el reglamento determinara. Sugiero a este Congreso que también desarrolle esa norma y establezca los estándares y límites a los que he hecho referencia de un modo mucho más preciso.

Por último creo necesario recordar que aún cuando la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos no es aplicable directamente a esta materia, pienso que no por ello podemos afirmar definitivamente que no existe la posibilidad de que algún sujeto que se pretenda lesionado por la declaración de Secreto de algún área, materia, documentación o información pueda presentar ante la administración militar una solicitud administrativa pidiendo la revisión de dicha actuación. Antes de que existiese la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos ya la jurisprudencia venezolana había admitido la existencia del derecho de los ciudadanos a recurrir y a presentar solicitudes ante la propia Administración contra sus actos y así lo había acordado igualmente nuestra jurisprudencia pacífica y constantemente. Por esto, aún cuando expresamente la ley excluye la aplicación de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos a esta materia no necesariamente por ello debemos concluir que no existe la posibilidad de que los ciudadanos presenten solicitudes administrativas ante las autoridades militares, el derecho a hacerlo está dispuesto en el Artículo 67 de la Constitución. No creo descabellado pensar en la posibilidad de establecer el derecho a los ciudadanos que se pretendan lesionados en sus derechos o garantías constitucionales a presentar ante la administración militar una solicitud administrativa en la cual expliquen el alcance de sus pretensiones estando obligada la administración militar a responderle, siempre salvaguardando la materia declarada Secreta. Tal vez un modo posible de hacerlo es estableciendo, una audiencia oral y privada en la que se responda a la solicitud y siempre salvaguardando repito el necesario Secreto. Igualmente en Venezuela es de doctrina y jurisprudencia totalmente pacífica admitir que todos los actos del Estado están sometidos al escrutinio

del Juez Contencioso Administrativo, por ello no podemos pensar que esté excluida la declaratoria o la clasificación de Secreto del escrutinio del juez. Tal vez valga la pena también establecer el Contencioso del acto clasificador regulándolo de una manera que se preserve también el Secreto de Estado. Ya en nuestra Corte Suprema de Justicia es usual que el Juez declare algún expediente Confidencial o Reservado en salvaguarda y protección a secretos, por ejemplo industriales, que suelen estar contenidos en expedientes que cursan ante esa Corte. De este modo es pensable inclusive que pueda el Juez Contencioso revisar la legalidad y no los elementos de mérito que llevaron a la autoridad respectiva a declarar el Secreto para verificar si efectivamente se ha lesionado con ello derechos pertenecientes al ciudadano y así preservar dentro de los límites de nuestra Constitución el uso del poder que implica restringir el derecho a la libre expresión de los ciudadanos.